

**Les effets non-coordonnés dans le contrôle des
concentrations européen : les implications de
l'arrêt *CK TELECOMS UK INVESTMENTS*
*c. COMMISSION***

Mémoire

présenté

par

Luca Ruggiero

sous la direction du

Professeur Andreas Heinemann

Lausanne, semestre de printemps 2021

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

Montesquieu

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

Table des matières

1. Introduction	1
2. Les principes généraux du contrôle des concentrations	3
2.1 En droit de l'Union Européenne	3
2.1.1 Généralités	3
2.1.2 Le Règlement 139/2004	4
2.1.2.1 Notions clés et aspects téléologiques	5
2.1.2.2 L'article 2 par. 3 du Règlement ; appréciation des opérations par la Commission	6
2.1.2.3 Evolution législative	7
2.1.3 Le Test SIEC	9
2.1.3.1 Généralités	9
2.1.3.2 Notions économiques fondamentales	9
2.1.3.3 Entrave significative à une concurrence effective	11
2.1.3.4 Rôle de la jurisprudence européenne	13
2.1.3.5 Conclusion comparative	14
2.1.4 Lignes directrices relatives à l'appréciation des concentrations horizontales	15
2.1.4.1 Considérations générales	15
2.1.4.2 Parts de marché et degrés de concentration	16
2.1.4.3 Effets anticoncurrentiels découlant de concentrations horizontales	17
2.1.4.4 Entrée sur le marché	18
2.1.4.5 Gains d'efficacité	19
2.1.4.6 Conclusion	21
2.1.5 La procédure par devant les autorités de la concurrence	21
2.1.5.1 Les décisions de la Commission	21
2.1.5.2 Le contrôle judiciaire des décisions de la Commission	22
2.1.5.3 La charge de la preuve imputable à la Commission	23
2.1.5.4 Conclusion	24
2.2 Notions spécifiques relatives au contrôle des concentrations	25
2.2.1 Les effets non coordonnés	25
2.2.1.1 Importantes parts de marché	25
2.2.1.2 Concurrents particulièrement proches	26
2.2.1.3 La suppression d'un important moteur de la concurrence	28
2.2.1.4 Capacité de l'entreprise concentrée à freiner l'expansion des concurrents	29
2.2.1.5 Peu de possibilités de changer de fournisseur	30
2.2.1.6 Peu de probabilité d'expansion de la production par les concurrents en cas d'augmentation du prix	31
2.2.1.7 Conclusion	32
2.2.2 Marchés oligopolistiques et leurs risques	32
2.2.3 Engagements	33
2.2.4 Conclusion	34
2.3 Brève ébauche de droit suisse	36
2.3.1 Généralités	36
2.3.2 La notion de position dominante qualifiée	36
2.3.3 Droit comparé et conclusion	38
2.4 Brève ébauche de droit américain	40
2.4.1 Généralités	40
2.4.2 Le <i>Structural Paradigm</i>	40

2.4.3 Les <i>Horizontal Merger Guidelines</i> (HMG)	41
2.4.4 Evaluation des concentrations	43
2.4.5 Conclusion de droit comparé	44
3. L'arrêt <i>CK TELECOMS UK INVESTMENTS / COMMISSION</i>	45
3.1 Le contexte	45
3.1.1 Les marchés et parties concernés	45
3.1.2 Les accords de réseau	46
3.1.3 Les conséquences objectives de la concentration sur les marchés concernés	46
3.2 La décision de la Commission	46
3.2.1 Première théorie du préjudice : Effets non coordonnés sur le marché de détail	47
3.2.2 Deuxième théorie du préjudice : Effets non coordonnés sur le marché de détail, découlant du partage de réseau	47
3.2.3 Troisième théorie du préjudice : Effets non coordonnés sur le marché de gros	47
3.2.4 Des engagements et des gains d'efficacité	47
3.3 La décision du Tribunal	48
3.3.1 Arguments procéduraux	48
3.3.2 Les moyens de la requérante	49
3.3.2.1 Premier moyen : Erreurs de droit et d'appréciation sur le marché de détail	49
3.3.2.2 De l'appréciation du Tribunal relative au premier moyen	50
3.3.2.3 Troisième moyen: Erreurs de fait, de droit et d'appréciation relativement aux effets du partage de réseau	51
3.3.2.4 De l'appréciation du Tribunal relative au troisième moyen	51
3.3.2.5 Quatrième moyen : Erreurs de droit et d'appréciation sur le marché de gros	53
3.3.2.6 De l'appréciation du Tribunal relative au quatrième moyen	53
3.3.3 Conclusion	54
4. Analyse prospective	55
4.1 Conséquences de l'arrêt <i>CK Telecoms</i> sur la notion d'effets non-coordonnés	55
4.1.1 Fardeau de la preuve	55
4.1.2 Limitation de la notion d'important moteur de la concurrence	56
4.1.3 Limitation de la notion de concurrents particulièrement proches sur des marchés oligopolistiques à produits homogènes	57
4.1.4 Effets quantitatifs et gains d'efficacité intrinsèques	58
4.2 Avis critique : les incohérences de l'arrêt <i>CK Telecoms</i> et ses conséquences sur le contrôle des concentrations	60
4.2.1 Un fardeau de la preuve disproportionné	60
4.2.2 Des appréciations économiques infondées	62
4.2.3 La résurgence des effets coordonnés dans l'analyse de la Commission	65
5. Conclusion	66
<i>Table des abréviations</i>	68
<i>Bibliographie</i>	69

1. Introduction

Le système de concurrence non faussée, inscrit dans les traités de l'Union Européenne², a pour objectif premier d'assurer le bien-être des consommateurs, tout en repoussant les mesures qui viendraient à fausser la libre concurrence sur le marché³. Déjà par le biais du Traité de Rome de 1957, le législateur européen avait cherché à établir un régime assurant la libre concurrence sur le marché commun⁴. Le but de celui tenait à la promotion d'un développement harmonieux, équilibré et durable des activités économiques⁵. En ce sens et de manière bien plus tardive⁶, a été élaboré un système de contrôle des concentrations d'entreprises dans l'Union Européenne. C'est en effet seulement en 1989 que ce contrôle est devenu effectif⁷, par le jeu du premier Règlement le mettant en place⁸. De manière traditionnelle, ce dernier est considéré comme un instrument permettant de contrôler les effets des changements de la structure du marché⁹, découlant de la réunion de plusieurs entreprises entre elles.

Depuis la réforme législative de 2004¹⁰, dit système permet à la Commission européenne (ci-après : la Commission) de déclarer incompatibles avec le marché intérieur, les concentrations d'entreprises susceptibles d'entraver de manière significative la concurrence effective¹¹. Dès lors, le droit de l'Union Européenne permet un contrôle prospectif de dites opérations¹², permettant jusqu'à leur interdiction¹³ et distinguant deux principaux types d'effets propres à amener des entraves significatives à la concurrence ; les effets coordonnés et les effets non coordonnés¹⁴.

Dans le cadre de ce travail, l'on cherchera, à titre principal, à exposer le cadre général du contrôle des concentrations européen. A cette fin, on présentera les divers textes légaux utiles à sa mise en œuvre, ainsi que le fonctionnement général du système en place. On mettra en avant la procédure propre à ce contrôle, définira les notions utiles, puis, enfin, évoquera le critère d'évaluation des concentrations, retenu par le droit européen et reposant sur un standard ayant évolué lors des dernières années ; le test SIEC. Ce mémoire aura dès lors pour but spécifique de se concentrer sur le traitement des effets non coordonnés et cherchera à traiter ceux-ci dans le détail.

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

³ SÄCKER, in *Münchner Kommentar, Wettbewerbsrecht*, Band 1, 3. Auflage, München, 2020, p. 10.

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

⁵ *Ibidem*.

⁶ BELLIS Jean-François, *Droit européen de la concurrence*, Bruylant, 2^{ème} édition, Bruxelles, 2017, p. 11.

⁷ *Ibidem*, p. 270.

⁸ Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises.

⁹ IMMENGA U., KÖRBER T., in *Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 2*, Art. 2 FKVO N 20.

¹⁰ A ce sujet, voir: KOCH in *Münchner Kommentar, Wettbewerbsrecht*, Band 1, 3. Auflage, München, 2020, p. 2549- 2553.

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

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ MALAURIE-VIGNAL Marie, *Droit de la concurrence interne et européen*, 7^{ème} édition, Dalloz 2017, p. 357-359.

Dans une seconde phase de cet écrit, il sera procédé à l'analyse d'un arrêt clé, rendu en date du 28 mai 2020 par le Tribunal de l'Union Européenne et, par lequel, cette autorité traite des effets non coordonnés dans le cadre du contrôle des concentrations, pour la toute première fois ; *CK Telecoms UK Investments c. Commission*¹⁵ (ci-après : l'arrêt *CK Telecoms*). On exposera les principaux enseignements de dite sentence et prendra position sur celle-ci. Il sera enfin procédé à une analyse prospective, visant à déterminer le bien-fondé de cette décision ainsi que ses éventuelles conséquences sur le futur du droit du contrôle des concentrations européen.

Dès lors et dans l'optique où cet arrêt viendrait à être confirmé, il s'agira d'analyser le virage pris par le contrôle des concentrations européen en matière d'effets non coordonnés, tout particulièrement en ce qui a trait aux marchés oligopolistiques, remettant en cause bon nombre de considérations économiques considérées comme acquises par la Commission et ouvrant la porte à un changement radical de ce pan du droit de la concurrence, pour les années à venir.

¹⁵ T-399/16 - *CK Telecoms UK Investments v Commission*, du 28 mai 2020.

2. Les principes généraux du contrôle des concentrations

2.1 En droit de l'Union Européenne

2.1.1 Généralités

Le droit de l'Union Européenne prévoit le contrôle des concentrations d'entreprises. Celui-ci instaure, dans les cas de concentrations de dimension communautaire¹⁶, l'obligation d'une notification préalable de l'opération de concentration, à la Commission¹⁷. Cette dernière est dès lors chargée d'apprécier dite opération et de procéder à son examen¹⁸, afin de déterminer si elle doit se voir autorisée ou non¹⁹. On développera brièvement les notions évoquées ci-dessus, employées abondamment dans la suite de ce travail.

Il est tout d'abord utile de relever que la notion de concentration englobe des éléments plus larges que les fusions, comprenant également d'autres types d'opérations ayant des résultats économiquement similaires. Dès lors, au sens de l'article 3 du Règlement 139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises²⁰ (ci-après : le Règlement), ces opérations peuvent consister en des fusions, mais également en des prises de contrôle directes comme indirectes d'une entreprise sur une autre, en des prises de participation au capital, en des achats d'éléments d'actifs, en un contrat, ou même en tout autre moyen donnant la possibilité d'une influence déterminante²¹. On traite ici de stratégies de croissance externe et non interne, réduisant le nombre d'acteur sur le marché, afin d'augmenter l'ampleur d'un ou plusieurs de ceux-ci²². On constate d'entrée qu'il faudra se pencher sur la réalité économique engendrée par les opérations en question et non, uniquement, sur les pures fusions d'entreprises, simplement partie de celles-ci, pour déterminer si l'activité en question relève de la notion de concentration.

Dès lors que dite opération de concentration atteint un certain seuil, basé sur les chiffres d'affaires des entreprises parties à l'opération et défini par l'article 1^{er} du Règlement, elle est considérée de dimension communautaire, donnant à la Commission une compétence exclusive pour la contrôler. Cette qualification impliquera alors une obligation de notification auprès de la Commission, indépendamment de tout autre critère, devant intervenir de manière préalable à la réalisation de dite concentration²³ et, en principe²⁴, postérieurement à la signature des actes y relatifs²⁵. Si lesdits seuils ne sont pas atteints, l'opération relèvera, sous réserve de cas particuliers qu'il n'y a pas lieu de mentionner ici, de la compétence des Etats membres. On distingue bien ici le principe du guichet unique (*one-stop shop*), permettant d'éviter le recours

¹⁶ Règlement (CE) n°139/2004, du Conseil du 20 janvier 2004, Relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (*ci-après : R139/2004*), art. 1.

¹⁷ *Ibidem*, art. 4.

¹⁸ *Ibidem*, art. 2 et 6.

¹⁹ *Ibidem*, art. 8.

²⁰ *Ibidem*, art. 3.

²¹ VALLINDAS Georges, *Droit européen des concentrations*, Bruylant, Bruxelles, 2017, p. 41.

²² *Ibidem*, p. 14.

²³ *Ibidem*, p. 43-44.

²⁴ Sur ce point, voir la possibilité d'une notification préalable à la conclusion d'un accord au sens de l'art. 4 par. 1, c. 2. ; voir également KOCH, in *Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht*, Band 1, 3. Auflage, München, 2020, p. 2552.

²⁵ R139/2004, art. 4.

à une multitude de régimes nationaux indépendants, par le biais d'une compétence communautaire exclusive, consacré à l'article 21 du Règlement²⁶.

Une fois notifiée, les opérations de concentration entrant dans le champ d'application du Règlement feront l'objet d'un examen par la Commission, afin d'apprécier si elles sont compatibles avec le marché commun, au sens de l'article 2 de celui-ci. Cette évaluation sera établie par le biais du test SIEC, sur lequel nous reviendrons en détail plus loin. L'autorité sera alors chargée de se positionner sur les diverses opérations soumises à elle, autorisée à prendre trois types de décisions ; une autorisation pure et simple de l'opération, une autorisation conditionnée à la prise d'engagements par les entreprises et visant à modifier leur projet initial, remédiant aux problèmes créés par l'opération et, finalement, une interdiction stricte de l'opération²⁷. On aperçoit ici la marge de manœuvre de la Commission à l'heure de juger des opérations de concentration et développerons, plus tard dans ce mémoire, la notion d'engagements, offrant à l'autorité la possibilité de réellement construire une décision propre à un cas d'espèce et à ses circonstances particulières.

Restera dès lors à mentionner le possible emploi des voies de droit de l'Union à l'encontre des décisions de la Commission. Le recours sera ouvert contre celles-ci, auprès du Tribunal de l'Union Européenne (ci-après : le Tribunal), puis, par devant la Cour de Justice de l'Union Européenne (ci-après : la CJUE) dans le cadre d'un pourvoi limité au droit²⁸, au sens de l'article 256 TFUE²⁹. Nous y reviendrons également en détail plus bas.

2.1.2 Le Règlement 139/2004

Le Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, déjà évoqué à titre introductif ci-dessus, est le texte fondamental de droit européen régissant le contrôle des concentrations. Il s'agira dès lors, dans le cadre de ce travail et à des fins de compréhension globale, de traiter plus en détail des notions clés le régissant (**2.1.2.1**). Il y'aura ensuite lieu d'évoquer l'article 2 par. 3 du Règlement, relatif à l'appréciation des concentrations et au centre de notre étude (**2.1.2.2**). Finalement, il sera procédé à une comparaison légale entre celui-ci et le Règlement (CEE) n°4064/89 du 21 décembre 1989³⁰, applicable avant l'entrée en vigueur du premier cité, afin d'établir les évolutions juridiques apportées par l'adoption du nouveau texte, en 2004 (**2.1.2.3**).

²⁶ VALLINDAS Georges, *Droit européen des concentrations*, Bruylant, Bruxelles, 2017, p. 44 ; R139/2004, art. 21.

²⁷ VALLINDAS Georges, *Droit européen des concentrations*, Bruylant, Bruxelles, 2017, p. 49-51 ; R139/2004, art. 8.

²⁸ OESCH Matthias, *Europarecht, Grundlagen, Institutionen, Verhältnis Schweiz-EU*, 2. überarbeitete Verlage, Band 1, Stämpfli Verlag AG Bern, 2019, p. 290; JAAG Tobias, HÄNNI Julia, *Europarecht, Die Europäische Institutionen aus schweizerischer Sicht*, Zürich – Basel – Genf 2015, p. 290-291.

²⁹ Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne, (TFUE) [2016] OJ C202/1.

³⁰ Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (*ci-après : R4064/89*).

2.1.2.1 Notions clés et aspects téléologiques

La notion de concentration elle-même, évoquée à l'article 3 du Règlement, ainsi que le champ d'application de celui-ci, mis en avant à son article 1^{er}, ont déjà été succinctement évoqués ci-dessus. Dans ce contexte et conformément aux considérants du Règlement, on dénote que par cette notion élargie de concentration et par la prise en compte de seuils propres à son application, le Règlement vise à s'appliquer aux modifications structurelles importantes dont l'effet sur le marché s'étend au-delà des frontières nationales d'un État membre³¹. Le champ d'application du Règlement a dès lors été établi de manière à s'appliquer en fonction de l'étendue géographique de l'activité des entreprises concernées et de le limiter par des seuils quantitatifs, afin de ne couvrir que les concentrations qui revêtent une dimension communautaire³². Il faut comprendre par ces manœuvres une volonté législative de n'appliquer le Règlement européen qu'aux opérations visant la structure des entreprises et ayant pour effet de modifier celle-ci sur le long terme. De plus, on saisit que la législation n'a pas trait à venir s'appliquer à des situations purement nationales, tant les seuils ont pour effet d'écarter cette possibilité, à l'instar des correctifs de compétence que connaît le Règlement³³.

Quant à l'obligation de notification, elle aussi déjà évoquée à titre introductif, on rappelle que le franchissement des seuils susmentionnés la déclenche. Au sens de l'article 4 du Règlement, dite notification doit avoir lieu avant la réalisation de l'opération³⁴. Il faut comprendre en ce sens, non pas la signature des contrats et des engagements entre les parties à l'opération, mais bien les actes de disposition effectifs, constitutifs de l'opération. On saisit à nouveau la téléologie de cette pratique, mettant en place un système de contrôle préventif. Il serait en effet bien trop complexe, voire dans certains cas plus du tout possible, d'effectuer les correctifs nécessaires, si la notification venait à être postérieure à l'opération. Plus problématique encore que l'impossibilité économique de séparer les entités nouvellement unies, un contrôle *a posteriori* pourrait impliquer des conséquences irrémédiables à la concurrence, ne permettant pas de corriger les effets anticoncurrentiels sur le marché concerné³⁵. Dès lors, cette obligation vaut de manière stricte et sans exception, pour l'entier des concentrations de dimension communautaire et indépendamment des parts de marché détenues par les entreprises parties à celles-ci³⁶.

Il s'agit enfin ici de traiter de la procédure appliquée par la Commission suite à la notification, relevant de deux phases distinctes, au sens des articles 6 et 10 du Règlement. Une fois la notification considérée effective par la Commission, soit lorsque complète, s'ouvre la première phase d'enquête de la Commission (ci-après : Phase I), qui durera entre vingt-cinq et trente-cinq jours³⁷. Au terme de celle-ci, l'autorité pourra délivrer une approbation pure et simple de l'opération, mais également une approbation conditionnelle. Au contraire et si à l'échéance de

³¹ R139/2004, c. 8.

³² *Ibidem*, c. 9.

³³ Sur ce dernier point, voir R139/2004, c. 11 et art. 9.

³⁴ R139/2004, art. 4 par. 1.

³⁵ KOCH, in *Münchner Kommentar, Wettbewerbsrecht*, Band 1, 3. Auflage, München, 2020, p. 2562.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ VALLINDAS Georges, *Droit européen des concentrations*, Bruylant, Bruxelles, 2017, p. 53.

ce délai, la Commission vient à soulever de sérieux doutes quant à l'impact de l'opération sur la concurrence, s'ouvrira une seconde phase d'analyse (ci-après : Phase II). Celle-ci prolongera le processus de nonante à cent cinq jours, à compter de la date de décision de l'autorité relative à la Phase I³⁸. Il sera alors procédé à un examen économique approfondi. A l'issue de cette seconde phase, la Commission devra rendre une décision, qui pourra à nouveau consister en une approbation, une approbation conditionnelle ou une interdiction, au sens de l'article 8 du Règlement. Aujourd'hui, force est de constater que les statistiques indiquent que la majorité des opérations notifiées ne soulèvent pas de doutes sérieux et sont approuvées en Phase I³⁹. On relèvera néanmoins que cette procédure consiste en un sérieux moyen de pression pour la Commission, tant on note le retrait de procédures par les parties elles-mêmes, lorsque l'autorité décide d'approbations conditionnelles en Phase I ou de la nécessité d'une enquête approfondie, par le biais de la Phase II⁴⁰.

2.1.2.2 L'article 2 par. 3 du Règlement ; appréciation des opérations par la Commission

Dès lors ces éléments formels de la procédure mentionnés et détaillés, il s'agira de se pencher plus attentivement sur le droit matériel, guidant la Commission dans l'évaluation des opérations qui lui sont soumises. On observera à cet égard l'article 2 du Règlement, en se focalisant sur son paragraphe 3, relatif aux concentrations devant être déclarées incompatibles avec le marché commun. Celui-ci postule que les concentrations qui entraveraient de manière significative une concurrence effective sur ledit marché ou sur une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante, doivent être déclarées incompatibles avec le marché commun⁴¹. En ce sens, on cherchera tout d'abord ici à déterminer plus en détail la volonté du législateur européen, par l'analyse des considérants du Règlement relatifs à cet article. Quant à la notion d'entrave significative à une concurrence effective, elle fera l'objet d'une autre partie de ce travail, dans le cadre de l'étude approfondie du test SIEC (2.1.3 ci-après).

Premièrement et à l'aune du considérant 24 du Règlement, afin de garantir un régime dans lequel la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun, celui-ci vise à permettre un contrôle effectif de toutes les concentrations du point de vue de leur effet sur la concurrence dans la Communauté⁴². On note au sens du considérant 25, que les marchés oligopolistiques présentent un risque particulier. Bien qu'un grand nombre d'entre eux montrent un sain degré de concurrence, certaines concentrations peuvent, même en l'absence de probabilité de coordination entre les membres de l'oligopole, avoir pour conséquence une entrave significative à une concurrence effective⁴³. On traite dès lors ici d'effets non coordonnés, apparaissant en l'absence de toute entente sur le marché et ne nécessitant pas de contrôle absolu du marché par une entité. On comprend alors que la notion d'entrave significative à une concurrence effective doit être interprétée comme s'étendant, au-delà du concept de

³⁸ VALLINDAS Georges, *Droit européen des concentrations*, Bruylant, Bruxelles, 2017, p. 53.

³⁹ *Ibidem*, p. 55.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ R139/2004, art. 2 par. 3.

⁴² *Ibidem*, c. 24.

⁴³ *Ibidem*, c. 25.

dominance, également aux effets unilatéraux d'entreprises qui ne détiennent pas une position dominante sur le marché concerné⁴⁴. En ce sens, une analyse approfondie et détaillée des effets unilatéraux, dits non coordonnés, s'inscrira dans le cadre d'une partie subséquente de ce mémoire.

En ce qui a trait au considérant 26, ce dernier allègue que les entraves significatives à la concurrence effective résultent généralement de la création ou du renforcement d'une position dominante, qui en demeure l'exemple le plus fréquent⁴⁵. On comprend ici, que bien que la notion de dominance ne soit plus l'unique facteur à prendre en considération dans l'évaluation de l'opération, elle n'en reste pas moins le critère prépondérant, donnant lieu à la majorité des effets anticoncurrentiels décelés par l'autorité. Le considérant 29, pour sa part, indique la nécessité, afin de déterminer l'effet d'une concentration sur la structure de la concurrence dans le marché commun, de tenir compte des gains d'efficacité probables démontrés par les entreprises concernées. Il est en effet possible que les efficacités résultant de la concentration contrebalancent les effets sur la concurrence et, notamment, le préjudice potentiel pour les consommateurs⁴⁶. Finalement et au sens du considérant 30 du Règlement, lorsque les entreprises concernées modifient une concentration notifiée, notamment en présentant des engagements afin de la rendre compatible avec le marché commun, la Commission devrait pouvoir déclarer cette concentration, telle qu'elle est modifiée, compatible avec le marché commun⁴⁷.

On en comprend dès lors, par ces quelques considérants, un peu plus sur le fonctionnement général de l'art. 2 par. 3 du Règlement, ainsi que sur la politique que la Commission doit suivre en matière de contrôle des concentrations. On relèvera tout particulièrement la notion d'effets non coordonnés, qui occupera une part importante de la suite de ce travail. On y développera également plus en détail les autres notions évoquées ci-dessus et tout particulièrement celles d'engagements et de gains d'efficacité.

2.1.2.3 Evolution législative

L'évolution du critère d'appréciation des opérations par la Commission devra à présent être évoquée. En effet, son développement sera propre à permettre une compréhension globale et précise du facteur actuellement employé par l'autorité. Comme évoqué ci-dessus, la condition actuelle d'interdiction d'une concentration est l'entrave significative à une concurrence effective, mise en œuvre par le biais du test SIEC (*Significant Impediment to Effective Competition*)⁴⁸. On constatera d'entrée que tel n'était pas le cas avant l'entrée en vigueur du Règlement 139/2004. En effet, ce critère d'évaluation n'a été introduit que par la révision de 2004, abrogeant le Règlement 4064/89. Auparavant et sous l'égide de l'ancien Règlement, la condition d'appréciation d'une concentration par la Commission relevait uniquement de la dominance sur le marché, la Commission ne considérant en aucun cas de possibles effets

⁴⁴ R139/2004, c. 25.

⁴⁵ *Ibidem*, c. 26.

⁴⁶ *Ibidem*, c. 29.

⁴⁷ *Ibidem*, c. 30.

⁴⁸ BELLIS Jean-François, *Droit européen de la concurrence*, Bruylant, 2^{ème} édition, Bruxelles, 2017, p. 287.

anticoncurrentiels, en l'absence d'une position de contrôle prépondérant sur ledit marché. Dès lors, le test employé pour évaluer la compatibilité des opérations avec le marché intérieur reposait uniquement sur l'existence d'une position dominante découlant de l'opération, soit plus particulièrement de sa création ou de son renforcement⁴⁹. De ce fait, les effets unilatéraux ou non coordonnés ne rentraient pas en considération dans l'analyse de l'autorité, ceux-ci dépendant majoritairement, comme on le verra plus loin, de l'altération des rapports de concurrence entre les entités audit marché.

En observant l'article 2 par. 3 du texte abrogé, on constate que ce dernier traitait certes déjà d'entrave significative à une concurrence effective, mais conditionnait celle-ci à la création ou au renforcement d'une position dominante, afin de déclarer une opération incompatible avec le marché commun⁵⁰. Ce critère de dominance n'est aujourd'hui plus qu'un exemple parmi d'autres, utile à illustrer la notion d'entrave significative, le nouveau Règlement prenant en considération également les effets unilatéraux susceptibles de découler de la concentration. On précise encore toutefois que, comme déjà évoqué ci-avant, le cas type et plus récurrent d'entrave significative reste celui de la position dominante, les cas relatifs à d'autres facteurs restant très rares et le critère de preuve le plus déterminant étant souvent celui-ci⁵¹.

Force est dès lors de constater que la modification législative de 2004 a eu impact essentiel sur le contrôle des concentrations européen. Pour reprendre l'analyse du Tribunal dans son arrêt *CK Telecoms*⁵², que nous analyserons en détail sous chapitre 3 du présent travail, il ressort des travaux préparatoires du Règlement, que la disposition 2 par. 3 aurait notamment été modifiée afin d'étendre, sur le plan matériel, le champ d'application du contrôle. Dès lors, celle-ci permet à la Commission d'appréhender, dans le contexte spécifique de marchés oligopolistiques, des opérations entravant de manière significative la concurrence effective, ce même en l'absence de renforcement ou de création de position dominante⁵³.

On peut enfin également tirer de cette modification légale une réduction du fardeau de la preuve pour la Commission, celle-ci ne devant alors plus prouver la création ou le renforcement d'une position dominante menant à une entrave significative sur le marché, mais uniquement dite entrave, sans qu'elle n'ait à résulter de tels éléments. Elle permet enfin surtout la prise en considération des effets non coordonnés, essentiels à la suite de notre analyse et ce tout particulièrement en ce qui a trait aux marchés oligopolistiques.

⁴⁹ BELLIS Jean-François, *Droit européen de la concurrence*, Bruylant, 2^{ème} édition, Bruxelles, 2017, p. 287.

⁵⁰ R4064/89, art. 2 par 3.

⁵¹ KOCH, in *Münchner Kommentar, Wettbewerbsrecht*, Band 1, 3. Auflage, München, 2020, p. 2559.

⁵² T-399/16 - CK Telecoms UK Investments v Commission, du 28 mai 2020.

⁵³ *Ibidem*, par. 87.

2.1.3 Le Test SIEC

2.1.3.1 Généralités

Afin d'établir si une opération de concentration est compatible avec le marché intérieur, au sens de l'art. 2 par. 3 du Règlement 139/2004, la première tâche de la Commission sera de déterminer les marchés affectés par l'opération⁵⁴. L'analyse des opérations de concentration dépendra dès lors fortement des parts de marché détenues par les parties, dépendant elles-mêmes de la définition des marchés concernés. Depuis l'entrée en vigueur du Règlement 139/2004 et comme exposé ci-dessus, le critère fatidique est désormais celui de l'entrave significative à une concurrence effective, permettant un spectre de contrôle plus large et dont la position dominante n'est qu'un élément parmi d'autres⁵⁵. Il s'agira dès lors premièrement de déterminer et définir toutes les notions économiques essentielles et utiles à l'établissement de ce test (2.1.3.2). On continuera en cherchant à définir la notion d'entrave significative (2.1.3.3), puis mettra en avant le rôle clé de la jurisprudence européenne dans la construction de cette définition (2.1.3.4). Viendra enfin l'heure de tirer des conclusions relatives au test SIEC et de comparer la situation actuelle à celle ayant fait foi avant l'adoption du Règlement, en 2004 (2.1.3.5).

2.1.3.2 Notions économiques fondamentales

a. Concentrations horizontales et verticales

Une concentration horizontale intervient entre entreprises qui opèrent au même stade économique, diminuant le nombre d'entreprises présentes sur un marché et augmentant la part de marché de la nouvelle entité issue de la concentration⁵⁶. Il s'agit dès lors d'une concentration entre concurrents exerçant au même stade d'un même marché. Quant à la concentration verticale, elle a lieu entre entreprises situées à des niveaux différents du marché. L'exemple type en sera la fusion entre un producteur et un distributeur⁵⁷. Ce type de concentrations, bien moins problématique que le premier cité et peu souvent source d'effets anticoncurrentiels, ne fera dès lors pas l'objet d'une analyse plus approfondie dans le cadre de ce travail, centré sur les opérations entre concurrents.

b. Marché de produit et marché géographique

La question de la délimitation des marchés est d'une importance primordiale puisqu'elle fournit le cadre retenu pour procéder ensuite à l'évaluation de l'opération de concentration⁵⁸. En ce qui a trait au marché de produit, il consiste en l'observation de l'entier des substituts à un bien, ceux-ci formant alors le marché pertinent. Cela implique la prise en considération, par un tel marché, de tous les produits que le consommateur comprend comme interchangeables ou substituables, au vu de leurs caractéristiques, de leur prix ou de l'usage auquel ils sont destinés⁵⁹. La question décisive afin de déterminer si des produits doivent être considérés comme substituts

⁵⁴ BELLIS Jean-François, *Droit européen de la concurrence*, Bruylant, 2^{ème} édition, Bruxelles, 2017, p. 287.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ MALAURIE-VIGNAL Marie, *Droit de la concurrence interne et européen*, 7^{ème} édition, Dalloz 2017, p. 344

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ ZACHMANN Jacques, *Le contrôle Communautaire des concentrations*, LGDJ, 1994, p. 215.

⁵⁹ *Ibidem*.

aux yeux du consommateur moyen tient dans une projection de l'attitude de celui-ci dans le cas où l'entreprise concentrée viendrait à légèrement augmenter ses prix, dans une mesure allant de 5 à 10%. Si les acheteurs venaient, dans un tel contexte, à pouvoir facilement remplacer le produit pour un autre, ce dernier devrait être considéré substitut et ferait dès lors partie du même marché de produit. Dans le cas contraire et si les consommateurs, malgré l'augmentation du prix, venaient à se retrouver forclos avec le produit de l'entreprise concentrée, cela impliquerait l'inexistence de solutions de remplacement concrètes et de même valeur⁶⁰. On parle en ce sens de test *SSNIP* (*Small but Significant Non-transitory Increase in Price*), propre à démontrer la profitabilité de l'augmentation unilatérale des prix, en l'absence de substituts⁶¹.

Concernant le marché géographique, on observe l'espace dans lequel s'exerce la concurrence entre les offrants. Il s'agit ici de déterminer les entreprises qui interviennent dans l'offre et la demande et dans quel périmètre⁶². Ces deux notions prises conjointement vont dès lors permettre de définir le marché pertinent, lequel permettra, dans une seconde phase, d'évaluer les parts de marché des entreprises parties à la concentration sur ledit marché, essentielles dans le cadre de l'appréciation d'une opération de concentration.

c. Le pouvoir de marché

Le pouvoir de marché (*Market Power*) apparaît lorsqu'une entreprise a la faculté, sur un marché donné, d'appliquer des prix supra-concurrentiels⁶³. Dite entreprise se retrouve posséder un pouvoir économique trop important sur ledit marché. Cette position de puissance prend en considération toute entreprise qui est capable d'influencer sur la concurrence⁶⁴, ayant pour effet de mener à une distorsion des prix, gonflés vers le haut. Alors en position de force vis-à-vis de ses concurrents sur le marché, l'entreprise en position dominante ne subit plus les effets du marché dans la fixation de ses prix et se retrouve libre de les fixer au-delà du prix d'équilibre⁶⁵. L'exercice d'une telle puissance sur le marché se traduit par une perte de bien-être économique⁶⁶.

⁶⁰ MONTAG, von BONIN, in *Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht*, Band 1, 3. Auflage, München, 2020, p. 2636-2637.

⁶¹ *Ibidem*, p. 2637.

⁶² ZACHMANN Jacques, *Le contrôle Communautaire des concentrations*, LGDJ, 1994, p. 240.

⁶³ Andrew I. GAVIL, William E KOVACIC, Jonathan B. BAKER, Joshua D. WRIGHT, *Antitrust Law in Perspective*, Third Edition, Thomson/West, 2008, p. 28.

⁶⁴ NORDMANN Francis, *Die schweizerische Fusionskontrolle im Lichte des europäischen Wettbewerbsrecht*, Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich, 1996, p.132; IMMENGA, Ulrich, *Die Sicherung unverfälschten Wettbewerbs durch die europäische Fusionskontrolle*, in: WuW 1990, S. 376.

⁶⁵ Organisation de coopération et de développement économiques (*ci-après : OCDE*), Centre pour la coopération avec les économies européennes en transition, *Glossaire d'économie industrielle et de droit de la concurrence*, Les Editions de l'OCDE, Paris, 1993, p. 80.

⁶⁶ *Ibidem*.

d. Les effets coordonnés et non coordonnés

A des fins de compréhension globale de ce mémoire, il semble essentiel de savoir distinguer les divers effets anticoncurrentiels pouvant découler d'une opération de concentration, analysés par la Commission. On en donnera ci-dessous une brève définition avant de les aborder en détail plus loin dans ce travail.

En ce qui a trait aux effets coordonnés, ils apparaissent dès lors que la concentration peut contribuer à inciter ou renforcer les entreprises à adopter une ligne d'action commune sur le marché⁶⁷. On se trouve face à des collusions tacites, se recoupant avec la notion de position dominante collective⁶⁸, permettant aux entreprises d'aligner leurs comportements, sans passer par des accords, contrairement au droit de la concurrence. Quant aux effets non coordonnés, au cœur de ce mémoire, ils comprennent tous les effets dits unilatéraux et découlant d'une opération de concentration. Ils se définissent comme l'ensemble des pertes de bien-être économique liées à l'augmentation des coûts ou à la réduction des quantités produites, compte tenu de la réaction prévisible des acteurs du marché des suites de l'opération de concentration⁶⁹. Ces effets découlent des nouvelles facultés que détient une entreprise des suites de l'opération de concentration, pouvant, seule, affecter la concurrence sur le marché, grâce à la nouvelle position obtenue et au nouveau contexte économique.

e. Le marché oligopolistique

Bien que pas spécifique au test SIEC, la définition d'un marché oligopolistique semble importante dans le cadre de cette introduction, tant ce type de marché présuppose certains risques à la concurrence. Par cette notion, il faut comprendre des marchés déjà passablement concentrés, contrôlés par un nombre restreint d'entreprises. Le comportement de l'une d'elles aura, sur le marché concerné, un effet marqué sur les conditions générales de la concurrence, et donc indirectement sur la situation de chacune de ses concurrentes⁷⁰. De ce type de marchés découlent certains risques inhérents à leur structure, liés à la forte concentration préalable à l'opération, qui se voit encore amplifiée des suites de celle-ci. Ainsi, la suppression de la pression concurrentielle découlant de la disparition d'un concurrent sur un marché, où leur nombre était déjà réduit, tend à la création d'effets non coordonnés⁷¹. Il s'agira dès lors de développer ceux-ci en détail plus bas, en accordant une attention particulière au contexte spécifique des marchés oligopolistiques.

2.1.3.3 Entrave significative à une concurrence effective

Comme exposé à titre introductif, le critère d'appréciation d'une opération de concentration a été modifié lors de l'adoption du Règlement 139/2004. Le champ d'intervention de la Commission s'est dès lors élargi, le critère clé devenant l'entrave significative à une

⁶⁷ MALAURIE-VIGNAL Marie, *Droit de la concurrence interne et européen*, 7^{ème} édition, Dalloz 2017, p. 359.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 358.

⁷⁰ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 2004/C31/03, note en bas de page 29.

⁷¹ Voir notamment en ce sens : R139/2004, c. 25.

concurrence effective, notion plus large que la stricte dominance sur le marché. Il faut comprendre ce test comme un promis politique, permettant la prise en considération d'effets anticoncurrentiels, même en l'absence de position dominante sur le marché, par le biais d'effets unilatéraux⁷². On définira dès lors ci-dessous la notion de position dominante, ainsi que le nouveau critère d'entrave significative, afin de comprendre l'étendue de l'expansion du contrôle de la Commission.

a. Position dominante

Bien que n'étant plus le seul critère propre à établir la non-conformité d'une opération de concentration au droit européen, le critère de la position dominante, en lien avec sa création ou son renforcement, en reste le cas type⁷³. Elle se définit comme une position de puissance économique détenue par une entreprise et lui donnant le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur un marché. Cette position, bien que pas illicite *per se*, permet des comportements indépendants anticoncurrentiels à l'entité en bénéficiant⁷⁴, celle-ci étant en position d'augmenter les prix unilatéralement, sans subir le risque d'une quelconque réduction des ventes. Cette notion doit enfin être comprise comme intrinsèquement liée à celle de pouvoir de marché, l'entreprise nécessitant ce dernier élément afin de se trouver en position d'imposer ses prix, indépendamment de toute concurrence.

b. Entrave significative au sens large

Dès lors que le Règlement a une portée plus large que le critère de dominance, l'entrave significative permet à la Commission d'appréhender les rapprochements d'entreprises effectués sur les marchés oligopolistiques, sans nécessité d'une position dominante ou de collusion⁷⁵. On comprend ici que, dans les cas où une première analyse des facteurs structurels, comme les parts de marché des entreprises parties, n'aurait pas mené à soulever de doutes quant aux effets de l'opération sur la concurrence, la Commission aura la possibilité d'effectuer une analyse plus détaillée de l'impact de la concentration et de ses effets sur le marché⁷⁶. On pourra alors imaginer divers facteurs susceptibles de créer une entrave significative à la concurrence. On relèvera notamment la suppression de pression concurrentielle⁷⁷, notion générale créée par la réunion de deux entités précédemment concurrentes sur un marché, faisant craindre l'augmentation des prix, même en l'absence d'une position dominante⁷⁸. Dès lors, cet effacement de la pression pourra émaner de causes diverses, telles, la suppression d'un important moteur

⁷² MONTAG, von BONIN, in *Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht*, Band 1, 3. Auflage, München, 2020, p. 2621.

⁷³ MALAURIE-VIGNAL Marie, *Droit de la concurrence interne et européen*, 7^{ème} édition, Dalloz 2017, p. 356; KOCH, in *Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht*, Band 1, 3. Auflage, München, 2020, p. 2559.

⁷⁴ MELLONI Mattia, *Dictionnaire Européen de la Concurrence*, Larcier, Bruxelles, 2018, p. 153.

⁷⁵ MALAURIE-VIGNAL Marie, *Droit de la concurrence interne et européen*, 7^{ème} édition, Dalloz 2017, p. 355.

⁷⁶ MONTAG, von BONIN, in *Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht*, Band 1, 3. Auflage, München, 2020, p. 2623.

⁷⁷ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 2004/C31/03, c. 22 et 24.

⁷⁸ MALAURIE-VIGNAL Marie, *Droit de la concurrence interne et européen*, 7^{ème} édition, Dalloz 2017, p. 357-358.

de la concurrence⁷⁹, la réunion de concurrents particulièrement proches⁸⁰ et se livrant une concurrence unique sur le marché, ou encore la réunion de deux entreprises employant des facilités d'accès au marché qu'elles sont seules à détenir⁸¹. Ces exemples illustrent à notre avis bien l'idée de la modification législative adoptée en droit européen, permettant à la Commission d'agir de manière bien plus étendue, même en l'absence de position préférentielle absolue. On distingue dès lors que les hypothèses soulevées ci-dessus créent, tout particulièrement sur les marchés oligopolistiques, le spectre d'effets anticoncurrentiels non désirables, contre lesquels la Commission n'avait aucun impact par le passé et à l'encontre desquels elle peut désormais agir. On les évoquera plus en détail ultérieurement dans ce travail.

2.1.3.4 Rôle de la jurisprudence européenne

La majorité des opérations de concentration se voient approuvées par la Commission⁸². Les cas donnant lieu à une contestation sont dès lors d'autant plus capitaux que la décision du Tribunal qui découlera du litige aura une influence clé sur le processus de contrôle des opérations de concentration. On relève tout particulièrement que ce sont les premiers cas de refus de la Commission, au début des années 2000, qui ont, en grande partie, donné lieu à la réforme de 2004⁸³. On considère alors le poids de ces décisions et leur impact capital. Jusqu'à la décision *CK Telecoms* que nous traiterons en détail ci-dessous, le Tribunal n'avait jamais eu l'occasion de s'exprimer sur les effets non coordonnés dans le cadre du test SIEC, ainsi que sur leur évaluation par la Commission. Cet arrêt ainsi que les solutions qu'il apporte n'en seront que d'autant plus déterminants, cherchant à concrétiser la notion d'effets unilatéraux et à lui fixer un cadre juridique clair, ce dernier restant encore trop vague aujourd'hui.

A titre préliminaire, il nous semble opportun de mentionner la décision *Airtours/First Choice c. Commission*⁸⁴ (ci-après : l'arrêt *Airtours*), ayant joué un rôle important en droit du contrôle des concentrations européen, servant à construire le contexte juridique aujourd'hui connu en matière d'effets coordonnés. Cet arrêt et ses implications permettront de mettre en abîme le rôle fondamental joué par les décisions des autorités européennes sur le droit lui-même et, en particulier, sur sa mise en œuvre. On cherchera également, dans la partie finale de ce travail, à appliquer ce schéma aux effets unilatéraux, en tentant de déterminer les implications futures de l'arrêt *CK Telecoms*.

Dans l'arrêt *Airtours*, préalable à la réforme de 2004, le Tribunal s'était vu annuler l'interdiction d'une opération de concentration par la Commission. Cette dernière avait considéré que l'opération au contentieux aurait eu pour conséquence de créer une position

⁷⁹ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 2004/C31/03, c. 37-38.

⁸⁰ *Ibidem*, c. 28-30.

⁸¹ Voir Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 2004/C31/03, c. 36, relatif à la capacité de l'entité à freiner l'expansion des concurrents.

⁸² BELLIS Jean-François, *Droit européen de la concurrence*, Bruylant, 2^{ème} édition, Bruxelles, 2017, p.291.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ TPICE, 6 juin 2002, *Airtours c. Commission*, Rec., 2002, p. II-2585.

dominante collective sur le marché des séjours à courte distance, comprenant notamment le logement et le transport, en Grande-Bretagne, ayant pour effet de permettre des effets coordonnés sur ce marché. Dans sa décision en annulation, le Tribunal a argué que la Commission n'avait pas suffisamment apporté la preuve de la création d'une position dominante collective, posant dès lors trois conditions cumulatives utiles à attester de l'existence d'une telle position et permettant d'alléguer les effets coordonnés susceptibles d'en découler. Au sens de celles-ci, une telle situation n'est réalisable qu'en cas de marché transparent, sur lequel les entreprises doivent pouvoir adopter un comportement parallèle à long terme et où elles peuvent supporter les pressions concurrentielles externes⁸⁵. Ainsi, les entreprises se voient allouer la possibilité de déterminer avec suffisamment de rapidité et de certitude le comportement des autres acteurs, mais sont également empêchées de « tricher », en ce sens qu'elles ne peuvent pas dévier de la ligne de conduite convenue⁸⁶.

Comme il s'agira de le mentionner et de le développer plus loin dans ce travail, ces trois mêmes conditions font aujourd'hui partie intégrante des lignes directrices relatives à l'appréciation des concentrations horizontales⁸⁷, servant à l'interprétation du droit européen par la Commission. On comprend dès lors tout l'impact d'un tel arrêt et ses implications fondamentales pour le futur, faisant aujourd'hui office de règle générale. Il sera essentiel de retenir le poids de la jurisprudence du Tribunal afin d'analyser les conséquences du récent arrêt du Tribunal, *CK Telecoms*, cherchant à régler des questions similaires, mais en matière d'effets non coordonnés.

2.1.3.5 Conclusion comparative

A l'heure de tirer des conclusions sur le test SIEC et ses effets, il semble tout d'abord essentiel de noter que la réforme législative a permis un contrôle bien plus étendu des concentrations au sein de l'Union Européenne. Par le nouveau critère de l'entrave significative à la concurrence effective, la Commission peut non seulement empêcher les concentrations donnant lieu à la création ou au renforcement de positions dominantes, mais également intervenir lorsque ces critères ne sont pas remplis. On dénote dès lors une prise en compte des circonstances économiques bien plus adaptée, tant la seule position dominante n'est pas suffisante en elle seule à déterminer tous les effets anticoncurrentiels pouvant émaner d'une concentration, ceux-ci pouvant également émaner de la modification des rapports de concurrence entre les entités restantes.

Force est en revanche de constater que dite réforme du droit implique une certaine insécurité juridique, tant la notion d'entrave significative est plus vaste et indéterminée que ne l'était celle de position dominante. Dite insécurité laisse également planer le doute d'une incapacité à mettre en œuvre le nouveau droit, nécessitant une clarification afin de pouvoir être appliqué⁸⁸. On saisit dès lors encore mieux l'impact essentiel qu'aura la jurisprudence en la matière. L'arrêt

⁸⁵ BELLIS Jean-François, *Droit européen de la concurrence*, Bruylant, 2^{ème} édition, Bruxelles, 2017, p.293-294.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ Voir notamment : Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 2004/C31/03, c. 41.

⁸⁸ MONTAG, von BONIN, in *Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht*, Band 1, 3. Auflage, München, 2020, p. 2621.

Airtours avait d'ores et déjà servi de base à la détermination des effets coordonnés dans le cadre du test SIEC et rien n'indique que *CK Telecoms* n'aura pas le même impact, en ce qui a trait aux effets non coordonnés. On distingue alors l'importance de cet arrêt et d'une éventuelle décision sur recours de la CJUE, tant pour le futur du droit de la concurrence européen que pour la politique appliquée par la Commission relativement aux effets unilatéraux.

Enfin, l'insécurité amenée par le Règlement a également pour effet de créer un flou autour du fardeau de la preuve imputable à la Commission. La notion de position dominante était en effet clairement établie et sa preuve pouvait être faite sans ambiguïté. Les décisions à venir auront donc non seulement pour effet de déterminer le champ des effets non coordonnés, propres à entraver la concurrence de manière significative, mais également de déterminer la charge de preuve que la Commission devra être en mesure de faire valoir pour prouver dits effets et interdire une opération.

2.1.4 Lignes directrices relatives à l'appréciation des concentrations horizontales⁸⁹

Dans le cadre de son Règlement 139/2004, le Conseil de l'UE a publié des lignes directrices relatives à l'appréciation des concentrations horizontales. Par celles-ci, il met en avant une série de précisions propres à l'appréciation des concentrations, basées sur les articles 2 par. 2 et 3 du Règlement. Il s'agira ici de mettre en abîme ces différents points pour mieux saisir les spécificités du contrôle exercé par la Commission. On commencera par mettre en avant des considérations générales (2.1.4.1). On traitera dans un deuxième temps de facteurs purement économiques, en évoquant les parts de marché et degrés de concentration (2.1.4.2). Il s'agira ensuite d'exhiber les divers effets anticoncurrentiels possibles en cas de concentration horizontale (2.1.4.3). On abordera enfin les contrepoids à une opération de concentration, permettant sous certaines circonstances de la rendre tolérable, en évoquant tout d'abord l'entrée sur le marché (2.1.4.4) et dans un second temps les gains d'efficacité (2.1.4.5).

2.1.4.1 Considérations générales

Il semble dans un tout premier temps bon de relever que les lignes directrices commencent par donner une définition de la notion de position dominante, la décrivant comme une situation de puissance économique détenue par une ou plusieurs entreprises qui leur donnerait le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en leur fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de leurs concurrents, de leurs clients et, finalement, des consommateurs⁹⁰. Elles rappellent ensuite le test SIEC, précisant que les cas les plus fréquents d'incompatibilité avec le marché découlent de la création ou du renforcement d'une position dominante⁹¹. Finalement, le rôle de

⁸⁹ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 2004/C31/03.

⁹⁰ Arrêt du Tribunal du 25 mars 1999, *Gencor/Commission*, T-102/96, Rec. p. II-753, point 200 ; Voir également l'arrêt de la Cour du 31 mars 1998, *France et autres/Commission*, affaires jointes C-68/94 et C-30/95, Rec. p. I-1375, point 221.

⁹¹ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 2004/C31/03, c. 4.

la Commission est défini comme impliquant la comparaison des conditions de concurrence sur un marché donné, dans l'hypothèse d'une concentration et dans le cas où elle n'interviendrait pas, impliquant un contrôle prospectif⁹².

2.1.4.2 Parts de marché et degrés de concentration

L'estimation des parts de marché détenues par chacune des entreprises, ainsi que du degré de concentration sur ledit marché seront essentielles à jauger la situation. Dès lors, la Commission aura pour tâche préalable de définir les marchés de produit et géographique, ainsi que de déterminer la situation de concurrence relative audit marché⁹³. En ce qui a tout particulièrement trait aux parts de marché, ce sont en général les parts existantes qui sont prises en considération, mais cela n'empêche pas la possibilité d'y intégrer des parts futures voire historiques sous certaines circonstances, notamment en cas d'entrée ou de sortie future, ainsi que d'instabilité récente des parts⁹⁴. On rappelle encore le test SSNIP, évoqué plus haut et propre à délimiter les marchés de produits sur la base de l'existence de substituts crédibles.

Ces éléments pris en considération, il peut être passé au calcul du degré de concentration sur un marché. Pour ce faire, on emploie généralement l'indice d'Herfindahl-Hirschmann (ci-après : IHH)⁹⁵. Celui-ci est égal à la somme des carrés des parts de marché de chacune des entreprises présentes sur le marché et sa somme maximale s'élève dès lors à 10'000⁹⁶. Plus cet indice sera élevé, plus il reflètera une grande concentration sur ledit marché. Les lignes directrices mentionnent des indications particulières relatives au niveau de l'IHH, mais également à la différence de niveau de l'IHH avant et après la concentration (ci-après : le delta). En ce sens, les marchés sur lesquels apparaît un indice inférieur à 1'000 sont considérés comme peu concentrés et ceux ayant un IHH supérieur à 2'000 comme très concentrés⁹⁷. On ajoute enfin que les lignes directrices n'admettent qu'un risque peu probable d'entrave à la concurrence sur les marchés détenant un IHH inférieur à 1'000, sur ceux comprenant un indice situé entre 1'000 et 2'000, mais dont le delta est inférieur à 250 et sur ceux où apparaît un indice supérieur à 2'000 mais dont le delta n'excède pas 150⁹⁸. En parallèle à ces indices et comme on le verra plus loin, on peut tout particulièrement noter qu'une part de marché particulièrement élevée, de 50 % et plus, peut en elle-même constituer la preuve de l'existence d'une position dominante sur le marché⁹⁹, ce à quoi il convient d'ajouter la conclusion contraire

⁹² Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 2004/C31/03, c. 9.

⁹³ *Ibidem*, c. 10.

⁹⁴ *Ibidem*, c. 15.

⁹⁵ IV/M.1365 — FCC/Vivendi, considérant 40; l'affaire COMP/JV 55 — Hutchison/RCPM/ECT, considérant 50.

⁹⁶ Andrew I. GAVIL, William E KOVACIC, Jonathan B. BAKER, Joshua D. WRIGHT, *Antitrust Law in Perspective*, Third Edition, Thomson/West, 2008, p. 766.

⁹⁷ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 2004/C31/03, c. 20.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ Arrêts du Tribunal du 28 avril 1999, Endemol/Commission, T-221/95, Rec. p. II-1299, point 134, et du 25 mars 1999, Gencor/Commission, T-102/96, Rec. p. II-753, point 205.

en ce qui a trait aux marchés sur lesquels la part des entreprises concernées n'excède pas 25%¹⁰⁰.

A titre de conclusion, il est de mise de noter que l'IHH d'un marché, combiné au delta découlant de l'opération de concentration, peut servir de premier indice dans l'analyse de la Commission, utile notamment à déterminer l'existence d'une position dominante, mais n'est en aucun cas propre à fonder seul une présomption d'existence ou d'absence d'effets anticoncurrentiels sur le marché¹⁰¹.

2.1.4.3 Effets anticoncurrentiels découlant de concentrations horizontales

Les lignes directrices distinguent deux effets principaux susceptibles d'entraver la concurrence de manière significative sur un marché des suites d'une opération de concentration. Comme déjà évoqué ci-dessus dans l'analyse du test SIEC, la première hypothèse découle de la suppression d'importantes pressions concurrentielles sur un marché, permettant des effets anticoncurrentiels unilatéraux aux entreprises restant sur celui-ci après l'opération, de par leur part de marché accrue, cela sans besoin de coordonner leurs comportements avec leurs concurrents¹⁰² ; on traite d'effets non coordonnés (**a**). La seconde réside dans le changement de la nature de la concurrence, l'opération modifiant le marché de telle sorte que celles-ci sont désormais bien plus enclines à coordonner leurs agissements, cela ayant pour finalité de nuire à la concurrence sur le marché concerné ; on vise dans ce cas les effets coordonnés (**b**)¹⁰³.

a. Les effets non coordonnés

En ce qui a trait à ces effets, le Conseil allègue que la suppression d'importantes pressions concurrentielles sur un ou plusieurs vendeurs a pour effet d'augmenter leur pouvoir sur ledit marché. L'effet le plus direct de l'opération étant l'élimination de la concurrence entre les parties à la concentration¹⁰⁴. D'autre part, les entreprises présentes sur le même marché qui ne sont pas parties à la concentration peuvent, elles aussi, tirer profit de l'affaiblissement de la pression concurrentielle que provoque l'opération, dès lors que l'augmentation des prix des parties peut orienter une partie de la demande vers les entreprises rivales, lesquelles peuvent, à leur tour, trouver profitable d'augmenter leurs prix¹⁰⁵. En outre, les concentrations sur des marchés oligopolistiques qui entraînent l'élimination de fortes contraintes concurrentielles, peuvent avoir également pour effet d'entraver de manière significative la concurrence¹⁰⁶.

¹⁰⁰ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 2004/C31/03, c. 18. ; Kom. ABl. 2000 C 164, 5 – *Carrefour/Promodes*.

¹⁰¹ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 2004/C31/03, c. 21.

¹⁰² *Ibidem*, c. 22.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ *Ibidem*, c. 24.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ *Ibidem*, c. 25.

Les lignes directrices précisent ensuite un certain nombre de facteurs, pas nécessairement déterminants lorsque pris seuls, mais susceptibles d'influer sur le fait qu'une opération de concentration ait pour effet de créer des effets non coordonnés significatifs¹⁰⁷. On retiendra notamment des éléments tels que des parts de marché élevées des parties à la concentration¹⁰⁸, le fait que les parties à la concentration soient des concurrents proches¹⁰⁹, que les clients aient peu de possibilité de changer de fournisseur¹¹⁰ ou que l'unité issue de la concentration élimine un important moteur de la concurrence¹¹¹. Nous reviendrons en détail sur ces notions plus loin dans ce travail.

b. Les effets coordonnés

Quant aux effets coordonnés, ils impliquent que des suites d'une concentration, les entreprises d'un marché estiment préférable d'adopter durablement une même ligne d'action sur le marché dans le but de vendre leurs produits à des prix plus élevés¹¹². Une telle concentration impliquerait dès lors l'augmentation de la probabilité que les entreprises soient en mesure de coordonner leur comportement et d'augmenter les prix, sans devoir procéder à la conclusion d'un accord ou recourir à une pratique concertée¹¹³. Les lignes directrices précisent ensuite que la coordination est plus probable sur des marchés où il est relativement simple de parvenir à une compréhension mutuelle de ses modalités d'exercice¹¹⁴. En outre, trois exigences doivent être remplies pour que la coordination soit considérée comme durable ; la capacité des parties coordonnant leurs comportements à se surveiller entre elles (*transparence*), l'existence d'un mécanisme de dissuasion crédible et l'impossibilité pour les entreprises ne participant pas à la coordination de remettre en cause les résultats de la coordination¹¹⁵. On retrouve ici sous une autre formulation, les conditions jurisprudentielles évoquées dans le cadre de l'arrêt *Airtours*, nécessaires à la prise en considération d'effets coordonnés.

2.1.4.4 Entrée sur le marché

A l'heure d'analyser les arguments en faveur d'une opération de concentration, il semble essentiel de mentionner l'entrée sur le marché potentielle de nouveaux concurrents. Lorsque l'entrée sur un marché est relativement aisée, il est peu probable qu'une concentration soulève d'importants problèmes de concurrence¹¹⁶, les nouveaux entrants annihilant les effets anticoncurrentiels de la concentration. L'analyse des barrières à l'entrée constitue donc un

¹⁰⁷ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 2004/C31/03, c. 26

¹⁰⁸ *Ibidem*, c. 27

¹⁰⁹ *Ibidem*, c. 28

¹¹⁰ *Ibidem*, c. 31

¹¹¹ *Ibidem*, c. 37

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ Arrêts du Tribunal du 25 mars 1999, Gencor/Commission, T-102/96, Rec. p. II-753, point 277, et du 6 juin 2002, *Airtours*/Commission, T-342/99, Rec. p. II-2585, point 61.

¹¹⁴ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 2004/C31/03, c. 41.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ *Ibidem*, c. 68.

élément clé de l'appréciation concurrentielle. Pour que l'entrée de nouveaux concurrents puisse être considérée comme une contrainte concurrentielle suffisante sur les parties à la concentration, il faut démontrer que cette entrée est probable, qu'elle interviendra en temps utile et sera suffisante pour prévenir ou contrecarrer les effets anticoncurrentiels potentiels de l'opération¹¹⁷.

Il faut dès lors considérer l'entrée sur le marché comme probable, dès lors qu'elle semble viable économiquement pour l'entrant. En ce sens, elle doit être suffisamment profitable en tenant compte des effets que la production complémentaire mise sur le marché pourrait avoir sur les prix ainsi que des réactions éventuelles des entreprises en place¹¹⁸. Une telle opération doit également être susceptible d'être réalisée en temps utile, en ce qu'elle devrait être suffisamment rapide et durable pour dissuader ou empêcher l'exercice d'un pouvoir de marché¹¹⁹. Finalement, l'entrée se doit également d'être suffisante de par son ampleur et son importance, pour réduire à néant les effets anticoncurrentiels engendrés par la concentration¹²⁰.

On ajoutera enfin la prise en considération des barrières à l'entrée sur un marché, susceptibles d'empêcher l'arrivée d'un nouvel entrant. Lorsqu'il en existe peu, il y a davantage de chances que la perspective d'une entrée de nouveaux concurrents exerce une contrainte sur les parties à la concentration, permettant de conserver le niveau de concurrence. Inversement, lorsque les barrières à l'accès au marché sont élevées, il est peu probable que la perspective d'une entrée exerce une contrainte significative sur les parties à la concentration les dissuadant d'augmenter leurs prix¹²¹. Dites barrières peuvent prendre plusieurs formes, étant de natures tant juridique, technique, de réputation, que financière¹²² et constituant un obstacle majeur à l'entrée d'une nouvelle entreprise, apte à concurrencer le sujet concentré. Enfin, on peut en déduire que sur un marché oligopolistique, l'existence de barrières à l'entrée doit être considéré comme implicite. En effet la structure même du marché, limitée à quelques concurrents aux parts de marché élevées rendra difficile l'entrée et l'expansion d'une nouvelle firme sur le marché. Par surabondance, on note que les diverses économies d'échelle qui découleront de l'opération de concentration sur un tel marché ne feront qu'accentuer cette difficulté d'entrée, sans même évoquer les barrières techniques, susceptibles d'apparaître dans des domaines nécessitant des facilités essentielles spécifiques¹²³.

2.1.4.5 Gains d'efficacité

Apparaissent enfin les hypothétiques gains d'efficacité découlant d'une opération de concentration, susceptibles de contrebalancer les effets anticoncurrentiels découlant de celle-ci.

¹¹⁷ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 2004/C31/03.

¹¹⁸ *Ibidem*, c. 69.

¹¹⁹ *Ibidem*, c. 74.

¹²⁰ *Ibidem*, c. 75.

¹²¹ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 2004/C31/03, c. 70.

¹²² *Ibidem*, c. 71.

¹²³ A ce sujet, voir Commission européenne, *Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de concurrence de l'Union européenne*, Direction générale de la concurrence, Bruxelles, Juillet 2002, p. 26.

En effet, certaines restructurations d'entreprises, prenant la forme de concentrations, peuvent correspondre aux exigences d'une concurrence dynamique et être de nature à augmenter la compétitivité de l'industrie¹²⁴. Tel sera le cas lorsque la Commission sera en position de conclure, sur la base de preuves suffisantes, que les gains d'efficacité générés par l'opération seront à même d'accroître la capacité et l'incitation de l'entité issue de l'opération à adopter un comportement favorable à la concurrence, contrant les effets anticoncurrentiels que la concentration risquerait de produire dans le cas contraire¹²⁵.

Pour que la Commission tienne compte des gains d'efficacité invoqués, ils doivent remplir trois conditions cumulatives¹²⁶. La première sera d'être à l'avantage des consommateurs, en ce sens qu'ils devront être susceptibles de conduire à une baisse des prix ou à d'autres avantages pour ceux-ci¹²⁷. Ils devront dans un deuxième temps être propres à la concentration, soit être une conséquence directe de l'opération notifiée et ne pas pouvoir être atteints dans une mesure similaire, au moyen d'alternatives moins contraaires à la concurrence¹²⁸. Finalement, les gains d'efficacité devront être vérifiables, ce qui nécessitera des preuves suffisantes¹²⁹, permettant à la Commission d'établir que ces effets apparaîtront effectivement.

On précise que ces gains d'efficacité ne sont que très relativement pris en considération par la Commission aujourd'hui. En effet, les efficacités n'ont qu'une place marginale dans l'appréciation des opérations de concentration par l'autorité. Ainsi, la Commission adopte une vision méfiante, considérant que la majorité des économies découlant des synergies propres à l'opération seront gardées par l'entreprise et ne profiteront pas au consommateur¹³⁰. L'autorité refuse par ailleurs de prendre en considération certains gains d'efficacité, considérant que seule la diminution des coûts variables est propre à profiter aux consommateurs, excluant qu'une variation sur les coûts fixes puisse bénéficier à ceux-ci¹³¹. Cette approche de la Commission limite donc l'emploi des gains d'efficacité, pas tous pris en considération. On note enfin l'avis de Georges Vallindas, pour qui le Règlement de 2004 a intégré les efficacités afin de contrebalancer la prise en compte des effets non coordonnés, intégration restée vaine du fait de l'absence de concrétisation dans la pratique de la Commission¹³². On nuancera toutefois ce propos, en ce sens que certains gains d'efficacité, notamment ceux liés à des réductions de coûts variables, ne se répercutent pas sur le consommateur et qu'il semble dès lors logique de ne pas les prendre en considération dans l'appréciation des concentrations¹³³.

¹²⁴ R139/2004, c. 4.

¹²⁵ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 2004/C31/03, c. 77.

¹²⁶ *Ibidem*, c. 78.

¹²⁷ *Ibidem*, c. 80.

¹²⁸ *Ibidem*, c. 85.

¹²⁹ *Ibidem*, c. 86.

¹³⁰ VALLINDAS Georges, *Droit européen des concentrations*, Bruylant, Bruxelles, 2017, p. 211.

¹³¹ *Ibidem*, p. 212.

¹³² *Ibidem*, p. 205.

¹³³ A ce sujet, voir ZIMMER Daniel, *Erinnerungen an Airtours: Zum Urteil des EuG im Fall CK Telecoms UK/Kommission*, WuW Nr. 07-08, 07.08.2020, p. 356-357.

2.1.4.6 Conclusion

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

2.1.5 La procédure par devant les autorités de la concurrence

Il semble à présent opportun de se concentrer plus en détail sur le processus menant à l'autorisation ou au refus des opérations de concentration notifiées. Une fois cette phase préalable réalisée, la Commission entrera en matière et rendra une première décision (2.1.5.1). On analysera ensuite les voies de recours accessibles, tant aux entreprises qui se seraient vu interdire une opération, qu'aux concurrents qui souhaiteraient contester une approbation (2.1.5.2). Se posera ensuite la question du fardeau de la preuve imputable à la Commission (2.1.5.3), avant d'enfin arriver à une conclusion sur les effets d'une telle procédure (2.1.5.4).

2.1.5.1 Les décisions de la Commission

De par son rôle visant la promotion des intérêts généraux de l'Union Européenne¹³⁴, la Commission détient une position clé en matière de droit de la concurrence. En effet, au rang des tâches de celle-ci figure la mise en œuvre du droit communautaire, tout particulièrement applicable à la mise en œuvre du droit de la concurrence¹³⁵. Sur cette base et agissant de manière quasi juridictionnelle, la Commission aura le pouvoir d'adopter des décisions¹³⁶. Cette prérogative impliquera, en matière de contrôle des concentrations, de trancher des cas relatifs à la compatibilité des opérations notifiées, avec le marché commun, au sens du Règlement 139/2004, exposé ci-dessus. Dites décisions devront faire l'objet d'une motivation suffisante, faisant apparaître de façon claire et cohérente les considérations de fait et de droit sur lesquelles elles s'appuient¹³⁷.

¹³⁴ JAAG Tobias, HÄNNI Julia, *Europarecht, Die Europäische Institutionen aus Schweizerischer Sicht*, 4. Überarbeitete Auflage, Schulthess, 2015, p. 218.

¹³⁵ OESCH Matthias, *Europarecht, Grundlagen, Institutionen, Verhältnis Schweiz-EU*, 2. überarbeitete Verlage, Band 1, Stämpfli Verlag AG Bern, 2019, p. 110.

¹³⁶ BELLIS Jean-François, *Droit européen de la concurrence*, Bruylant, 2^{ème} édition, Bruxelles, 2017, p. 60.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 63.

2.1.5.2 Le contrôle judiciaire des décisions de la Commission

Au sens de l'article 19 du Traité sur l'Union Européenne (ci-après : TUE¹³⁸), les autorités de contrôle judiciaires en droit de l'Union Européenne ont pour but d'assurer le respect du droit de l'Union dans l'interprétation et l'application des traités¹³⁹. En ce qui concerne les décisions de la Commission en matière de concurrence, elles sont soumises à un contrôle judiciaire exercé par le Tribunal. C'est à celui-ci que revient la compétence de connaître, en droit et en fait, des recours en annulation introduits par des personnes physiques ou morales contre des décisions de la Commission en matière de concurrence. La Cour de justice de l'Union Européenne (ci-après : la CJUE) statue, quant à elle, sur des questions de droit contre les arrêts du Tribunal¹⁴⁰.

a. Le recours en annulation au Tribunal

Parmi les décisions en matière de concurrence pouvant faire l'objet d'un recours en annulation devant le Tribunal, on trouve notamment les décisions de la Commission déclarant une concentration compatible ou incompatible avec le marché intérieur au sens de l'art. 2 par. 3 du Règlement 139/2004¹⁴¹. Au sens de l'article 263 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (ci-après : TFUE¹⁴²), toute personne physique ou morale peut former recours contre une décision dont elle est destinataire ou qui la concerne directement et individuellement¹⁴³. On notera que dit article prévoit également quatre moyens d'annulations d'une décision, dont la violation d'une disposition du traité¹⁴⁴, utile aux fins de ce travail. L'invocation de ce motif pourra en particulier résulter d'une erreur de droit, d'une erreur de fait ou encore d'une erreur manifeste d'appréciation¹⁴⁵. Dans le cas où le recours s'avérerait fondé, le Tribunal annulera tout ou partie de la décision litigieuse, bénéficiant d'un pouvoir de pleine juridiction¹⁴⁶, avec effets *ex-tunc*¹⁴⁷.

b. Les pourvois par devant la CJUE

Dans une seconde phase, les arrêts du Tribunal peuvent faire l'objet d'un pourvoi par devant la CJUE, limité toutefois à l'analyse des questions de droit¹⁴⁸. La partie formant un tel acte devra être en position de démontrer une violation du droit européen par le Tribunal, comme par exemple la violation d'une disposition de droit matériel¹⁴⁹.

¹³⁸ Traité sur l'union Européenne, TUE, [2012] C 326/01.

¹³⁹ OESCH Matthias, *Europarecht, Grundlagen, Institutionen, Verhältnis Schweiz-EU*, 2. überarbeitete Verlage, Band 1, Stämpfli Verlag AG Bern, 2019, p. 112.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 80.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 80-81.

¹⁴² Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne, TFUE, [2016] OJ C202/1.

¹⁴³ OESCH Matthias, *Europarecht, Grundlagen, Institutionen, Verhältnis Schweiz-EU*, 2. überarbeitete Verlage, Band 1, Stämpfli Verlag AG Bern, 2019, p. 81; voir aussi art. 263 TFUE.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 81.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 83.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 307.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 290.

¹⁴⁹ BELLIS Jean-François, *Droit européen de la concurrence*, Bruylant, 2^{ème} édition, Bruxelles, 2017, p. 85.

2.1.5.3 La charge de la preuve imputable à la Commission

La Commission se voit attribuer de larges pouvoirs en matière de droit de la concurrence, ce qui n'est pas sans impliquer une obligation accrue en matière de preuve. Il est désormais de jurisprudence constante qu'il tient à la Commission d'apporter des preuves suffisamment précises et concordantes¹⁵⁰. Elle devra dès lors démontrer les conclusions auxquelles elle parvient lors de l'appréciation d'opérations de concentration¹⁵¹. Il semble de grande importance de percevoir tout d'abord que la preuve, en matière de contrôle des concentrations, reposera sur une analyse économique des situations d'espèce. C'est donc l'analyse prospective de la Commission, concluant à ce que la concentration risque de faire évoluer le marché d'une certaine façon, qui doit être contrôlé¹⁵².

La question de la charge de la preuve doit être envisagée selon le contentieux en cause. Lorsque la Commission prend des décisions qui limitent les droits des particuliers ou des entreprises, notamment par l'interdiction d'une fusion, il lui revient de démontrer la nécessité de la mesure qu'elle prend¹⁵³. Dite démonstration tiendra dans le caractère convaincant des preuves mises en avant par la Commission, celles-ci étant évaluées dans leur crédibilité¹⁵⁴. Il faudra en ce sens, pour que les arguments de la Commission soient considérés comme suffisants, que la balance des probabilités penche en faveur de la thèse prospective mise en avant par la Cour¹⁵⁵, menant à un résultat probable du type de celui prédit par l'autorité. On nuancera toutefois cette dernière affirmation, le fardeau de la preuve et la balance des intérêts y relative étant aujourd'hui remis en question par le Tribunal. Nous en traiterons plus loin dans ce travail, dans le cadre de l'analyse de l'arrêt *CK Telecoms*.

Prenant en compte ces diverses considérations, force est de constater que l'exigence en matière de preuve imputable à la Commission, bien que définie, reste vague à chaque domaine spécifique du contrôle des concentrations. En effet et comme on a pu l'apercevoir ci-dessus, la jurisprudence du Tribunal sera apte à jouer un rôle clé dans la détermination des éléments devant être apportés par l'autorité. Cela a déjà notamment été le cas en matière d'effets coordonnés, où les conclusions du Tribunal sont devenues règles dans l'arrêt *Airtours*. A l'heure actuelle, seule la décision *CK Telecoms* a permis au Tribunal d'exprimer son opinion sur les effets non coordonnés et sur le fardeau de la preuve y relatif. On appréciera dès lors, dans le prochain chapitre de ce travail, les considérations faites par la Cour dans celui-ci, ainsi que les implications pour le droit européen de la concurrence, si cet arrêt, à l'image d'*Airtours*, venait à s'ériger en principe général du droit de la concurrence européen en matière d'effets non coordonnés.

¹⁵⁰ VALLINDAS Georges, *Droit européen des concentrations*, Bruylant, Bruxelles, 2017, p. 356 ; Arrêt de la Cour du 7 janvier 2004, *Aalborg portland e.a./Commission*, Rec., 2004, p. I-123.

¹⁵¹ BELLIS Jean-François, *Droit européen de la concurrence*, Bruylant, 2^{ème} édition, Bruxelles, 2017, p. 85.

¹⁵² VALLINDAS Georges, *Droit européen des concentrations*, Bruylant, Bruxelles, 2017, p. 355.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 379.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 381 et 382.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 382-383.

2.1.5.4 Conclusion

Les brefs éléments exposés ci-dessus permettent une perception d'ensemble du contrôle juridictionnel relatif aux décisions de la Commission. Au vu du faible nombre de cas donnant lieu à de telles batailles juridiques et du fait que les arrêts du Tribunal ne sont pas légion, les décisions sur recours auront un poids fondamental dans le développement et la mise en œuvre du droit et, par ce biais, dans la charge de la preuve imputable à la Commission.

Il est enfin important de noter que bon nombre de notions propres à déterminer les effets anticoncurrentiels d'une opération de concentration reposent sur une appréciation économique de l'opération. L'évaluation des opérations de concentration découlera dès lors souvent du cas d'espèce précis, ayant parfois pour défaut d'empêcher l'établissement de règles générales, mais permettant une analyse au cas par cas, propre à la situation litigieuse.

2.2 Notions spécifiques relatives au contrôle des concentrations

Dès lors que les notions générales du contrôle des concentrations ont été exposées ci-avant, il semble désormais nécessaire d'affiner notre approche sous l'angle des effets non coordonnés. Partant, il nous paraît propice de se pencher plus en détail sur certaines notions spécifiques à cette branche du droit de la concurrence, dont certaines ont déjà pu être mentionnées précédemment. On se penchera tout d'abord sur les effets non coordonnés en tant que tels (2.2.1), analysant tout particulièrement les principaux types d'effets unilatéraux pouvant découler d'une opération de concentration. On observera ensuite les caractéristiques économiques spécifiques à un marché oligopolistique (2.2.2). En dernier lieu, on se penchera sur les engagements pouvant survenir entre la Commission et les parties à l'opération (2.2.3).

2.2.1 Les effets non coordonnés

Comme précédemment analysé, le critère du test SIEC permet la prise en considération du risque de création ou de renforcement d'une position dominante, mais y ajoute également l'appréciation d'éventuels effets unilatéraux¹⁵⁶. Ces effets impliquent, pour une ou plusieurs entreprises, une augmentation unilatérale de leur pouvoir de marché, en l'absence de coordination avec des entreprises concurrentes¹⁵⁷. Il est essentiel de rappeler l'importance du pouvoir de marché dans cette analyse, tant son augmentation peut potentiellement permettre à l'entreprise concernée d'augmenter ses prix¹⁵⁸ et ainsi de nuire à la concurrence sur un marché. Les lignes directrices, évoquées ci-dessus, mentionnent un certain nombre d'effets non coordonnés, nous analyserons ci-dessous les plus importants.

2.2.1.1 Importantes parts de marché

Bien que les parts de marchés et leur progression ne constituent qu'un point de départ à l'établissement d'un pouvoir de marché et d'une augmentation de celui-ci, elles n'en restent pas moins un facteur important dans l'appréciation d'une opération¹⁵⁹. En effet, l'existence d'importantes parts de marché chez les entités à la concentration est un facteur essentiel dans la détermination d'une éventuelle entrave significative à la concurrence, bien qu'elle n'en soit pas le seul critère¹⁶⁰. Comme déjà exposé ci-avant et au sens de la jurisprudence de l'Union Européenne, des parts de marché très élevées et supérieures à 50% d'une entreprise sur un marché donné peuvent déjà, en elles-mêmes, constituer la preuve d'un pouvoir de marché¹⁶¹. A l'inverse, ce n'est que dans des conditions extraordinaires que la Commission jugera une entreprise, ou le résultat d'une concentration, en position dominante sur un marché, si ses parts sont comprises entre 20 et 30%¹⁶². On précise cependant qu'aucune présomption de pouvoir

¹⁵⁶ DARGAUD Emilie, *Mise en œuvre de la politique de la concurrence dans le cadre du contrôle des concentrations horizontales*, Thèse de Doctorat, Université Lumière – Lyon II, 7 décembre 2007, p. 29

¹⁵⁷ MONTAG, von BONIN, in *Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht*, Band 1, 3. Auflage, München, 2020, p. 2629

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 2630-2631

¹⁵⁹ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 2004/C31/03, c. 27

¹⁶⁰ MONTAG, von BONIN, in *Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht*, Band 1, 3. Auflage, München, 2020, p. 2631

¹⁶¹ EuG Slg. 1999, II-299- *Endemol/Kommission*, EuG Slg. 2007, II-107 – *France Télécom/Kommission*.

¹⁶² Kom. ABl. 2000 C 164, 5 – *Carrefour/Promodes*.

de marché ou de dominance sur celui-ci n'est prévue dans le droit européen relativement aux parts détenues par les entreprises¹⁶³. On comprend dans ce contexte toute l'importance de la séparation des marchés, analysées ci-dessus et essentielle à la détermination des portions de marché détenues par chacun des concurrents. Au final, force est de constater que ce facteur, bien que ne représentant qu'un premier indice, est de grande importance dans la détermination d'éventuels effets non coordonnés, tant des parts de marché élevées sont propres à mener à une position dominante. Reste toutefois que l'instauration du nouvel art. 2 al. 3 du Règlement 139/2004 a permis d'écarter le critère de la dominance sur un marché comme unique élément de l'analyse de la Commission¹⁶⁴, impliquant dès lors des possibilités bien plus élargies de déterminer des effets anticoncurrentiels sur un marché.

2.2.1.2 Concurrents particulièrement proches

La nature de la concurrence entre les entreprises à la concentration est devenue un point essentiel dans l'évaluation d'opérations de concentration. La Commission examine de plus en plus à quel degré les parties à la concentration sont des concurrents proches, respectivement à quel degré les produits proposés sur le marché par les concurrents sont vus comme des substituts proches par les consommateurs. Par l'évaluation de ce facteur, elle peut analyser la dynamique concurrentielle entre les parties à la concentration et estimer les conséquences de son élimination dans le cas où l'opération serait réalisée¹⁶⁵. Les lignes directrices relèvent ce problème, arguant que plus le degré de substituabilité entre les produits des parties à une opération de concentration est élevé, plus il est probable que celles-ci augmenteront significativement leurs prix¹⁶⁶. Dès lors, divers facteurs jouent un rôle afin de déterminer si des produits sont perçus par le consommateur comme substituts proches¹⁶⁷. On se concentrera ici sur les quatre principaux.

a. Proximité géographique

Il convient tout d'abord de mentionner la proximité géographique des concurrents, en ce sens que les entreprises parties à l'opération doivent exercer dans la même sphère, en ce qui a trait aux produits pour lesquels le choix du consommateur dépend de l'accessibilité de l'offre¹⁶⁸. Il paraît en soit évident que des concurrents, bien que proposant des produits en tous points similaires, ne seront pas considérés concurrents proches s'ils viennent à exercer en des lieux distincts.

b. Comparabilité des produits relativement à leurs caractéristiques

Il faut comprendre ici que sur des marchés de produits hétérogènes, la possibilité de choix du consommateur dépend des caractéristiques spécifiques d'un produit. S'il

¹⁶³ MONTAG, von BONIN, in *Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht*, Band 1, 3. Auflage, München, 2020, p. 2632.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 2653.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 2666.

¹⁶⁶ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 2004/C31/03, c. 28.

¹⁶⁷ MONTAG, von BONIN, in *Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht*, Band 1, 3. Auflage, München, 2020, p. 2667.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

s'avérait, sur un tel marché, que les ratios de diversion étaient tels que les consommateurs opteraient très majoritairement pour un produit B en lieu et place d'un produit A, en cas d'augmentation des prix de ce dernier, une concentration entre les deux fournisseurs de dits produits mènerait à un risque d'augmentation des prix, étant profitable¹⁶⁹. On effectue ici un test de substituabilité, qui n'est pas sans rappeler le test SSNIP. On ira même encore plus loin en l'espèce, cherchant non seulement à savoir si les produits proposés sont substitués au sens de cet indicateur, mais également si les ratios de diversion des produits mènent à une connexité et à une dominance des deux éléments. Si tel vient à être le cas, une augmentation de prix se verrait possible, car profitable à l'entreprise issue de la fusion, en ce sens que le consommateur ne se tournerait pas vers un concurrent, quand bien même le prix augmenterait.

c. Les préférences des consommateurs

Elles peuvent également jouer un rôle clé, notamment en l'absence de caractéristiques similaires (*hypothèse sous b*) des produits proposés par les entreprises parties à l'opération. En effet, la concentration peut tout de même créer un risque d'effets anticoncurrentiels si le consommateur fait valoir ses préférences, comme par exemple en matière de marques ou d'image de celle-ci¹⁷⁰. Dès lors, les ratios de diversion cités préalablement sont susceptibles de réapparaître et l'union de deux entreprises ayant les faveurs du public est susceptible de créer des effets non désirés du point de vue de la concurrence, pour les raisons évoquées ci-avant. Ici, la possibilité d'augmentation du prix ne tiendra pas du manque de substituts, mais de la préférence des consommateurs pour les produits des entreprises concentrées.

d. La pression concurrentielle exercée par les marchés voisins

Vient enfin ce critère, relevant d'une certaine importance sur les marchés oligopolistiques, déjà très concentrés et où le nombre d'offrants est réduit. En effet, plus les marchés sont définis de manière étroite, plus le niveau de concentration sur ceux-ci sera élevé et l'offre réduite¹⁷¹. Sur de tels marchés, une augmentation des prix ne serait profitable suite à une concentration que si le consommateur n'avait pas d'autres alternatives, pas uniquement sur le même marché, mais également sur des marchés voisins. Dès lors, des effets non coordonnés seront envisageables sur ce type de marchés uniquement si une incitation à augmenter les prix subsiste pour l'entreprise issue de l'opération, malgré la possibilité pour les consommateurs de se tourner vers les marchés voisins¹⁷². En d'autres termes, l'absence de pression concurrentielle, exercée par des marchés parallèles, est propre à favoriser les effets unilatéraux.

Par le biais des quatre facteurs susmentionnés, la Commission a dès lors la possibilité de déterminer si les parties à une opération de concentration doivent être considérées concurrentes

¹⁶⁹ MONTAG, von BONIN, in *Münchner Kommentar, Wettbewerbsrecht*, Band 1, 3. Auflage, München, 2020, p. 2667-2668.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 2668-2669.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 2669.

¹⁷² *Ibidem*.

particulièrement proches, auquel cas, des effets non coordonnés auront de grandes probabilités de rentrer en considération.

2.2.1.3 La suppression d'un important moteur de la concurrence

Dans les marchés déjà relativement concentrés, une opération est susceptible de créer des effets unilatéraux même en cas d'augmentation des parts de marché de moindre importance, lorsque l'entreprise objet de l'acquisition joue un rôle particulier pour la concurrence¹⁷³. Ce genre de cas concerne généralement l'acquisition d'entreprises entrées depuis peu sur un marché et desquelles il est attendu une forte pression concurrentielle dans le futur, plus élevée que celle actuellement exercée¹⁷⁴. De même, cette théorie s'applique aux acteurs du marché considérés « francs-tireurs » (*Maverick firms*), petites entreprises, mais qui de par leur force d'innovation sur le marché favorisent la dynamique de la concurrence, malgré leurs parts de marché, en principe, faibles¹⁷⁵. Il faut comprendre ici que ces entreprises, malgré un pouvoir de marché relativement bas, jouent un rôle clé pour la concurrence sur la base d'autres critères. Par leur prise en considération, la Commission peut dès lors sortir du cadre des parts de marché et de la concentration sur un marché, afin d'analyser des critères spécifiques, eux aussi susceptibles d'engendrer des effets anticoncurrentiels.

Pour ce qui est de l'application de ce critère dans les décisions de la Commission, celle-ci s'est vue rendre diverses décisions fondées sur le potentiel futur ou la force disruptive d'entreprises. Cela a notamment été le cas dans le domaine des télécommunications, qu'il s'agit de mettre en avant pour la suite de ce travail. On exposera dès lors les décisions *T-Mobile/tele.ring*¹⁷⁶, *Hutchinson 3G Austria/Orange Austria*¹⁷⁷ ou encore *Hutchinson 3G UK/Telefonica UK*¹⁷⁸. Dans la première citée, la Commission n'a accepté la concentration entre le 2^{ème} et le 4^{ème} opérateur d'Autriche que sous de larges engagements tant *tele.ring*, depuis son apparition sur le marché, avait mené à la diminution des prix pour le consommateur final¹⁷⁹.

Dans la deuxième, la Commission a considéré qu'*Hutchinson 3G* jouait un rôle clé sur ce même marché, malgré des parts se situant uniquement entre 10 et 20%, notamment par son adaptation rapide aux nouvelles technologies et par son potentiel d'expansion futur. Une fois encore, la Commission a accepté cette opération sous engagements, devant laisser possible l'entrée sur le marché d'autres concurrents¹⁸⁰.

Enfin, dans cette dernière décision touchant le marché des télécommunications au Royaume-Uni, *Three* était le dernier entré sur le marché et représentait une force concurrentielle importante au sens de la Commission. La particularité de ce marché tenait dans le fait que les quatre principaux opérateurs du pays coopéraient par un accord de partage de réseaux. La

¹⁷³ MONTAG, von BONIN, in *Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht*, Band 1, 3. Auflage, München, 2020, p. 2679.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶ Kom. ABl. 2007 L 88, 44 - *T-Mobile/tele.ring*.

¹⁷⁷ Kom. ABl. 2013 C 224 - *Hutchinson 3G Austria/Orange Austria*.

¹⁷⁸ Kom. ABl. 2016 C 357 - *Hutchinson 3G UK/Telefonica UK*.

¹⁷⁹ MONTAG, von BONIN, in *Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht*, Band 1, 3. Auflage, München, 2020, p. 2680.

¹⁸⁰ *Ibidem*.

Commission y a dès lors vu un risque pour le développement futur de ce secteur et a interdit l'opération¹⁸¹. C'est le cas du recours contre cette dernière décision que nous étudierons dans la seconde partie de ce travail.

On cerne dès lors toute l'importance de la prise en considération de cet élément, permettant d'admettre des effets non coordonnés même en l'absence de parts de marchés importantes. La Commission se retrouve munie d'outils plus larges, lui permettant d'étendre son champ d'action au-delà de ce simple facteur. On notera tout particulièrement l'emploi de cette notion en matière de télécommunications, domaine que nous étudierons plus en détail dans la suite de ce travail. On précisera enfin que la concentration d'une entreprise tendant à l'innovation avec une autre entité ne doit pas être considérée comme négative dans tous les cas, un apport positif sur la concurrence pouvant découler des synergies créées. Il faudra dès lors observer les situations au cas par cas et juger de la potentielle perte d'innovation qui pourrait découler d'une telle opération¹⁸².

2.2.1.4 Capacité de l'entreprise concentrée à freiner l'expansion des concurrents

Les effets non coordonnés d'une opération de concentration peuvent également découler de la possibilité pour l'entreprise fusionnée de bloquer le développement de petites entreprises, de compliquer celui de concurrents potentiels ou de limiter la capacité concurrentielle d'autres acteurs du marché¹⁸³. On précise, qu'afin de pouvoir considérer dite prérogative comme effet anticoncurrentiel émanant de l'opération, il faut que celui-ci découle de la concentration et que l'entreprise partie ne l'ait pas déjà détenu au préalable¹⁸⁴, auquel cas l'on ne se trouverait pas face à un tel effet, mais serait confronté à une potentielle position dominante sur un marché, pas illégale *per se*. Au surplus, c'est dès la concentration réalisée, que l'entreprise qui en découle doit être en position de se comporter de manière anti-concurrentielle vis-à-vis de ses concurrents. Les lignes directrices sur le contrôle des concentrations horizontales énoncent dès lors les constellations types, propres à créer des effets unilatéraux¹⁸⁵, qu'il s'agira de mentionner brièvement ci-après.

On y relève tout d'abord et principalement les risques d'effets non coordonnés, relatifs à l'intégration verticale¹⁸⁶. Par ce moyen, une entreprise réunit en son sein divers stades de la phase de production d'un bien. Ainsi, il faut en conclure que l'association d'entreprises, dont au moins une possède, elle-même déjà, d'autres entités de la chaîne de production, pourrait mener à des effets unilatéraux. En effet, une telle disposition permettrait à la nouvelle entité de faire valoir un tout nouveau pouvoir de marché, restreignant, par exemple, l'accès de ses concurrents à des facilités essentielles ou à des phases de production clés et les obligeant à

¹⁸¹ MONTAG, von BONIN, in *Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht*, Band 1, 3. Auflage, München, 2020, p. 2680.

¹⁸² *Ibidem*, p. 2681.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 2674.

¹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁵ *Ibidem* ; Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 2004/C31/03, c. 36.

¹⁸⁶ MONTAG, von BONIN, in *Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht*, Band 1, 3. Auflage, München, 2020, p. 2675.

hausser leurs coûts et de ce fait leurs prix, voire à se retirer du marché. Il faut ici saisir la subtilité tenant à distinguer l'intégration verticale, non contestée elle-même, de l'opération de concentration, qui permet un tout nouveau pouvoir anticoncurrentiel à l'entreprise qui en découle.

Dans un second temps, il s'agira de mettre en avant les autres facteurs propres à attribuer une telle capacité à l'entreprise concentrée, dont fait partie la détention de brevets et d'autres droits immatériels exclusifs¹⁸⁷. Ceux-ci conférant des droits *erga omnes*, seront susceptibles de permettre à une entreprise concentrée d'exercer un pouvoir nouveau à l'encontre des concurrents, notamment aptes à rendre plus difficile l'entrée ou l'expansion de rivaux¹⁸⁸. Une fois encore, les droits de propriété intellectuelle en tant que tels ne posent pas problème, mais l'union d'entreprises les détenant est susceptible de mener à des effets unilatéraux non désirables. On mentionnera ensuite la vulnérabilité particulière des marchés sur lesquels l'interopérabilité entre différentes infrastructures ou plates-formes est importante. Une opération de concentration sur ce type de marchés est susceptible d'offrir à la nouvelle entité issue de l'opération la capacité et l'incitation d'augmenter les coûts, ou de diminuer la qualité de service de ses rivales¹⁸⁹. On comprendra par cela, particulièrement, les marchés sur lesquels les concurrents dépendent de l'interconnexion ou de la fourniture de services de réseau en amont, par une entreprise ayant une forte position sur le marché. Celle-ci pourra dès lors décider d'augmenter les prix de la prestation essentielle qu'elle fournit¹⁹⁰, réduisant la concurrence et impactant le consommateur final. Enfin, il faudra tenir compte de la nouvelle puissance financière attribuable à l'entité concentrée, également susceptible de lui permettre d'entraver le développement de ses concurrents¹⁹¹.

2.2.1.5 Peu de possibilités de changer de fournisseur

Des effets non coordonnés peuvent encore découler d'une opération de concentration, lorsque des suites de celle-ci, les consommateurs se retrouvent limités dans leur choix, n'ayant plus la possibilité de se tourner vers un produit substitut, le marché étant devenu trop concentré. Dans une telle configuration, l'entité issue de l'opération sera en position d'augmenter ses prix et d'amener de nouveaux effets anticoncurrentiels¹⁹². On prendra l'exemple type de clients qui avaient pour politique de s'approvisionner auprès des deux parties à l'opération, de façon à obtenir des prix compétitifs¹⁹³. Ceux-ci se voient désormais empêchés de le faire, subissant le nouveau prix, la possibilité d'avoir plusieurs fournisseurs ayant disparu. On précise encore qu'une telle situation sur un marché est également propre à mener à des limitations

¹⁸⁷ MONTAG, von BONIN, in *Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht*, Band 1, 3. Auflage, München, 2020, p. 2676.

¹⁸⁸ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 2004/C31/03, c. 36.

¹⁸⁹ *Ibidem*.

¹⁹⁰ MONTAG, von BONIN, in *Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht*, Band 1, 3. Auflage, München, 2020, p. 2677.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 2678.

¹⁹² *Ibidem*, p. 2670.

¹⁹³ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 2004/C31/03, c. 31.

quantitatives sur la production¹⁹⁴, menant elles encore, de manière indirecte, à l'augmentation des prix pour le consommateur.

Dans diverses décisions, la Commission a attaché une grande importance à la capacité des concurrents restant à rivaliser avec l'entreprise fusionnée, même s'il n'en restait qu'un petit nombre et que le marché était devenu étroit¹⁹⁵. Il faudra également, dans l'évaluation des effets unilatéraux, être pragmatique quant à la possibilité concrète, et non seulement théorique, des clients à se tourner vers un autre fournisseur. En ce sens, il faut comprendre qu'un critère de l'évaluation tient dans l'observation des différences de parts de marché entre l'entreprise fusionnée et ses concurrents restant. Il faut noter ici qu'un écart de parts de marché supérieur à 20% laisse planer la possibilité d'effets unilatéraux, la nouvelle entreprise étant susceptible de prendre des mesures seule¹⁹⁶. D'autres facteurs, comme l'existence de liens structurels entre les parties à la fusion devront également être pris en considération, tout notamment en matière d'investissements croisés. D'après la pratique de la Commission, la réunion de telles entreprises est propre à mener à ce que les concurrents restant ne soient plus susceptibles d'offrir une alternative qualitativement aussi bonne que celle de la nouvelle entité¹⁹⁷. Il faut ici percevoir que l'accumulation des facilités propres à un marché au sein d'une seule et même firme est propre à empêcher ses concurrents d'offrir des produits de même qualité, ou à tout le moins sur la base du même tarif.

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

Enfin, force est de constater, dans une logique économique, qu'en cas d'augmentation des prix par un concurrent, l'augmentation de la production d'un autre sera propre à rendre nulle la démarche du premier, tant la demande se verra entièrement dérivée vers le second. On en déduit alors que l'apparition d'effets non coordonnés des suites d'une opération de concentration est plus probable lorsque les concurrents restant ne sont pas en position de répondre à une tentative d'augmentation de prix¹⁹⁸. Dès lors qu'une augmentation de la production n'est pas envisageable, les parties à l'opération seront incitées à ramener la production en dessous des niveaux atteints avant l'opération, ce qui aura pour conséquence de faire augmenter les prix du marché¹⁹⁹.

Il s'agit enfin de déterminer à quel moment l'augmentation de la production semble impossible. Cela sera en particulier le cas lorsque les concurrents se trouvent face à des contraintes de capacité et que l'accroissement de la production se verrait coûteux. On prendra encore les cas où l'utilisation des capacités excédentaires existantes reviendrait beaucoup plus cher que celles

¹⁹⁴ MONTAG, von BONIN, in *Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht*, Band 1, 3. Auflage, München, 2020, p. 2670.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 2671.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 2672.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 2673.

¹⁹⁹ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 2004/C31/03, c. 32.

actuellement mobilisées²⁰⁰, menant à l'impossibilité de produire plus au même prix. On note que l'existence de telles contraintes est plus propre à apparaître sur des marchés de produits homogènes, mais la Commission ne rejette pas la possibilité de déceler de tels effets sur des marchés où les produits se trouvent être plus différenciés. C'est tout particulièrement le cas sur le marché des télécommunications, sur lequel la Commission, même en l'absence de contraintes de capacité, a jugé d'un manque d'incitation à l'augmentation de l'offre ou à la réduction des prix²⁰¹.

2.2.1.7 Conclusion

A titre final, on relèvera que les divers effets non coordonnés évoqués ci-dessus ont tous pour point commun d'avoir un potentiel effet négatif sur les prix. On traitera en ce sens d'effets quantitatifs sur les prix, impliquant une incitation pour la nouvelle entité à les augmenter, la nouvelle structure du marché le lui permettant, sans conséquence aucune sur ses activités. C'est là toute la particularité des effets non coordonnés, allouant à une entreprise, seule, la faculté d'exercer des contraintes anticoncurrentielles sur le marché, et ce sans même se trouver en position dominante ou passer par le biais d'une entente.

2.2.2 Marchés oligopolistiques et leurs risques

Comme définis ci-dessus, les marchés oligopolistiques connaissent un nombre réduit d'offrants et de ce fait une concentration déjà conséquente, rendant les offrants sur ce type de marchés interdépendants²⁰². Les lignes directrices retiennent que les concentrations sur des marchés oligopolistiques, entraînant l'élimination des fortes contraintes concurrentielles que les parties à ces opérations exerçaient auparavant l'une sur l'autre ainsi que la réduction des pressions concurrentielles pesant sur les autres concurrents peuvent, même si une coordination entre les membres de l'oligopole est peu probable, avoir pour effet d'entraver de manière significative la concurrence²⁰³. Il s'agira même encore d'aller plus loin, considérant les effets unilatéraux, autres que ceux émanant d'une position dominante individuelle, comme principalement liés à des marchés oligopolistiques. En effet, sur ce type de marché, la préexistence d'une concurrence interne entre les parties à l'opération, additionnée à la réduction de la pression concurrentielle sur le marché, engendrée par leur union, permet à la nouvelle entité issue de l'opération d'obtenir un pouvoir d'augmentation des prix unilatéral²⁰⁴. Force est dès lors de comprendre que ces marchés sont ceux principalement visés par de potentiels effets unilatéraux. Il faudra toutefois considérer les situations au cas par cas, sur la base des critères exprimés ci-dessus, afin de déterminer par un pronostic prospectif, si ces effets sont réellement à même de se réaliser. On note encore une fois toute l'importance de l'analyse économique

²⁰⁰ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 2004/C31/03, c. 34.

²⁰¹ MONTAG, von BONIN, in *Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht*, Band 1, 3. Auflage, München, 2020, p. 2674 ; Kom. ABl. 2013 C 224, 12 Rn. 367ff - *Hutchinson 3G Austria/Orange Austria*.

²⁰² OCDE, Centre pour la coopération avec les économies européennes en transition, *Glossaire d'économie industrielle et de droit de la concurrence*, Les Éditions de l'OCDE, Paris, 1993, p. 19.

²⁰³ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 2004/C31/03, c. 25.

²⁰⁴ MONTAG, von BONIN, in *Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht*, Band 1, 3. Auflage, München, 2020, p. 2656.

dans ce travail, la structure particulière du marché jouant un rôle essentiel dans la détermination de l'intensité de la concurrence entre les parties. Enfin, il nous semble utile de brièvement rappeler, pour la suite de ce travail, le marché oligopolistique type qu'est celui des télécommunications. En effet, ce marché, de par les facilités essentielles qu'il nécessite et les nombreuses difficultés à l'accès qu'il présente, fait quasi systématiquement l'objet d'un oligopole. Les conclusions mises en avant dans ce paragraphe entreront dès lors tout particulièrement en jeu dans la décision *CK Telcoms*, étudiée ci-dessous.

2.2.3 Engagements

A des fins de compréhension globale de la suite de ce travail, il convient à présent de définir et traiter la notion d'engagement. En ce sens, les entreprises peuvent modifier une concentration notifiée, en présentant des mesures correctives visant à la rendre compatible avec le marché commun²⁰⁵. Ces engagements permettent aux entreprises concernées d'élaborer, de façon volontariste et négociée, des solutions permettant de répondre aux préoccupations en matière de concurrence, relevées par la Commission lors de ses enquêtes. Si elles viennent à être acceptées, ces propositions d'engagements mettent fin à la procédure²⁰⁶, l'opération y relative étant dès lors considérée conforme au droit de la concurrence. En matière de contrôle des concentrations, ceux-ci consistent à ce que les parties à l'opération proposent des mesures correctives à la Commission, afin d'éviter une interdiction de leur concentration, propres à annihiler les effets anticoncurrentiels relevés par l'autorité lors de son enquête²⁰⁷. Sur cette base, celle-ci pourra assortir sa décision de conditions et de charges afin de garantir que les entreprises concernées respectent effectivement leurs engagements dans les délais requis, de manière à rendre la concentration compatible avec le marché commun²⁰⁸.

On dénote une tendance à la multiplication des autorisations sous engagements²⁰⁹. En effet, la majorité des dossiers qui soulèvent des doutes sont validés après que les parties fasse des propositions de nature à écarter le risque d'affectation de la concurrence relevé par la Commission. Le plus souvent de nature structurelle, ils se concrétisent sous la forme de revente d'actifs ou de parties d'une des entreprises à l'opération. Il faudra dès lors convaincre la Commission que la cession en question est de nature à supprimer les problèmes concurrentiels par elle relevés, libérant une partie du marché et permettant une concurrence effective sur celui-ci²¹⁰. En addition à ces engagements structurels, apparaissent fréquemment des engagements comportementaux. Ceux-ci, employés comme moyens de pression sur la nouvelle entité, permettent d'assurer qu'elle ne cherchera pas à créer des obstacles à l'entrée sur le marché ou à monopoliser des ressources essentielles²¹¹.

²⁰⁵ R139/2004, c. 30.

²⁰⁶ MELLONI Mattia, *Dictionnaire Européen de la Concurrence*, Larcier, Bruxelles, 2018, p. 90.

²⁰⁷ VALLINDAS Georges, *Droit européen des concentrations*, Bruylant, Bruxelles, 2017, p. 218.

²⁰⁸ R139/2004, c. 30.

²⁰⁹ VALLINDAS Georges, *Droit européen des concentrations*, Bruylant, Bruxelles, 2017, p. 218.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 220.

²¹¹ *Ibidem*.

En ce qui a trait aux obligations de la Commission en la matière, les mesures correctives devront tout d'abord être nécessaires, ayant pour conséquence d'imposer à l'autorité la charge de la preuve, relative au dommage concurrentiel causé par la concentration. Ayant pour rôle de corriger, par avance, les effets anticoncurrentiels que produirait l'opération, elles devront également être efficaces, soit réellement aptes à régler le problème soulevé par l'autorité²¹². Enfin, l'application de ces mesures devra obéir au principe de proportionnalité, relativement au dommage concurrentiel causé par la concentration et préalablement prouvé. Les mesures correctives devront dès lors viser à corriger l'impact de la concentration sur la concurrence, mais toutefois ne pas être excessives, visant à réparer uniquement la distorsion engendrée par l'opération et non celle émanant du marché libre²¹³. On relève finalement, au vu du contrôle *ex ante* opéré en matière de concentrations, à nouveau la nécessité d'établir un examen prospectif des implications de l'opération sur la concurrence. Cet examen pourra toutefois s'avérer délicat au moment de juger de la proportionnalité des mesures correctrices, tant cela nécessiterait une évaluation précise, qui ne pourra toutefois être réalisée que de manière hypothétique.

Les engagements constituent dès lors un outil essentiel du droit du contrôle des concentrations. Ils permettent en bonne partie d'expliquer le nombre très faible d'interdictions pures et simples, la majorité des opérations pouvant être réglées de manière amiable. On relève par surabondance, que la simple entame d'une enquête par la Commission est de nature à décourager les entreprises à une telle opération. Celles-ci craignant de devoir prendre des engagements excessifs, renoncent à leur projet²¹⁴. En conclusion, il est essentiel de saisir la force pratique de cette alternative pour la Commission, permettant de maintenir un niveau de concurrence sain sur les marchés, tout en évitant d'entraver la liberté économique des acteurs de celui-ci.

2.2.4 Conclusion

On saisit, à travers cette analyse des effets non coordonnés, toute leur subtilité. On constate premièrement que leurs conséquences économiques sont bien souvent moins évidentes que celles émanant d'effets coordonnés, logiques et plus intuitives. On cerne également le travail pointu dont devra faire preuve la Commission dans son analyse prospective, devant analyser le marché dans son ensemble pour y déceler d'éventuels risques. On voit toute la difficulté de ce travail à futur, requérant parfois des certitudes, dans des situations où seules des hypothèses peuvent être posées. Au surplus, dits risques pourront découler de facteurs indirects, pas intrinsèquement liés à l'opération elle-même, mais bien à des principes économiques indépendants, ce qui rendra cette analyse d'autant plus complexe.

L'importance des marchés oligopolistiques en la matière sera également fondamentale pour la suite de cet exposé. On dénote la présence importante d'effets unilatéraux sur ce type de marchés, propices à leur développement, la proximité et l'interdépendance des concurrents s'y

²¹² VALLINDAS Georges, *Droit européen des concentrations*, Bruylant, Bruxelles, 2017, p. 221.

²¹³ *Ibidem*, p. 227.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 224-225.

prêtant bien. L'union de concurrents sur ce genre de marché a, dans une grande majorité des cas, des conséquences immédiates sur la concurrence, tant le rapport de compétition disparaissant du fait de l'opération est d'une grande intensité. On devra dès lors se montrer particulièrement attentifs avec ce type de marchés et chercher à anticiper leurs réactions à une éventuelle concentration. Il ne faudra, de ce fait, pas évaluer l'opération dans un oligopole uniquement sous l'angle des parts de marché détenues par chaque acteur et de leur évolution, mais également du point de vue des autres incitatives susceptibles d'apparaître et de distordre la concurrence. En ce sens, il sera requis d'être tout particulièrement attentif à l'affaiblissement, voire à la disparition de pressions concurrentielles particulières sur le marché, susceptible de ne viser que certains acteurs et ne dépendant pas forcément des parts de marché.

Enfin, les engagements font office d'outil essentiel pour la Commission, l'habilitant à maintenir le niveau de concurrence sur un marché, sans interdire strictement les opérations de concentration, évitant ainsi des litiges juridictionnels et permettant de concilier l'entier des protagonistes à l'opération. Dans la partie conclusive de ce travail, on examinera les conséquences pour le contrôle des concentrations, de l'éventuel affaiblissement d'une telle prérogative. On précise encore que cette solution ne s'avère pas suffisante dans tous les cas, la Commission déclarant certaines concentrations incompatibles avec le marché commun et des contestations étant tout de même émises à l'encontre de certaines décisions. On étudiera, dans le chapitre suivant, un des rares cas de recours élevé à l'encontre de la Commission.

2.3 Brève ébauche de droit suisse

2.3.1 Généralités

A but comparatif, nous mettrons ici brièvement en avant le système appliqué en droit suisse du contrôle des concentrations. Nous nous pencherons tout particulièrement sur la notion de position dominante qualifiée qui le régit (2.3.2), puis examinerons les différences que cela implique relativement au test SIEC, appliqué en droit de l'Union Européenne (2.3.3). Il s'agira sous ce dernier point également, de tirer des conclusions relatives aux différences entre les deux droits et de se pencher sur les modifications éventuellement souhaitables en droit suisse.

A titre introductif, il s'agira de noter que le système suisse est régi par la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence²¹⁵ (ci-après : LCart) ainsi que par l'Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises²¹⁶ (ci-après : OCCE). Ce droit repose, à l'instar du droit européen homologue, sur un contrôle *ex ante*, les concentrations d'entreprises d'une certaine envergure devant faire l'objet d'une notification préalable auprès de la Commission de la Concurrence (ci-après : COMCO), au sens de l'art. 9 LCart. En droit suisse également, les seuils déclenchant cette obligation sont basés sur les chiffres d'affaire des parties à l'opération de concentration. A des fins de comparaison, on note toutefois que dits seuils sont extrêmement élevés vis-à-vis des solutions adoptées par nos voisins européens²¹⁷. Quant à la notion de concentration en droit suisse, elle repose également sur un panel élargi d'opérations, comprenant évidemment la fusion, mais également les entreprises communes, qu'il n'y aura pas lieu de détailler ici, et l'acquisition du contrôle²¹⁸. Cette dernière notion, définie à l'art. 1^{er} OCCE comme le nouveau contrôle d'une entreprise sur une autre, jusqu'ici indépendante, par la prise de participations au capital ou par tout autre moyen permettant d'exercer une influence déterminante sur l'activité de dite entreprise²¹⁹, semble très large et sera propre à couvrir de nombreuses situations. Finalement, les opérations entrant dans le champ d'application de l'art. 9 LCart feront l'objet d'un examen de la COMCO, également basé sur une procédure en deux étapes²²⁰ et dont le critère d'évaluation, fondé sur l'article 10 de cette même loi, sera développé dans le paragraphe suivant.

2.3.2 La notion de position dominante qualifiée

L'examen des opérations de concentrations en droit suisse repose sur la notion de position dominante qualifiée, particulière à notre système juridique et qui se distingue du test SIEC, aujourd'hui employé en droit de l'Union Européenne. L'article 10 LCart régit l'appréciation des concentrations d'entreprises en droit suisse et son alinéa 2 énumère les conditions sous lesquelles, la Commission de la concurrence peut, notamment, interdire une opération de concentration²²¹. Il faut noter la ressemblance et le parallélisme évidents du test appliqué en

²¹⁵ RS 251, Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, LCart.

²¹⁶ RS 251.4, Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises, OCCE.

²¹⁷ REINERT Mani, in *Basler Kommentar Kartellgesetz*, art. 9 KG, Helbing & Lichtenhahn, 2010, N1-4.

²¹⁸ FF 2014 8152, du 21 octobre 2014, *Note explicative et formulaire de la Commission de la concurrence, Notification d'une concentration*, 8153 ; art. 4 al. 3 LCart.

²¹⁹ Art. 1^{er} OCCE.

²²⁰ MEINHARDT Marcel, WASER Astrid, BISCHOF Judith, in *Basler Kommentar Kartellgesetz*, art. 10, N2, Helbing & Lichtenhahn, 2010; art. 33 LCart.

²²¹ Art. 10 LCart.

droit helvétique avec le critère de dominance, préalablement employé dans le droit européen, sous l'égide du Règlement 4064/89. En effet, le législateur suisse s'en était inspiré pour établir ses critères d'évaluation des opérations de concentration, critère aujourd'hui révolu en Europe, la transition législative opérée par le Règlement 139/2004 ayant mené à l'adoption du test SIEC²²². On comprend dès lors ce dernier comme ayant un champ d'application plus large que le critère de position dominante qualifiée, les deux ne se retrouvant que dans certains cas particuliers et étroits.

On se concentrera principalement ici sur la lettre a de l'art. 10 al. 2 LCart qui, prise littéralement, indique que la Commission de la concurrence peut interdire une concentration si celle-ci crée ou renforce une position dominante capable de supprimer une concurrence efficace²²³. Au vu de cette définition, se pose immédiatement la question de la dualité des conditions propres à fonder une intervention de la Commission. Ainsi, la jurisprudence du Tribunal fédéral²²⁴ a tranché en faveur d'une telle approche double, en ce sens que la position dominante sur le marché, au sens de cet article, ne doit être considérée que si une entreprise détient la possibilité, des suites de l'opération, d'éliminer la concurrence effective sur le marché en question²²⁵. Dès lors, en plus de mener à la création ou au renforcement d'une position dominante, la concentration doit également créer un acteur du marché ayant la possibilité de forcer ses concurrents existants à quitter le marché, de les empêcher de continuer à agir en tant que concurrents ou d'empêcher de nouveaux concurrents d'entrer sur le marché, afin de justifier une intervention de la COMCO et d'éventuellement se voir interdite²²⁶. L'existence de cette double approche a alors pour conséquence que la simple position dominante créée ou renforcée par l'opération de concentration n'est pas suffisante à fonder une interdiction relative à cette opération ; la suppression de la concurrence actuelle, ou du moins potentielle, représentant une condition juridique autonome²²⁷. Le système suisse va donc même au-delà de la théorie de la dominance, fixant le seuil d'intervention de la COMCO à un niveau très élevé.

En ce qui a trait à la lettre b de l'art. 10 al. 2 LCart, elle fait valoir une condition supplémentaire à l'intervention de la Commission, en ce sens que si l'opération en question vient à provoquer une amélioration de la concurrence sur un autre marché, l'emportant sur les effets anticoncurrentiels engendrés par l'opération, elle ne peut se voir interdite²²⁸. Par cette lettre, si la Commission de la concurrence arrive à la conclusion qu'une fusion renforce ou crée une position dominante, capable d'éliminer la concurrence effective, elle doit encore examiner si l'amélioration des conditions de concurrence sur un autre marché ne viendrait pas à compenser les effets anticoncurrentiels sur le premier marché²²⁹. On voit ici encore une échappatoire, permettant à une fusion qui devrait se voir interdite sous l'égide de la lettre a, d'éviter dite

²²² MEINHARDT Marcel, WASER Astrid, BISCHOF Judith, in *Basler Kommentar Kartellgesetz*, art. 10, N5.

²²³ Art. 10 al. 2 let. a LCart.

²²⁴ ATF 133 II 104, c. 6.

²²⁵ BORER Jürg, *Kartellgesetz*, Zürich 2005, Rz. 17 ff. zu Art. 10 KG; ATF 133 II 104, c. 6.3.

²²⁶ ZÄCH Roger, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2. Auflage., Stämpfli Verlag AG, Bern 2005, N 783; ATF 133 II 104, c. 6.3.

²²⁷ ATF 133 II 104, regeste.

²²⁸ Art. 10 al. 2 let. b LCart.

²²⁹ MEINHARDT Marcel, WASER Astrid, BISCHOF Judith, in *Basler Kommentar Kartellgesetz*, art. 10, N 156.

sanction. On comprend ici la prise en considération du résultat économique global de l'opération, ne se limitant pas au marché concerné, mais permettant une vision d'ensemble. On se trouve dans ce contexte face à une clause dite *d'équilibrage* (*Abwägungsklausel*), réalisant le principe de proportionnalité²³⁰. On précise toutefois que cette clause ne joue, en pratique, un rôle important qu'en matière de concentrations menant à la création de nouveaux marchés (intégrations verticales, fusions conglomerales)²³¹. Enfin et selon notre point de vue, elle représente bien la position très libérale de la Suisse en matière de concentrations d'entreprise, ne permettant l'intervention de la COMCO que sous de rigides conditions.

Enfin, à titre de comparaison au sein même de notre droit interne, on note que la notion de position dominante, permettant l'intervention de la COMCO au sens de l'art. 10 al. 2 let. a et b LCart, est plus restrictive et stricte que la simple définition d'entreprise dominant le marché qui figure à l'art. 4 al.2 LCart²³². On remarque également que les conditions d'intervention régissant les abus de position dominante, au sens de l'art. 7 al. 1 LCart, sont, elles aussi, plus souples qu'en matière de contrôle des concentrations, permettant une intervention plus aisée des autorités de la concurrence²³³. On en tire comme conclusion que, même du point de vue du droit suisse de la concurrence, le contrôle des concentrations fait l'objet d'une législation plus conciliante pour les acteurs du marché, ne permettant l'intervention de la COMCO qu'à de très strictes conditions et allouant une large liberté économique aux entreprises.

2.3.3 Droit comparé et conclusion

Comme examiné en amont dans ce travail, afin de permettre une intervention de la Commission européenne, le test SIEC ne nécessite que l'établissement d'une entrave significative à une concurrence effective, dont la position dominante, seule, peut être un exemple. Dès lors, force est de constater que le droit européen ne fixe pas de double condition en matière d'intervention de l'autorité étatique, permise de manière plus souple qu'en Suisse. On en tire le constat d'un contrôle des concentrations plus performant en droit européen, système dans lequel les autorités de la concurrence ne se voient pas entravées par des exigences additionnelles afin de pouvoir intervenir. Cela se traduit parfaitement en matière de fardeau de la preuve, celui-ci incombant à la Commission de la concurrence²³⁴, qui devra dès lors démontrer un risque effectif à l'élimination de la concurrence sur le marché et non uniquement l'existence d'une entrave significative à celle-ci. Le droit suisse doit dès lors être considéré comme bien plus permissif²³⁵

²³⁰ MEINHARDT Marcel, WASER Astrid, BISCHOF Judith, in *Basler Kommentar Kartellgesetz*, art. 10, N 157.

²³¹ *Ibidem*.

²³² PRUMMER Felix, in *KG KOMMENTAR*, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2018, p. 936.

²³³ ZÄCH Roger, *Das neue schweizerische Kartellgesetz*, Zürich 1996, S. 83; ATF 133 II 104, c. 6.3.

²³⁴ PRUMMER Felix, in *KG KOMMENTAR*, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2018, p. 934.

²³⁵ RUTZ Samuel, SCHAAD Jakob, in *Avenir Suisse, Brauchen wir den SIEC-Test?*, 09.11.2017, <https://www.avenir-suisse.ch/brauchen-wir-den-siec-test-wettbewerbspolitik-schweiz/>, consulté le 10.10.2020.

au regard des concentrations d'entreprises, en atteste le fait que seules deux fusions ont été interdites à ce jour par la COMCO²³⁶, *Orange-Sunrise*²³⁷ et *Ticketcorner-Starticket*²³⁸.

En ce qui a trait justement à la décision *Orange-Sunrise*, mentionnée ci-dessus, il semble utile de la développer brièvement dans le cadre de la suite de ce travail. Première des deux seules concentrations ayant fait l'objet d'une interdiction de la COMCO, l'opération de fusion entre les deux opérateurs sur le marché oligopolistique de la téléphonie mobile en Suisse fait office d'exception. Après avoir procédé à un examen approfondi, la COMCO a conclu que suite à une telle fusion, il ne serait resté en Suisse que deux opérateurs de téléphonie mobile disposant d'un réseau propre. Ces deux entreprises se seraient alors trouvées dans une situation de position dominante collective, susceptible de supprimer la concurrence effective sur le marché²³⁹. On observe ici bien le système très exigeant du droit suisse, ne permettant l'intervention de la COMCO qu'aux strictes conditions de l'art. 10 LCart. On traitera plus loin à nouveau du marché des télécommunications, dans le cadre de l'arrêt *CK Telecoms*, et pourra constater l'implication de telles différences législatives entre la Suisse et l'Union Européenne, dans l'évaluation d'une opération de concentration.

On relève à titre conclusif que les autorités suisses et européennes de la concurrence ont des compétences processuelles comparables dans l'ensemble²⁴⁰. On note également que les deux premiers pans du droit de la concurrence peuvent être décrits comme semblables sous les deux régimes juridiques. En revanche, force est de constater que le domaine du contrôle des concentrations est celui dans lequel la distance entre les deux systèmes est la plus grande. Au vu du spectre de protection bien plus élargi que permet le système européen, il paraît souhaitable aux yeux de certains que la Suisse révise son droit dans un futur proche, afin de passer, elle aussi, sous l'égide du test SIEC. En effet, l'homogénéité du droit dans un domaine souvent transfrontalier semblerait la bienvenue. Pour d'autres, en revanche, cela mènerait à des dépenses inutiles, liées à une augmentation des procédures, longues et coûteuses. De plus, les opposants du test SIEC prônent l'application de critères plus élevés à une petite économie comme la Suisse, afin de pouvoir lutter sur le marché international²⁴¹.

²³⁶ HEINEMANN Andreas, KELLERHALS Andreas, Wettbewerbsrecht in a nutshell, 2. Auflage, Dike Verlag AG, Zürich/St-Gallen, 2008, p. 102.

²³⁷ A ce sujet voir la décision de la COMCO du 21 avril 2010, sur le projet de fusion 41-0594, *France Télécom SA / Sunrise Communications AG*.

²³⁸ A ce sujet voir la décision de la COMCO du 22 mai 2017, sur le projet de fusion 41-0816, *Ticketcorner Holding AG / Tamedia AG / Ticketcorner AG / Starticket AG*.

²³⁹ Commission de la concurrence COMCO, Communiqué de presse du 22 avril 2010.

²⁴⁰ *La situation en droit des cartels*, Rapport final à l'attention de la Commission de gestion du CN, Berne, le 11 octobre 2020.

²⁴¹ RUTZ Samuel, SCHAAD Jakob, in *Avenir Suisse*, *Brauchen wir den SIEC-Test?*, 09.11.2017, <https://www.avenir-suisse.ch/brauchen-wir-den-siec-test-wettbewerbspolitik-schweiz/>, consulté le 10.10.2020.

2.4 Brève ébauche de droit américain

2.4.1 Généralités

A des fins de comparaison, il sera désormais utile dans le cadre de ce travail de brièvement évoquer le système de l'*Antitrust* américain. Il s'agira premièrement de noter l'évolution du système en la matière aux Etats-Unis. En effet, aujourd'hui régi par les *Horizontal Merger Guidelines*²⁴² (ci-après : HMG), qui lui confèrent une certaine prévisibilité juridique, dit système n'a pas toujours connu telle stabilité. En cause notamment le fardeau de la preuve en matière d'effets anticoncurrentiels émanant d'une fusion, variant au fil des décennies jusqu'à laisser place au système connu aujourd'hui outre-atlantique. Nous nous pencherons dès lors sur la naissance de ce droit au travers du *Structural Paradigm* (*modèle structurel*) et de ses implications en matière de preuve pour les autorités (2.4.2), puis mettrons en avant le système actuel des HMG ainsi que les principes qui en découlent (2.4.3). Viendra ensuite l'occasion de mentionner le système d'évaluation des opérations par les autorités de la concurrence américaines (2.4.4), avant d'en tirer une conclusion comparative (2.4.5).

On précisera encore à titre introductif que la base légale fondamentale en matière de contrôle des concentrations aux Etats-Unis se trouve être la section 7 du Clayton Act²⁴³, qui prohibe les concentrations susceptibles de restreindre de manière substantielle la concurrence sur un marché ou de tendre à la création d'un monopole²⁴⁴.

2.4.2 Le *Structural Paradigm*

Avant les années 70, le problème des marchés oligopolistiques a tenu en haleine les cours et commentateurs aux Etats-Unis. En effet, sur de tels marchés ne comprenant qu'un nombre réduit de participants, il semblait inévitable d'aboutir à des effets anticoncurrentiels et ce, tout particulièrement, en cas d'opération de concentration²⁴⁵. C'est ainsi qu'est né, par le biais de la jurisprudence de la Cour Suprême, le *Structural Paradigm*.

Sur la base de ce principe, le droit de la concurrence américain a admis une présomption d'effets anticoncurrentiels très importante en matière de marchés oligopolistiques, considérant le niveau de concentration élevé comme un facteur de risque important pour la concurrence. Au surplus, les convictions de l'époque, tendant à protéger les petits commerces et à assurer leur survie, a fini de créer le cadre jurisprudentiel donnant naissance à ce principe²⁴⁶. Dès lors, la plus haute instance du pays s'est vue refuser des opérations de concentration, fondant ses

²⁴² *Horizontal Merger Guidelines*, U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, August 19, 2010.

²⁴³ Andrew I. GAVIL, William E KOVACIC, Jonathan B. BAKER, Joshua D. WRIGHT, *Antitrust Law in Perspective*, Third Edition, Thomson/West, 2008, p. 1425; DUNS John, DUKE Arlen and SWEENEY Brendan, *Comparative Competition Law*, Cheltenham, Gloucestershire: Edward Elgar, 2015. Research Handbooks in Comparative Law Ser. Web. Clayton; Act §7, 15 U.S.C. §18.

²⁴⁴ MARTY Frédéric, *Le contrôle des concentrations en Europe et aux États-Unis. Critères économiques et sécurité juridique*, Revue de l'OFCE, vol. no 100, no. 1, 2007, pp. 100.

²⁴⁵ Andrew I. GAVIL, William E KOVACIC, Jonathan B. BAKER, Joshua D. WRIGHT, *Antitrust Law in Perspective*, Third Edition, Thomson/West, 2008, p. 679.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 679.

décisions uniquement sur le taux de concentration élevé présent sur un marché²⁴⁷. Au surplus, les décisions mentionnaient fréquemment la création de barrière à l'entrée de concurrents sur de tels marchés, bien trop concentrés, ainsi que la nécessité de protéger les petits commerces, de moins en moins nombreux à cette époque²⁴⁸. On mentionnera les décisions phares qu'ont été *Brown Shoe*²⁴⁹ (1962), *Von's Grocery* (1966) ou encore *Pabst Brewer*²⁵⁰ (1966).

2.4.3 Les *Horizontal Merger Guidelines* (HMG)

Force est de noter qu'une telle appréciation des opérations de concentration est très éloignée du système américain actuel, lequel dispose aujourd'hui de bien plus de souplesse vis-à-vis de ce genre de transactions. C'est dans les années 70 que l'inclinaison des autorités a commencé à changer, tout particulièrement au travers de l'arrêt *General Dynamics*²⁵¹ (1974), qui a vu la Cour suprême déclarer que la concentration sur un marché ne devait pas constituer l'unique facteur relatif à l'appréciation d'une fusion, la présomption impliquée par le niveau de concentration ne devant être considérée que comme réfragable²⁵². Dès lors et des suites de cet arrêt, la présomption basée sur la structure du marché a progressivement disparu, laissant place à des standards plus modernistes et apparus pour la première fois dans les HMG de 1982²⁵³. En vertu de ce texte, la concentration d'un marché restait certes fondamentale en matière de contrôle d'opérations de concentration, mais n'était plus l'unique élément à prendre en considération²⁵⁴. La dernière version des HMG date de 2010. Adoptées par le DOJ (*Department of Justice*) et la FTC (*Federal Trade Commission*), elles ne lient pas les Tribunaux mais uniquement ces deux entités, chargées de la surveillance du droit de la concurrence aux USA. Elles gardent cependant une très grande influence sur les décisions des diverses instances judiciaires du pays et seront fondamentales à la création du droit par celles-ci²⁵⁵. Quant à l'analyse *in concreto* des HMG 2010, il faut tout d'abord noter qu'elles concrétisent le droit par le biais d'un contrôle *ex ante*, similaire à celui que connaissent les droits suisse et européen²⁵⁶. On dénote, tout comme dans les juridictions précitées, l'existence de seuils déclenchant dite obligation²⁵⁷, ainsi qu'une notion de concentration ne se limitant pas à la simple fusion.

Dès lors que les HMG ne traitent que les concentrations horizontales, une importance particulière sera donnée à la définition du marché et en particulier au marché de produit. En effet, au sens des HMG, deux entreprises ne sont considérées sur le même marché, que si elles

²⁴⁷ Andrew I. GAVIL, William E. KOVACIC, Jonathan B. BAKER, Joshua D. WRIGHT, *Antitrust Law in Perspective*, Third Edition, Thomson/West, 2008, p. 679.

²⁴⁸ *Ibidem*.

²⁴⁹ Andrew I. GAVIL, William E. KOVACIC, Jonathan B. BAKER, Joshua D. WRIGHT, *Antitrust Law in Perspective*, Third Edition, Thomson/West, 2008, p. 680-684; *Brown Shoe Co. v. United States*, Supreme Court of the United States, 1962.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 690-692; *United States v. Von's Grocery Co.*, Supreme Court of the United States, 1966; *United States v. Pabst Brewing Co.*, Supreme Court of the United States, 1966.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 692ss; *United States v. General Dynamics Corporation*, Supreme Court of the United States, 1974.

²⁵² *Ibidem*, p. 692-695.

²⁵³ *Ibidem*, p. 679-680.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 696.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 719.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 722-724.

²⁵⁷ Voir à ce propos, 15 U.S. Code § 18a - Premerger notification and waiting period (a).

remplissent les conditions de L'*Hypothetical Monopolist Test*. Au sens de ce dernier, les produits doivent être des substituts qui, dans l'hypothèse d'un *Small but Significant Non transitory Increase in Price* (ci-après : SSNIP), ne permettraient pas de diversion vers un autre produit, rendant l'augmentation de prix profitable. En d'autres termes, il ne doit pas y avoir de substituts viables aux produits concernés, faute de quoi il faudra également les comprendre dans le marché en question²⁵⁸. On précisera encore que la définition des participants au marché par les HMG est assez large, comprenant également les futurs participants d'ores et déjà engagés à pénétrer sur le marché, mais également les entreprises qui seraient disposées à y entrer rapidement en cas de SSNIP²⁵⁹. Dès lors le marché défini et ses participants connus, les HMG se focalisent sur la concentration du marché préalablement défini. Sur ce point encore, les méthodes américaines se recoupent à celles connues par devant les autorités suisses et européennes, en ce sens que c'est également l'Indice d'Herfindahl-Hirschmann (IHH), exposé ci-dessus, qui est employé.

Il paraît ensuite opportun de traiter des conséquences découlant de marchés trop concentrés ; au sens des HMG, des implications anticoncurrentielles doivent être susceptibles de se réaliser afin de pouvoir empêcher une opération de concentration. On mentionnera tout d'abord les effets dits unilatéraux, se recoupant avec la notion d'effets non-coordonnés connue en droit européen, créant tout particulièrement un risque de réduction de l'innovation et de variété des produits²⁶⁰. Viennent ensuite les effets coordonnés, propres à permettre à des entreprises d'un même marché de coordonner leurs comportements après l'opération²⁶¹. On analysera plus en détail dans le sous-chapitre suivant comment dits effets doivent être analysés. Finalement, les deux derniers chapitres des HMG traitent des éléments propres à renverser une présomption de concentration illicite, établie sur des facteurs similaires à ceux étudiés en matière de droit européen. On y trouve tout d'abord les entrées sur le marché. En ce sens, si l'entrée sur un marché d'une nouvelle entreprise n'y étant pas encore partie est, certaine en cas de SSNIP par les entreprises concentrées, les effets anticoncurrentiels seront nuls²⁶². Cela nécessite au surplus, que dite entrée soit suffisamment rapide, probable, en ce sens qu'elle serait profitable à l'entrant au marché, et suffisante à combler les effets négatifs amenés par l'opération²⁶³. L'autre moyen de salut pour les entreprises à la concentration tient des gains d'efficacité, comme notamment l'élimination des structures doubles, menant à une réduction des coûts et susceptible de bénéficier aux consommateurs²⁶⁴. Selon les HMG, dits gains d'efficacité se devront d'être spécifiques à la fusion en question, vérifiables et ne pas émaner d'autres réductions anticoncurrentielles. On précisera encore que cette dernière solution n'est que rarement efficace par devant les autorités américaines²⁶⁵. On voit encore dans ces derniers chapitres, des éléments en grande partie similaire à ceux connus du droit européen. Toutefois,

²⁵⁸ *Horizontal Merger Guidelines*, U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, August 19, 2010, Ch. 4.1, Product Market Definition, p. 8ss.

²⁵⁹ *Ibidem*, Ch. 5.1, Market Participants, p. 15-16.

²⁶⁰ *Ibidem*, Ch. 6, p. 20ss.

²⁶¹ *Ibidem*, Ch. 7, p. 24ss.

²⁶² *Ibidem*, Ch. 9, p. 27.

²⁶³ *Ibidem*, Ch. 9, p. 27-29.

²⁶⁴ *Ibidem*, Ch. 9, p. 29.

²⁶⁵ *Ibidem*, Ch. 10, p. 29-31.

bien que semblables en théorie, ces notions sont susceptibles d'être employées de manières différentes par les diverses autorités, tant elles ont une grande marge d'appréciation et d'interprétation, en particulier en ce qui a trait aux considérations économiques, ainsi qu'à leur perception politique.

On précisera enfin la notion de *Maverick Firms*, employée par les autorités américaines. Celle-ci peut être assimilée à la notion connue en droit européen de *franc-tireur*, notion plus étroite et elle-même englobée par celle d'*important moteur de la concurrence*. Ces entreprises sont celles susceptibles de renforcer la concurrence de par leurs pratiques radicales et concurrentielles. Il leur est portée une attention toute particulière, en ce sens que leur élimination sera considérée avec plus de poids par les autorités²⁶⁶.

2.4.4 Evaluation des concentrations

En ce qui a trait à l'évaluation des opérations par les autorités de la concurrence américaine, on mettra en avant le *Substantial Lessening of Competition Test* (ci-après : SLC Test), au sens duquel une fusion produit des effets anticoncurrentiels dès lors qu'elle risque de réduire substantiellement la concurrence sur le marché²⁶⁷. Contrairement au critère de position dominante, le critère SLC est moins centré sur les problèmes structurels, se préoccupant avant tout de l'impact de la fusion sur les contraintes concurrentielles existantes et de la mesure de la puissance commerciale de l'entreprise après la fusion. On observera par celui-ci bien plus la détérioration du rapport de concurrence entre les acteurs d'un marché, que la structure pure apparaissant sur ledit marché²⁶⁸. Le SLC Test se voit dès lors attribué un champ d'application plus large que le simple critère de dominance, ce dernier couvrant une grande partie des situations, mais susceptible de négliger certains effets unilatéraux apparaissant hors position dominante²⁶⁹. Le test SIEC, appliqué en droit UE et le SLC Test doivent dès lors considérés comme ayant des portées quasi équivalentes, allant tous deux plus loin que le simple concept de dominance et sanctionnant également les effets unilatéraux émanant d'opérations de concentration²⁷⁰. Pour certains auteurs, ce nouveau standard offre une trop grande flexibilité aux autorités de la concurrence, créant le risque d'un contrôle trop élargi des concentrations. De plus, ce test emporte avec lui l'emploi de notions économiques bien plus techniques que ne le requiert un simple test de dominance²⁷¹. On peut dès lors tirer ce qui précède que les test SIEC et SLC ont des impacts que l'on peut considérer de quasi-similaires, rapprochant le droit européen de l'antitrust, connu aux USA, en ce qui a trait à la capacité d'intervention des autorités, permettant à celles-ci d'agir, même en l'absence de position dominante sur un marché.

²⁶⁶ *Horizontal Merger Guidelines*, U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, August 19, 2010, Ch. 4.1, Product Market Definition, Ch. 2.1.5, p. 3.

²⁶⁷ OECD, Policy Roundtables, Standards for Merger review, 2009, p. 7.

²⁶⁸ *Ibidem*.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 8.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 22.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 23.

2.4.5 Conclusion de droit comparé

En conclusion, on notera une certaine similitude des droit européen et suisse avec le droit américain, les politiques de concurrence tant américaine qu'européenne se caractérisent par un recours croissant aux critères économiques²⁷². Quant aux critères régissant l'évaluation des opérations par les autorités de la concurrence, il tient de mettre le système suisse en marge des autres, employant un critère abandonné par la majorité des Etats connaissant le droit de la concurrence, et ce depuis le début des années 2000²⁷³. On conclura en notant que, bien que les critères d'intervention se recoupent en droit européen et américain, l'évaluation intrinsèque des cas tient toujours de la politique économique des autorités. Le droit américain est, à notre sens, à bien des égards moins interventionniste et plus libéral que celui de l'Union Européenne, donnant plus de crédit aux opérations sur des marchés oligopolistiques et considérant souvent les très grandes entreprises comme bonnes pour la concurrence. En atteste d'ailleurs un lourd mouvement de concentration des entreprises, sur le marché outre atlantique, au cours des vingt dernières années²⁷⁴, en contradiction avec les développements européens sur la même période. Au surplus, il est bon de noter que dites différences d'interprétation sont susceptibles de donner lieu à des tensions entre les deux droits, et ce, tout particulièrement, dans le cadre d'opérations transfrontières touchant aux deux marchés. Le meilleur exemple en reste à nos yeux le cas de la fusion, estimée à 42 milliards de dollars, entre General Electric et Honeywell, approuvée par les autorités américaines de la concurrence, mais interdite par la Commission Européenne, puis par le Tribunal²⁷⁵.

²⁷² MARTY Frédéric, *Le contrôle des concentrations en Europe et aux États-Unis. Critères économiques et sécurité juridique*, Revue de l'OFCE, vol. no 100, no. 1, 2007, pp. 105.

²⁷³ OECD, Policy Roundtables, Standards for Merger review, 2009, p. 20.

²⁷⁴ GEORGES Benoît, in Les Echos, *L'Amérique n'est plus le pays de la libre concurrence*, 08.11.2019, <https://www.lesechos.fr/idees-debats/livres/lamerique-nest-plus-le-pays-de-la-libre-concurrence-1146496>, consulté le 6 novembre 2020.

²⁷⁵ Case No COMP/M.2220 - *General Electric/ Honeywell*, C(2001) 1746, 05.02.2001.

3. L'arrêt CK TELECOMS UK INVESTMENTS / COMMISSION ²⁷⁶

Dans son arrêt du 28 mai 2020, le Tribunal s'est vu rendre pour la première fois une décision fondamentale en matière d'effets non-coordonnés dans le cadre du contrôle des concentrations. Il conviendra premièrement de brièvement résumer le contexte de cette décision (3.1), en portant un intérêt tout particulier à la situation économique y sous-jacente. Il faudra dans un deuxième temps mettre en exergue la décision préalable de la Commission (3.2), en mettant en abîme les trois théories du préjudice invoquées par cette dernière. Finalement, il s'agira d'analyser de la décision du Tribunal et des arguments mis en avant par celui-ci pour défendre sa thèse (3.3).

3.1 Le contexte

Dans le cadre d'une opération de concentration au Royaume-Uni les concernant, deux opérateurs mobiles Three et O₂ ont déposé une notification préalable, en date du 11 septembre 2015, auprès de la Commission européenne, conformément à l'article 4 du règlement 139/2004²⁷⁷, dite opération ayant pour but de mener au contrôle exclusif par la première citée de la seconde. L'analyse des éléments suivants semble dès lors pertinente afin de mieux appréhender le cadre de la décision.

3.1.1 Les marchés et parties concernés

Deux marchés, établis comme pertinents par la Commission dans le cadre du contrôle des concentrations, se trouvent au centre de la décision et il sera nécessaire de les distinguer. On trouve d'une part le marché de détail des services de télécommunications mobiles au Royaume-Uni (ci-après : le marché de détail) (a) et d'autre part le marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux mobiles publics au Royaume-Uni (ci-après : le marché de gros) (b).

a. Le marché de détail

Il vise la fourniture d'accès à des privés, aux clients finaux de manière directe, dans une relation Business to Consumer²⁷⁸. Ce premier marché comprend quatre acteurs clés au Royaume-Uni qu'il s'agira de distinguer ; le groupe BT/EE²⁷⁹, O₂, Vodafone et Three²⁸⁰, détenant respectivement, sur ledit marché, des parts d'environ 30 à 40% pour la première nommée, 20 à 30% en ce qui concerne la deuxième et 10 à 20% pour les dernières citées.

²⁷⁶ T-399/16 - CK Telecoms UK Investments v Commission, du 28 mai 2020.

²⁷⁷ *Ibidem*, par. 1.

²⁷⁸ Orange Wholesale France, *Le livre blanc du wholesale en France ou les marchés de la vente « en gros » aux opérateurs de communications électroniques*, mai 2016, p. 10.

²⁷⁹ EE Ltd est une filiale de BT Group plc, acquise par cette dernière en 2016 ; T-399/16 - CK Telecoms UK Investments v Commission, par. 2.

²⁸⁰ Hutchison 3G UK Ltd est une filiale indirecte de CK Hutchison Holdings : T-399/16 - CK Telecoms UK Investments v Commission, par. 2.

b. Le marché de gros

Ce marché vise la revente en gros de produits et de services à destination d'opérateurs tiers ne possédant pas leur propre réseau, afin de leur permettre de s'en construire un et de faire valoir leurs propres offres sur le marché de détail²⁸¹. Au Royaume-Uni, dit marché est encore une fois desservi par les mêmes opérateurs principaux, fournissant l'accès à leur réseau à des opérateurs de réseau mobile dits virtuels²⁸².

Au vu notamment de la définition mise en avant ci-dessus, les deux marchés précités doivent être considérés comme oligopolistiques, tant le nombre d'acteurs présents sur ceux-ci est réduit et les barrières à l'entrée importantes. On retiendra dès lors une interdépendance des acteurs sur ces marchés, ainsi que les diverses caractéristiques y relatives, mises en exergue plus haut dans ce travail.

3.1.2 Les accords de réseau

Un autre point clé de l'argumentation de la Commission dans sa décision tient dans les accords de partage de réseau. En effet, afin de partager les coûts de déploiement de leurs réseaux respectifs, les quatre opérateurs susmentionnés ont convenu de s'allier dans le développement de ceux-ci. Ainsi, BT/EE et Three ont conclu l'accord *MBNL* tandis que leurs deux concurrents, Vodafone et O₂ ont conclu un accord dit *Beacon*²⁸³. Par le regroupement des deux entités parties à la concentration, le nouvel acteur créé disposerait dès lors tant de l'accord *MBNL*, auquel Three est partie que de l'accord *Beacon*, par le biais de O₂.

3.1.3 Les conséquences objectives de la concentration sur les marchés concernés

Force est alors de constater trois conséquences principales de l'éventualité d'une concentration entre les deux entreprises précitées. Tout d'abord, la nouvelle entité créée deviendrait, avec des parts de marché environnant les 30 à 40%, le principal acteur du marché de détail, devant BT/EE et Vodafone²⁸⁴. De plus, dite fusion entraînerait la disparition d'un concurrent sur des marchés déjà considérés d'oligopolistiques. Finalement et comme mentionné ci-dessus, la réunion des deux entités engendrerait, pour l'entreprise en émanant, l'accès à l'entier du système de réseau préalablement créé.

3.2 La décision de la Commission

Suite à la notification préalable des deux entreprises parties à la concentration, la Commission s'est positionnée de façon négative vis-à-vis de cette dernière, la déclarant incompatible avec le marché intérieur²⁸⁵. Dans sa décision, datée du 11 mai 2016²⁸⁶, elle a développé trois théories du préjudice reposant sur l'existence d'effets non-coordonnés sur les marchés²⁸⁷ qu'il s'agira

²⁸¹ Orange Wholesale France, *Le livre blanc du wholesale en France ou les marchés de la vente « en gros » aux opérateurs de communications électroniques*, mai 2016, p. 10.

²⁸² T-399/16 - CK Telecoms UK Investments v Commission, du 28 mai 2020, par. 3.

²⁸³ *Ibidem* par. 4.

²⁸⁴ *Ibidem* par. 2.

²⁸⁵ T-399/16 - CK Telecoms UK Investments v Commission, du 28 mai 2020, par. 25.

²⁸⁶ C (2016) 2796 Final, dans l'affaire COMP/M.7612 – Hutchinson 3G UK/Telefonica UK ; T-399/16 - CK Telecoms UK Investments v Commission par 15.

²⁸⁷ T-399/16 - CK Telecoms UK Investments v Commission, du 28 mai 2020, par. 18.

de résumer ci-après. Elle a, pour le surplus, mis en avant l'insuffisance des diverses séries d'engagement proposées par les entités²⁸⁸ et nié l'existence des gains d'efficacité relatifs à la concentration, mis en avant par celles-ci²⁸⁹ ; on développera ainsi brièvement ces éléments afin de comprendre la position de la Commission.

3.2.1 Première théorie du préjudice : Effets non coordonnés sur le marché de détail²⁹⁰

La première théorie du préjudice mise en avant par la Commission a trait à l'existence d'effets non coordonnés sur le marché de détail. Pour celle-ci, la concentration en question engendrerait l'élimination de fortes contraintes concurrentielles, menant à une diminution importante de la concurrence et ayant pour incidence de générer de tels effets sur ledit marché. Dès lors, selon elle, l'union des deux opérateurs mènerait à une hausse des prix ainsi qu'à une limitation du choix pour les consommateurs sur le marché de détail de la téléphonie mobile au Royaume-Uni.

3.2.2 Deuxième théorie du préjudice : Effets non coordonnés sur le marché de détail, découlant du partage de réseau²⁹¹

Quant à la deuxième théorie du préjudice avancée par la Commission, elle se réfère à l'existence d'effets non coordonnés sur le marché de détail, découlant du partage de réseau. Au surplus, celle-ci indique que dite concentration serait susceptible d'entraver l'infrastructure du réseau mobile au Royaume-Uni, ayant pour conséquence d'avoir une influence négative sur les services proposés au consommateur dans le pays.

3.2.3 Troisième théorie du préjudice : Effets non coordonnés sur le marché de gros²⁹²

En ce qui regarde la troisième théorie du préjudice, elle ne vise pas le marché de détail, mais le marché de gros. En effet, selon la Commission, la concentration mènerait à des effets non coordonnés sur ce marché, liés à l'élimination de fortes contraintes concurrentielles. Elle met en particulier en avant le fait que la réduction du nombre d'opérateurs de quatre à trois, ainsi que la disparition de Three, qu'elle considère être un important moteur de la concurrence, auraient pour conséquence une réduction néfaste des pressions concurrentielles pour les acteurs restants.

3.2.4 Des engagements et des gains d'efficacité²⁹³

Diverses propositions d'engagements ont été formulées en cours d'instance par les parties, afin de rendre l'opération de concentration réalisable aux yeux de la Commission. On relèvera notamment parmi celles-ci, la cession par O₂ de ses parts dans un opérateur de réseau mobile virtuel (Tesco)²⁹⁴ ou encore une autre, relative à la durée de l'accord de partage de réseau *MBNL*, qui aurait été prolongé, afin de donner la certitude qu'il ne se verrait pas résilié une fois

²⁸⁸ T-399/16 - CK Telecoms UK Investments v Commission, du 28 mai 2020, par. 24.

²⁸⁹ *Ibidem*, par. 23.

²⁹⁰ *Ibidem*, par. 20.

²⁹¹ *Ibidem*, par. 21.

²⁹² *Ibidem*, par. 22.

²⁹³ *Ibidem*, par. 23-24.

²⁹⁴ *Ibidem*, par. 142.

l'opération réalisée²⁹⁵. Ces tentatives sont néanmoins restées vaines, la Commission ne les jugeant pas suffisantes pour supprimer l'entier des problèmes engendrés par la concentration. Quant aux gains d'efficacité allégués par les parties, tout particulièrement ceux liés à l'élimination de structures dites doubles²⁹⁶ et pouvant mener à une baisse des prix par des économies d'échelle, elles ont toujours été repoussées par la Commission, cette dernière estimant qu'elles ne seraient ni vérifiables, ni spécifiques et pas susceptibles de profiter aux consommateurs.

3.3 La décision du Tribunal

Suite à la décision de la Commission exposée ci-dessus, un recours a été introduit par la maison mère de Three²⁹⁷ (ci-après : la requérante), en date du 25 juillet 2016, concluant à son annulation. A l'appui de sa requête, celle-ci a fait valoir divers moyens qu'il s'agira dès lors d'analyser plus en profondeur. Le Tribunal met tout d'abord en avant des éléments purement procéduraux, qu'il conviendra de brièvement relever, en se concentrant tout particulièrement sur les éléments relatifs à la charge de la preuve (3.3.1). Ce dernier relève ensuite les cinq moyens avancés par la requérante, relatifs aux trois théories du préjudice et aux engagements proposés (3.3.2). Dans une seconde phase de l'arrêt, le Tribunal se penche sur les divers moyens et les apprécie, déterminations qu'il s'agira de résumer (3.3.2.1 à 3.3.2.6). On finira par tirer une conclusion sur la décision du Tribunal et sur ses implications (3.3.3).

3.3.1 Arguments procéduraux

L'autorité met tout d'abord en avant dans sa décision, des appréciations relatives à la charge de la preuve, dans le cadre du contrôle des concentrations, ainsi qu'aux exigences attendues par elle en la matière. En effet, cette décision étant la première rendue par le Tribunal en matière d'effets non coordonnés dans le cadre du test SIEC, le fardeau de la preuve y relatif et les exigences en découlant n'en sont que plus déterminants. Le Tribunal les expose dès lors comme suit.

L'autorité de recours rappelle dans un premier temps, qu'afin de déclarer une concentration incompatible avec le marché intérieur, conformément à l'art. 2 par. 3 du Règlement 139/2004, la Commission se doit de prouver que la réalisation de la concentration notifiée entraverait de manière significative une concurrence effective dans le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante²⁹⁸. Ce dernier précise ensuite qu'une analyse prospective est nécessaire en matière de contrôle des concentrations et implique de déterminer en quoi l'opération concernée viendrait modifier la structure de la concurrence sur les marchés affectés²⁹⁹. Dite analyse devra dès lors se porter sur l'évaluation des comportements futurs entre l'entité fusionnée et les autres entreprises sur le marché³⁰⁰ et nécessitera une plus grande exigence en matière de preuve, dès

²⁹⁵ T-399/16 - CK Telecoms UK Investments v Commission, du 28 mai 2020, par. 329.

²⁹⁶ *Ibidem*, par. 277.

²⁹⁷ *Ibidem*, par. 1.

²⁹⁸ *Ibidem*, par. 107.

²⁹⁹ *Ibidem*, par. 108.

³⁰⁰ *Ibidem*, par. 112-113.

lors que l'entrave à la concurrence semblera éloignée de la concentration en question³⁰¹. Pour la Cour, l'exigence de preuve nécessaire à établir l'existence d'effets non-coordonnés sur un marché en situation d'oligopole n'est pas différente de celle applicable en matière d'effets coordonnés³⁰² et il est établi de jurisprudence constante que la Commission n'est en droit d'empêcher la réalisation d'une concentration que si une entrave à la concurrence en découle de façon directe et immédiate³⁰³. Le Tribunal précise enfin que les théories du préjudice, avancées par la Commission, doivent apparaître comme plausibles et réalistes et non uniquement réalisables théoriquement³⁰⁴. Dès lors, il incombe, selon celui-ci, à la Commission d'établir suffisamment de preuves afin de pouvoir conclure avec une probabilité sérieuse à l'existence d'entraves significatives découlant de la concentration. Ainsi, dite exigence de preuve semble, aux yeux de l'autorité, plus stricte que de démontrer que l'entrave est plus probable qu'improbable, mais moins astreignante que le fait de démontrer l'absence de tout doute raisonnable³⁰⁵. Nous reviendrons sur cette interprétation du fardeau de la preuve imputé à la Commission plus loin dans ce travail et en examinerons les conséquences pour le contrôle des concentrations, si elle venait à se voir confirmée.

3.3.2 Les moyens de la requérante

Dans son recours, la requérante soulève cinq moyens différents. Le premier est relatif à la première théorie du préjudice, exposée sous point 3.2.1 ci-dessus. Le deuxième a trait au scénario contrefactuel établi par la Commission et sur lequel repose l'évaluation des marchés. Quant aux troisième et quatrième moyens, ils font référence, respectivement, aux deuxième et troisième théories du préjudice évoquées sous points 3.2.2 et 3.2.3 ci-dessus. Finalement, le cinquième moyen se réfère aux autres engagements³⁰⁶. Nous nous pencherons dès lors sur les premier (3.3.2.1), troisième (3.3.2.3) et quatrième (3.3.2.5) moyens de la requérante, laissant de côté les deuxième et cinquième, que peu utiles à notre analyse.

3.3.2.1 Premier moyen : Erreurs de droit et d'appréciation sur le marché de détail³⁰⁷

Comme exposé ci-dessus, la requérante fait tout d'abord valoir un moyen ayant trait à la première théorie du préjudice, elle-même relative à l'existence d'effets non coordonnés sur le marché de détail. Par celui-ci, elle allègue des erreurs de droit ainsi que des erreurs manifestes d'appréciation de la part de la Commission, tout particulièrement sur quatre points qu'il s'agira de développer ci-après ; son examen des parts de marché (a), sa qualification de Three d'important moteur de la concurrence (b), sa détermination de l'étroitesse de la relation de concurrence entre les deux entités à la concentration (c) et son analyse des effets quantitatifs de la concentration sur les prix (d).

³⁰¹ T-399/16 - CK Telecoms UK Investments v Commission, du 28 mai 2020, par. 111.

³⁰² *Ibidem* par. 109.

³⁰³ *Ibidem* par. 114.

³⁰⁴ *Ibidem* par. 117.

³⁰⁵ *Ibidem* par. 118.

³⁰⁶ *Ibidem* par. 124-125.

³⁰⁷ *Ibidem* par. 137.

3.3.2.2 De l'appréciation du Tribunal relative au premier moyen

a. Sur les parts de marché

Sur l'analyse relative aux parts de marché effectuée par la Commission, le Tribunal relève tout d'abord un procédé correct de leur évaluation, considérant l'évolution des entités parties à la concentration comme une première indication de la contrainte concurrentielle que celle-ci serait à même d'exercer³⁰⁸.

b. Sur la qualification de Three d'important moteur de la concurrence

Dans un deuxième temps, le Tribunal repousse la qualification de Three d'important moteur de la concurrence, reniant cette qualification à la Commission. Selon l'instance de recours, les critères retenus par celle-ci permettraient de qualifier de la sorte n'importe quel acteur d'un marché oligopolistique, menant à une interdiction générale des concentrations horizontales sur les marchés de ce type³⁰⁹. Au surplus d'ajouter que, si la simple disparition d'un acteur dans un marché oligopolistique devait mener à conclure à une entrave significative à la concurrence, cela abaisserait le seuil de preuve à un tel constat³¹⁰. Il faudra en effet, au sens du tribunal, bien plus démontrer la disparition d'une forte contrainte concurrentielle sur les participants restant, ayant pour conséquence de déclencher des effets unilatéraux³¹¹. On précisera finalement que l'autorité a relevé que tant la croissance des abonnés de Three, que sa politique de prix ou encore son rôle historique sur le marché n'étaient pas suffisants à la caractériser d'important moteur de la concurrence, admettant ainsi le moyen de la requérante³¹².

c. Sur l'étroitesse de la relation de concurrence entre Three et O₂

Troisièmement, le Tribunal exprime que le simple fait que les deux entreprises parties à la concentration soient des concurrents proches n'est pas suffisant à en déduire la création d'effets non coordonnés sur le marché. En effet, en présence d'une concentration de concurrents particulièrement proches, une augmentation significative des prix est probable, au vu de la forte substituabilité des produits offerts³¹³. Cela étant, le Tribunal estime que, sur ledit marché, tous les concurrents doivent être considérés comme proches³¹⁴. Force est finalement de constater que, selon l'instance, les entreprises ne doivent être considérés que comme des concurrents proches et non particulièrement proches, et que, de ce fait, le moyen de la requérante est encore une fois bien fondé³¹⁵.

d. Sur les effets quantitatifs de la concentration sur les prix

Finalement, le Tribunal se penche sur les incitations à la hausse des prix que provoqueraient la concentration, utiles aux fins d'apprécier les effets non coordonnés

³⁰⁸ T-399/16 - CK Telecoms UK Investments v Commission, du 28 mai 2020, par. 152.

³⁰⁹ *Ibidem* par. 158.

³¹⁰ *Ibidem* par. 171-172.

³¹¹ *Ibidem* par. 172.

³¹² *Ibidem* par. 191, 200, 218 et 226.

³¹³ *Ibidem* par. 238.

³¹⁴ *Ibidem* par. 240.

³¹⁵ *Ibidem*, par. 242.

en matière de produits homogènes³¹⁶. Fondées sur les ratios de diversion et les marges hypothétiques des parties à la concentration, ces estimations ne doivent pas être considérées comme des prévisions crédibles, mais uniquement comme des indicateurs³¹⁷. Le Tribunal rejette en l'espèce le moyen de la requérante sur ce premier point, la Commission n'ayant pas fait d'usage excessif de tels moyens, se contentant de les employer à des fins indicatives.

En ce qui concerne ensuite la hausse des prix à proprement parler, le Tribunal allègue, qu'au vu des conditions de concurrence sur un marché oligopolistique, une telle augmentation est quasi automatique³¹⁸. Dès lors, il incombait à la Commission non pas de démontrer une hausse des prix en cas de concentration, mais bien une augmentation significative, liée à l'élimination de fortes contraintes concurrentielles³¹⁹. Cette preuve faisant défaut dans l'argumentaire de la Commission, le Tribunal a une fois encore admis le moyen de la requérante.

On précise enfin ici, que le Tribunal allègue ensuite l'existence de deux types de gains d'efficacité, l'un d'eux décrit comme inhérent à tout type de concentration et découlant notamment de la rationalisation des opérations. Au sens de l'autorité de recours, dites efficacités auraient également dû être prises en considérations pour l'établissement *post* concentration des prix, contrairement à la pratique de la Commission³²⁰.

3.3.2.3 Troisième moyen : Erreurs de fait, de droit et d'appréciation relativement aux effets du partage de réseau³²¹

Le troisième moyen de la requérante est relatif à la deuxième théorie du préjudice, qui a elle-même trait à l'existence d'effets non coordonnés sur le marché de détail, découlant du partage de réseau. Par celui-ci, elle fait à nouveau valoir des erreurs de fait et de droit ainsi que des erreurs manifestes d'appréciation. Elle met tout particulièrement l'accent sur le caractère inadéquat de la théorie de la convergence exposée par la Commission (**a**), des effets de la concentration sur les concurrents (**b**) et sur l'incidence réelle d'une transparence renforcée sur l'investissement global dans les réseaux (**c**).

3.3.2.4 De l'appréciation du Tribunal relative au troisième moyen

a. Sur la théorie de la convergence exposée par la Commission

Le Tribunal expose tout d'abord que la théorie du préjudice exposée par la Commission dans sa décision et fondée sur la nécessité d'éviter un bouleversement des accords de partage de réseau, ainsi que sur le besoin du maintien de la stabilité relatif à ces accords, est nouvelle. En effet, dite théorie se distingue des pratiques décisionnelles antérieures de la Commission. Cela ne constitue toutefois pas un problème aux yeux de l'autorité

³¹⁶ T-399/16 - CK Telecoms UK Investments v Commission, du 28 mai 2020, par. 255.

³¹⁷ *Ibidem* par. 255-256.

³¹⁸ *Ibidem* par. 276.

³¹⁹ *Ibidem* par. 282.

³²⁰ *Ibidem*, par. 277 à 279.

³²¹ *Ibidem* par. 323.

de recours, tant la Commission n'est pas limitée aux théories émanant de ses décisions antérieures³²².

Dans un second temps, le Tribunal analyse la théorie de la Commission selon laquelle les accords de partage de réseau *MBNL* et *Beacon* seraient basés sur une convergence des intérêts des concurrents. Pour celle-ci, l'opération de concentration mènerait à une pression concurrentielle moindre sur l'un ou l'autre des réseaux, notamment par la baisse des investissements, l'un n'étant plus nécessaire aux entreprises fusionnées, cela menant à des effets anticoncurrentiels non coordonnés sur le marché de détail³²³. Le Tribunal va ici encore rejeter la position de la Commission, alléguant notamment que la résiliation d'un accord pro-concurrentiel ne peut pas automatiquement être considérée entrave significative à la concurrence³²⁴. Il faut, selon l'instance, se fonder sur l'ensemble des circonstances du marché, postérieurement à la concentration, afin de déterminer d'éventuelles entraves significatives, faute de quoi la Commission pourrait interdire toute concentration sur un marché oligopolistique au sein duquel des concurrents auraient conclu des accords³²⁵. Partant, le Tribunal admet le moyen de la requérante.

b. Sur les effets de la concentration sur les concurrents

Dans les conclusions de sa décision, la Commission a conclu à divers effets anticoncurrentiels propres à entraver la concurrence sur le marché. Elle a notamment mis en avant que l'entité issue de la concentration serait à même de porter atteinte à BT/EE, entravant ses investissements dans le réseau ou en les retardant³²⁶. A cet égard, le Tribunal rappelle premièrement que les règles de concurrence ont pour but de protéger la concurrence et non les concurrents³²⁷. Avant de continuer, alléguant que la Commission aurait dû bien plus prouver que les atteintes portées au concurrent auraient eu pour incidence de réduire ses investissements, cela conduisant à une réduction de la concurrence sur le marché³²⁸. Faute d'une telle preuve, le Tribunal considère la théorie de la Commission tout au plus comme une hypothèse et reçoit le moyen de la requérante.

Dans une seconde phase, le Tribunal juge des effets qu'impliquerait la concentration sur Vodafone, concluant ici encore à l'absence de preuve suffisante pour permettre de considérer que les effets de la concentration viendraient à se répercuter sur les consommateurs et non uniquement sur le concurrent³²⁹. Le troisième moyen de la requérante se voit dès lors accueilli sur ce point également.

³²² T-399/16 - CK Telecoms UK Investments v Commission, du 28 mai 2020, par. 330-331.

³²³ *Ibidem*, par. 320-321.

³²⁴ *Ibidem* par. 340.

³²⁵ *Ibidem* par. 341, 342, 346.

³²⁶ *Ibidem* par. 349.

³²⁷ *Ibidem* par. 362.

³²⁸ *Ibidem* par. 367.

³²⁹ *Ibidem*, par. 396.

c. Sur l'incidence de la transparence des investissements dans les réseaux

Finally, the fact that the concentration creates an entity merged with *MBNL* or *Beacon*, would imply a complete transparency of investments in the networks. This would, according to the Commission, have the consequence of reducing the incentives to invest and to hinder competition in the market³³⁰. As to this allegation, the Tribunal is content to reply that in case of concentration, the merged entity would not maintain two separate networks in the long term and that this thesis is from the start unfounded³³¹. As to what precedes, the authority receives here still the means of the applicant.

3.3.2.5 Quatrième moyen : Erreurs de droit et d'appréciation sur le marché de gros³³²

The fourth means put forward by the applicant refers to the third theory of prejudice, relative to the effects not coordinated on the wholesale market, resulting from the elimination of strong competitive constraints. By this means, the applicant also exposes once again errors of law as well as errors of appreciation. She is in particular claiming that the concentration would not have the consequence of hindering effective competition in the wholesale market (a) and that Three should not be considered an important engine of competition in the said market (b).

3.3.2.6 De l'appréciation du Tribunal relative au quatrième moyen

a. Sur l'entrave à la concurrence sur le marché de gros

In its decision, the Commission alleges that the concentration would reduce the number of operators desirous of offering their network to virtual operators³³³. The Tribunal rejects this finding, alleging on its part that Three does not possess almost any part in this market (0 to 5%), that the part held by the concentrated entity (30 to 40%) is not sufficient to deduce a significant hindrance to competition and, that the delta IHH is only slightly superior to the recommendations given in the guidelines. From then on and according to it, in all cases, this excess cannot give rise to a presumption of competition problems³³⁴. The means of the applicant is a new one on this point.

b. Sur la qualification de Three d'important moteur de la concurrence

Here again, the Commission argues Three as an important engine of competition in order to put forward the effects of anticompetitive nature of the concentration. As in its appreciation above, relative to the retail market, the Tribunal rejects this finding, in the context of the wholesale market³³⁵. In fact, the Commission bases its reasoning on the gross parts of new customers attributable to Three, superior to its historical parts, and proves according to it an expansion in the future. The authority of appeal refutes this thesis, considering that its importance is not

³³⁰ T-399/16 - CK Telecoms UK Investments v Commission, du 28 mai 2020, par. 399.

³³¹ *Ibidem*, par. 416.

³³² *Ibidem*, par. 424.

³³³ *Ibidem* par. 419.

³³⁴ *Ibidem* par. 435, 439, 443 et 444.

³³⁵ *Ibidem*, par. 452.

évidente et que dans tous les cas, cela ne pourrait suffire à justifier d'une entrave significative à la concurrence³³⁶. Dès lors, le dernier moyen de la requérante est également admis.

3.3.3 Conclusion

A titre de conclusion, force est de constater que la quasi-totalité des moyens de la requérante ont été admis par le Tribunal, rejetant les trois théories du préjudice avancées par la Commission et annulant sa décision. Le Tribunal va même jusqu'à imposer de nouvelles exigences en matière de fardeau de la preuve imputable à la Commission, élément déterminant sur lequel nous reviendrons dans le chapitre suivant.

En ce qui concerne les enseignements de l'arrêt, il convient tout particulièrement de noter que la qualification de Three d'important moteur de la concurrence a été repoussée par le Tribunal, tant pour le marché de détail que pour celui de gros, impliquant à nouveau l'imputabilité d'un certain fardeau de la preuve à la Commission. On notera encore que, selon le Tribunal, la simple existence d'un marché oligopolistique n'implique pas forcément la présence de concurrents particulièrement proches, cette notion devant également faire l'objet d'une preuve plus détaillée. Ainsi, même en ce qui concerne les effets de la concentration sur les prix, augmentant automatiquement en cas de concentration sur un tel marché, la Commission aura à charge de démontrer une augmentation significative, se démarquant de la hausse des prix attendue. Enfin et au sens du Tribunal, la Commission se doit bien plus d'amener la preuve d'une réduction de la pression concurrentielle que d'une atteinte directe à un concurrent, afin de déterminer des effets anticoncurrentiels. Ainsi, la preuve démontrant la réduction des investissements d'un acteur du marché doit être focalisée sur les incidences de celle-ci pour la concurrence et non pour le concurrent lui-même.

Finalement, en ce qui concerne les accords de réseau, le Tribunal admet également l'entier des moyens de la requérante ; pour celui-ci la détérioration d'un accord pro-concurrentiel n'implique pas la naissance d'effets non coordonnés *per se* et devra se voir prouver par la Commission, au même titre que tout autre effet anticoncurrentiel. Toujours sur ce même point, le Tribunal estime que la nouvelle transparence sur les réseaux ne crée pas d'effets anticoncurrentiels, tant le maintien à long terme de deux accords distincts semble hypothétique, au vu de l'opération de concentration au contentieux. Enfin, l'autorité de recours émet une nouvelle définition des gains d'efficacité, qu'il s'agira de critiquer ci-après.

Les divers points évoqués ci-dessus, s'ils venaient à ne pas être contestés par devant la CJUE, impliqueraient un tournant pour le droit du contrôle des concentrations européen, ainsi que des conséquences radicales en matière de fardeau de la preuve pour la Commission. En effet, à l'image de l'arrêt *Airtours* pour les effets coordonnés, cette décision pourrait devenir topique et constituer la base de l'appréciation des effets non coordonnés par la Commission. Nous évoquerons dès lors ci-après les conséquences qu'une telle hypothèse viendrait à impliquer, ainsi que ses effets sur le contrôle des concentrations.

³³⁶ T-399/16 - CK Telecoms UK Investments v Commission, du 28 mai 2020, par. 452 et 453.

4. Analyse prospective

Dans le cadre de la dernière partie analytique de ce travail, il s'agira de traiter la décision abordée au chapitre précédent, ainsi que ses conséquences sur le futur du contrôle des concentrations. On commencera par observer les quatre principales implications de l'arrêt *CK Telecoms*, évoquées ci-dessus à titre de conclusion, ainsi que leurs implications en matière d'effets unilatéraux (4.1). On abordera ensuite le bien-fondé des allégations du Tribunal et émettra un avis personnel relatif à celles-ci (4.2). On traitera enfin, à titre de conclusion de ce mémoire, de la nécessité d'un recours à la CJUE, afin de permettre une mise en place claire du droit, et cherchera à exprimer un pronostic quant à l'efficacité de dite voie de droit (5).

4.1 Conséquences de l'arrêt *CK Telecoms* sur la notion d'effets non-coordonnés

4.1.1 Fardeau de la preuve

La première conclusion à tirer de l'arrêt tient dans l'alourdissement du fardeau de la preuve en matière d'effets unilatéraux pour la Commission. Tout comme cela avait été le cas en 2002, des suites de l'arrêt *Airtours* et relativement aux effets coordonnés, la Commission se voit ici élever ses standards utiles à des fins de détermination d'effets anticoncurrentiels.

Comme exposé ci-avant, le Tribunal fait état de la nécessité, pour la Commission, de déterminer en quoi l'opération concernée viendrait à modifier la structure de la concurrence sur le marché affecté³³⁷, impliquant de devoir démontrer que des effets négatifs importants sur la concurrence sont à prévoir avec un degré élevé de probabilité³³⁸. Toutefois et comme le soulève le Dr. Till Steinvorth, ce fardeau n'impose pas l'obligation d'une preuve absolue, la modification de la structure du marché et ses effets devant uniquement être rendus réalistes et plausibles. Selon celui-ci, le fardeau de la preuve en matière d'effets non-coordonnés ne serait dès lors pas différent de celui appliqué en matière d'effets coordonnés et permettrait d'avoir des règles plus claires, permettant un test transparent³³⁹. De son côté, l'économiste Arno Rasek distingue les situations dans lesquelles une entreprise se trouverait en position dominante sur le marché, des autres. Selon lui, dans les premières, le fardeau de la preuve resterait inchangé, la dominance sur le marché ou son renforcement tendant dans tous les cas à des effets unilatéraux. C'est uniquement hors position dominante que le fardeau de la preuve viendrait à varier, impliquant une charge de preuve plus lourde pour la Commission³⁴⁰. Pour celui-ci, cette distinction en implique une autre ; celle du nombre de participants à un marché oligopolistique. En effet, une opération déclenchant un passage de quatre à trois concurrents, comme dans le cas d'espèce, a moins de chance de mener à une situation de position dominante qu'un marché où n'apparaîtraient que trois concurrents (sans même évoquer le cas d'un duopole). Dès lors, cette modification du fardeau de la preuve aura trait à s'appliquer tout particulièrement aux

³³⁷ T-399/16 - *CK Telecoms UK Investments v Commission*, du 28 mai 2020, par. 108.

³³⁸ ZIMMER Daniel, *Erinnerungen an Airtours: Zum Urteil des EuG im Fall CK Telecoms UK/Kommission*, WuW Nr. 07-08, 07.08.2020, p. 354.

³³⁹ Dr. Till STEINVORTH, Rechtsanwalt und Partner Noerr LLP, in *WuW Dialog: SIEC-Test vor Gericht: Auswirkungen – Einordnung – Bewertung des EuG-Urteils in Sachen CK Telecoms UK Investments*, 08.10.2020.

³⁴⁰ Dipl.-Vw. Arno RASEK, Chefökonom Bundeskartellamt, in *WuW Dialog: SIEC-Test vor Gericht: Auswirkungen – Einordnung – Bewertung des EuG-Urteils in Sachen CK Telecoms UK Investments*, 08.10.2020.

marchés dont la structure est similaire à celui de l'arrêt *CK Telecoms*. Pour Rasek, le Tribunal cherche à démontrer que les opérations de concentration sur de tels marchés n'impliquent pas automatiquement des effets anticoncurrentiels, bien que pour lui, la pratique de l'autorité dans cet arrêt n'est pas conforme avec la vision mondiale du test SIEC³⁴¹.

En conclusion, on note que par sa première décision en matière d'effets non-coordonnés, le Tribunal a fixé la barre relative au fardeau de la preuve à un niveau assez élevé. La Commission aura pour tâche de démontrer non seulement une modification de la structure du marché, liée à la concentration, mais également un risque, non uniquement hypothétique, mais bien plausible et réaliste, des effets unilatéraux qui découleront de cette restructuration. Le nouvel arrêt a même déjà été décrit comme un "moment Airtours" dans le domaine des effets non coordonnés, la même norme de preuve s'appliquant désormais aux deux domaines³⁴².

4.1.2 Limitation de la notion d'important moteur de la concurrence

Il tient deuxièmement de mettre en avant que le Tribunal allègue, qu'afin de pouvoir admettre l'existence d'effets non coordonnés des suites de la disparition d'un important moteur de la concurrence, il est également nécessaire que celle-ci entraîne la suppression d'une forte contrainte concurrentielle dans les rapports de concurrence³⁴³. L'autorité de recours pose ici la thèse que, la simple suppression de l'entité considérée comme tel, par le biais de la concentration, n'est pas suffisante, nécessitant encore de la Commission qu'elle démontre une modification dans la pression concurrentielle, des suites de l'opération.

Il s'agira ici en premier lieu de se référer au considérant 25 du Règlement 139/2004, qui atteste que l'élimination des fortes contraintes concurrentielles que les parties exerçaient entre elles ou la réduction des pressions concurrentielles pour les autres concurrents peuvent mener à des effets non-coordonnés³⁴⁴. Pour le Tribunal, l'élimination d'un important moteur de la concurrence ne doit toutefois pas être perçue comme impliquant automatiquement une telle réduction des pressions concurrentielles sur les acteurs. Dans la procédure par devant l'autorité de recours, la Commission avait déclaré que le facteur décisif pour qu'une entreprise soit qualifiée de force concurrentielle importante est qu'elle contribue de manière substantielle et durable à la concurrence sur le marché, sur la base de paramètres tels que le prix, le choix et l'innovation. Dans sa décision, la Commission a fondé son opinion selon laquelle Three est une force concurrentielle significative sur cinq aspects, dont tout particulièrement une analyse des parts de marché brutes, une analyse de l'évolution des parts de marché et de la clientèle ou encore une considération de la politique des prix et un examen des contributions à l'innovation. Toutefois, selon le Tribunal, les explications de la Commission sur ces points n'étaient pas suffisantes à démontrer que l'opération de concentration avait éliminé une pression concurrentielle considérable et donc, entravé de manière significative une concurrence

³⁴¹ Dipl.-Vw. Arno RASEK, Chefökonom Bundeskartellamt, in *WuW Dialog: SIEC-Test vor Gericht: Auswirkungen – Einordnung – Bewertung des EuG-Urteils in Sachen CK Telecoms UK Investments*, 08.10.2020.

³⁴² ZIMMER Daniel, *Erinnerungen an Airtours: Zum Urteil des EuG im Fall CK Telecoms UK/Kommission*, WuW Nr. 07-08, 07.08.2020, p. 354.

³⁴³ T-399/16 - CK Telecoms UK Investments v Commission, du 28 mai 2020, par. 172.

³⁴⁴ R139/2004, c. 25.

effective au sens du Règlement³⁴⁵. Dès lors, aux yeux de l'autorité, le fait que Three applique des prix inférieurs à ceux de ses concurrents dans certains segments du marché n'est pas suffisant à prouver une force concurrentielle significative, nécessitant encore que la politique de prix de l'entreprise soit capable de modifier de manière significative la dynamique concurrentielle sur le marché³⁴⁶.

Steinvorth note qu'une telle conclusion implique l'examen de la nouvelle structure du marché par la Commission, ainsi que l'analyse des nouveaux rapports entre les concurrents restants³⁴⁷. Quant à Rasek, il considère que cette analyse n'a aucune justification économique. Pour lui, la réalisation du test SIEC tient notamment dans la détermination d'effets unilatéraux, ceux-ci pouvant émaner de diverses sources. A ses yeux, le Tribunal limite l'analyse de la notion d'important moteur de la concurrence à celle de *Maverick firm (franc-tireur)*, au sens du droit américain. Certes cette notion est un cas particulier englobé par la première, mais limite l'analyse de la Commission à un cas spécifique d'effets unilatéraux, excluant bon nombre d'autres de l'analyse, et ce de manière contraire au test SIEC³⁴⁸.

On observe ici encore un alourdissement du fardeau de la preuve pour la Commission, celle-ci ne pouvant plus se contenter de démontrer la disparition d'un important moteur de la concurrence, mais devant également démontrer la perte de pression concurrentielle entre les acteurs restants. On comprend alors que la simple démonstration de la tendance disruptive d'un acteur du marché et de son caractère innovant ne seront plus suffisants à prouver les effets unilatéraux, la preuve devant également tendre à démontrer les conséquences immédiates de la disparition de cet acteur du marché, soit l'allocation d'une plus grande liberté aux concurrents restants.

4.1.3 Limitation de la notion de concurrents particulièrement proches sur des marchés oligopolistiques à produits homogènes

En troisième lieu, la décision du tribunal tend à rendre plus étroite la notion de concurrents particulièrement proches sur le type de marché au contentieux. Pour l'autorité, au sein d'un marché oligopolistique sur lequel les produits proposés sont homogènes, tous sont substitués et, de ce fait, proches. Il serait à son sens trop simple de considérer Three et O₂ comme des concurrents particulièrement proches, faute de quoi il serait aisé d'interdire toutes les concentrations sur des marchés semblables³⁴⁹ et mènerait à une interdiction *per se* des concentrations sur les marchés en situation d'oligopole³⁵⁰. Dès lors, même s'il pouvait être

³⁴⁵ ZIMMER Daniel, *Erinnerungen an Airtours: Zum Urteil des EuG im Fall CK Telecoms UK/Kommission*, WuW Nr. 07-08, 07.08.2020, p. 354-355.

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 355.

³⁴⁷ Dr. Till STEINVORTH, Rechtsanwalt und Partner Noerr LLP, in *WuW Dialog: SIEC-Test vor Gericht: Auswirkungen – Einordnung – Bewertung des EuG-Urteils in Sachen CK Telecoms UK Investments*, 08.10.2020.

³⁴⁸ Dipl.-Vw. Arno RASEK, Chefökonom Bundeskartellamt, in *WuW Dialog: SIEC-Test vor Gericht: Auswirkungen – Einordnung – Bewertung des EuG-Urteils in Sachen CK Telecoms UK Investments*, 08.10.2020.

³⁴⁹ T-399/16 - CK Telecoms UK Investments v Commission, du 28 mai 2020, par. 249.

³⁵⁰ MARQUES DE CARVALHO Miguel, PEREIRA Virgilio, *Hitting the mark or setting the bar too high? The “merger gap” and prospective analysis in the aftermath of CK Hutchison/Telefónica*, LEXXION, 16.06.2020, <https://www.lexxion.eu/en/coreblogpost/hitting-the-mark-or-setting-the-bar-too-high-the-merger-gap-and-prospective-analysis-in-the-aftermath-of-ck-hutchison-telefonica/>, consulté le 15 novembre 2020.

démontré que les parties à l'opération étaient des concurrents relativement proches dans certains segments d'un marché concentré (notamment par l'emploi de ratios de diversion), il n'a pas pu être établi sur cette base que la concentration des entités aurait éliminé une pression concurrentielle significative et, de ce fait, qu'elle aurait engendré des effets non-coordonnés³⁵¹.

Pour Rasek, cette conclusion manque une nouvelle fois de légitimation économique. Selon lui, il importe peu, sur un marché de produits homogènes, de déterminer l'étroitesse des rapports entre concurrents. En effet, il semble bien plus déterminant de chercher à exposer, purement et simplement, l'existence d'effets unilatéraux. A cette fin, l'on devrait, à son sens, employer des facteurs comme la capacité d'entrée sur le marché ou les capacités de distribution des acteurs. La proximité des concurrents entre eux ne devrait en revanche jouer aucun rôle, les produits étant homogènes et tous substitués, tant dans l'espace que de par leur qualités intrinsèques³⁵². Quant à Steinvorth, il suit l'avis mentionné ci-dessus, considérant qu'une telle approche peut notamment être propice en ce qui a trait aux marchés de produits hétérogènes, mais ne peut guère jouer de rôle dans le cadre d'un test SIEC relatif à un marché ayant les caractéristiques de celui au contentieux³⁵³.

Par cet argumentaire, le Tribunal hausse encore une fois le fardeau de la preuve en défaveur de la Commission. Afin de démontrer la proximité d'un rapport de concurrence, le Tribunal pose désormais des exigences élevées : il ne suffit pas que la Commission prouve un rapport de concurrence relativement étroit, indiquant la probabilité d'une augmentation des prix liée à la concentration, mais bien plus qu'elle démontre que les parties à la concentration sont également des concurrents particulièrement proches, ce qui équivaudrait éventuellement à prouver qu'ils sont les concurrents les plus proches³⁵⁴. Faute d'une telle preuve, le Tribunal ne viendrait pas à considérer les concurrents comme particulièrement proches, reniant les effets unilatéraux à la Commission et, par la même occasion, la réalisation d'une entrave significative à la concurrence.

4.1.4 Effets quantitatifs et gains d'efficacité intrinsèques

Les effets quantitatifs sur le prix visent à établir l'effet de la concentration sur le prix global d'un bien sur un marché. Dans ce cadre, la Commission a décrété que l'opération de concentration examinée viendrait à inciter les concurrents restants à hausser leurs prix de manière importante. L'autorité de la concurrence tire cette conclusion non seulement de simples tests UPP (*Upward Pricing Pressure*), servant à établir la pression à la hausse des prix, mais également d'analyses plus détaillées, prenant en compte les réactions des concurrents aux

³⁵¹ ZIMMER Daniel, *Erinnerungen an Airtours: Zum Urteil des EuG im Fall CK Telecoms UK/Kommission*, WuW Nr. 07-08, 07.08.2020, p. 356.

³⁵² Dipl.-Vw. Arno RASEK, Chefökonom Bundeskartellamt, in *WuW Dialog: SIEC-Test vor Gericht: Auswirkungen – Einordnung – Bewertung des EuG-Urteils in Sachen CK Telecoms UK Investments*, 08.10.2020.

³⁵³ Dr. Till STEINVORTH, Rechtsanwalt und Partner Noerr LLP, in *WuW Dialog: SIEC-Test vor Gericht: Auswirkungen – Einordnung – Bewertung des EuG-Urteils in Sachen CK Telecoms UK Investments*, 08.10.2020.

³⁵⁴ ZIMMER Daniel, *Erinnerungen an Airtours: Zum Urteil des EuG im Fall CK Telecoms UK/Kommission*, WuW Nr. 07-08, 07.08.2020, p. 356.

augmentations de prix des partenaires à l'opération³⁵⁵. Dites conclusions ont toutefois également été rejetées par le Tribunal. Bien que l'autorité de recours confirme leur emploi au simple titre d'indicateurs³⁵⁶, il indique une incombance de la Commission, non pas de démontrer une hausse des prix en cas de concentration, mais bien une augmentation significative, liée à l'élimination de fortes contraintes concurrentielles³⁵⁷. En ce sens, aux yeux de l'autorité et sur un marché oligopolistique, une augmentation des prix est inhérente à la réduction du nombre de concurrents. Il faut dès lors bien plus que l'augmentation des prix en découlant dépasse ce qui peut être attendu pour que l'on puisse considérer un effet unilatéral. Une simple augmentation des prix, liée à la réduction du nombre d'acteurs sur le marché ne peut dès lors pas être considérée entrave significative à la concurrence.

Dans un second temps et en ce qui a trait aux gains d'efficacité, rejetés par la Commission, le Tribunal va émettre une approche nouvelle. On se concentre ici tout particulièrement sur les économies découlant de structures doubles, le Tribunal considérant que celles-ci n'auraient pas dû être repoussées par la Commission. A son sens, toute concentration est propre à entraîner des gains d'efficacité, de par la rationalisation des processus de production et de distribution, permettant des économies dans la confection des produits et pouvant mener, selon l'autorité, à une baisse des prix³⁵⁸. Pour elle, de tels standards auraient dû être intégrés à l'analyse quantitative des prix futurs³⁵⁹. Ainsi, le Tribunal distingue deux types de gains d'efficacité, les premiers, inhérents à l'opération et ne devant pas faire l'objet d'une preuve par les parties, étant directement intégrés à l'analyse quantitative et, les seconds, conformes aux lignes directrices et devant être démontrés, tant ils ont pour but de contrebalancer les effets anticoncurrentiels globaux d'une opération de concentration³⁶⁰.

Rasek relève en premier lieu que l'analyse du Tribunal est fautive. Il fait valoir que bien que des gains d'efficacité puissent être réalisés dans le cadre d'opérations de concentration, il reste néanmoins possible que l'ensemble des effets de l'opération mène à un résultat global négatif, repoussant l'idée d'économies inhérentes aux concentrations. Pour lui, il se justifie bien plus, dans le cadre d'une analyse prospective sur les prix, d'établir une simulation tenant compte de tous les effets probables de l'opération et d'exclure tous ceux trop peu certains de cette analyse³⁶¹. Steinvorth rappelle pour sa part la nuance, existant aujourd'hui, entre le test de dominance et le test SIEC. Dans le cadre du premier, les gains d'efficacité n'avaient pour fonction que de contrebalancer et justifier une situation de dominance. Sous l'égide du second, il sera nécessaire d'analyser la modification de la structure du marché³⁶². Dès lors, les

³⁵⁵ ZIMMER Daniel, *Erinnerungen an Airtours: Zum Urteil des EuG im Fall CK Telecoms UK/Kommission*, WuW Nr. 07-08, 07.08.2020, p. 356.

³⁵⁶ T-399/16 - CK Telecoms UK Investments v Commission, du 28 mai 2020, par. 255-256.

³⁵⁷ *Ibidem*, par. 282.

³⁵⁸ *Ibidem*, par. 277.

³⁵⁹ *Ibidem*, par. 278.

³⁶⁰ *Ibidem*, par. 279.

³⁶¹ Dipl.-Vw. Arno RASEK, Chefökonom Bundeskartellamt, in *WuW Dialog: SIEC-Test vor Gericht: Auswirkungen – Einordnung – Bewertung des EuG-Urteils in Sachen CK Telecoms UK Investments*, 08.10.2020.

³⁶² Dr. Till STEINVORTH, Rechtsanwalt und Partner Noerr LLP, in *WuW Dialog: SIEC-Test vor Gericht: Auswirkungen – Einordnung – Bewertung des EuG-Urteils in Sachen CK Telecoms UK Investments*, 08.10.2020.

efficacités auront un rôle plus large à jouer, entrant en compte dans l'entier de l'analyse de la situation future et devant être prises en considération, dès lors que probables.

Cette fois, le Tribunal ne corse pas la tâche de la Commission en matière de fardeau de la preuve, mais allège celle des parties. En ce sens et dans le cadre d'une analyse prospective des effets de l'opération sur les prix, la Commission devrait, d'office, prendre en considération les efficacités structurelles découlant de concentrations. Or, au-delà du fait de ne pas être présentes dans toutes les configurations de concentrations, celles-ci n'ont pas nécessairement pour effet de profiter aux consommateurs et, de ce fait, à la concurrence. Nous reviendrons sur les conséquences d'une telle appréciation, ci-après.

4.2 Avis critique : les incohérences de l'arrêt *CK Telecoms* et ses conséquences sur le contrôle des concentrations

De notre point de vue, l'arrêt du Tribunal contient bon nombre d'incohérences, tant sous un angle purement économique que dans une logique globale d'appréciation des concentrations. En effet, le résultat même de l'arrêt semble contraire à la genèse de ce pan du droit européen, allouant aux entités fusionnées la possibilité de distordre la concurrence et empêchant toute intervention de la Commission, sous le prétexte de la nécessité de standards plus élevés. On mettra dès lors en avant, ci-après, divers arguments nous permettant de considérer que cet arrêt s'écarte de la solution qui aurait dû être adoptée.

4.2.1 Un fardeau de la preuve disproportionné

La première critique pouvant être adressée à l'instance de recours a évidemment trait à l'augmentation globale du fardeau de la preuve imputée à la Commission. En son sens, dans le cadre de l'analyse d'une entrave significative à une concurrence effective, la Commission est tenue de produire suffisamment de preuves pour démontrer avec une probabilité sérieuse, l'existence d'entraves significatives à la suite de la concentration³⁶³. Cette affirmation soulève tout d'abord une lourde contradiction dans l'approche des deux autorités, tant la Commission considère bien plus devoir employer une balance des probabilités, propre à supposer la survenance future de tels effets³⁶⁴. Dès lors, ce nouveau standard dépasse, à notre sens, le nécessaire utile à démontrer les effets unilatéraux pouvant découler de la fusion. En effet, il sera souvent difficile, voire impossible, de démontrer avec précision les conséquences à futur déclenchées par une opération de concentration. Toutefois, d'un point de vue économique, dites conséquences se veulent évidentes et d'une probabilité élevée. Le fardeau de la preuve semble

³⁶³ T-399/16 - *CK Telecoms UK Investments v Commission*, du 28 mai 2020, par. 118; MARQUES DE CARVALHO Miguel, PEREIRA Virgílio, *Hitting the mark or setting the bar too high? The "merger gap" and prospective analysis in the aftermath of CK Hutchison/Telefónica*, LEXXION, 16.06.2020, <https://www.lexxion.eu/en/coreblogpost/hitting-the-mark-or-setting-the-bar-too-high-the-merger-gap-and-prospective-analysis-in-the-aftermath-of-ck-hutchison-telefonica/>, consulté le 15 novembre 2020.

³⁶⁴ C-12/03 P, *Commission c. Tetra Laval*, du 15 février 2005, par. 39 à 41; CARVALHO Miguel, PEREIRA Virgílio, *Hitting the mark or setting the bar too high? The "merger gap" and prospective analysis in the aftermath of CK Hutchison/Telefónica*, LEXXION, 16.06.2020, <https://www.lexxion.eu/en/coreblogpost/hitting-the-mark-or-setting-the-bar-too-high-the-merger-gap-and-prospective-analysis-in-the-aftermath-of-ck-hutchison-telefonica/>, consulté le 15 novembre 2020.

dès lors rempli par l'emploi d'une balance des probabilités, permettant à la Commission d'alléguer des effets économiques qui auront une grande éventualité de se réaliser. L'emploi du nouveau standard, quant à lui, semble disproportionné, tendant à rendre bien trop complexe la détermination d'effets unilatéraux pour la Commission et affaiblissant la position de celle-ci vis-à-vis des parties.

C'est encore sous ce dernier angle que peut être critiquée la décision du Tribunal, l'alourdissement du fardeau de la preuve tendant à fragiliser la position de la Commission et, de ce fait, à potentiellement réduire les possibilités d'engagements. En effet, le pouvoir actuel de la Commission permet une forte pression sur les entités parties à des opérations de concentration. Les prérogatives de l'autorité, ainsi que le fardeau de la preuve employé jusqu'ici, relativement accessibles, permettent de faire peser un poids conséquent sur la tête de celles-ci. Dits acteurs, également tiraillés par les enjeux économiques des opérations, se trouvent alors dans une position délicate, les poussant à devoir se conformer aux exigences de l'autorité. On comprend dès lors le nombre très important d'engagements, mais également l'arme fatale que constitue actuellement l'ouverture d'une enquête par la Commission. Si le nouveau standard relatif au fardeau de la preuve, évoqué ci-dessus, venait à être confirmé, se poserait dès lors la question de la mise en cause de ce système de résolution amiable des entraves à la concurrence³⁶⁵. En effet, force est de considérer, qu'avec une influence plus que réduite, la Commission perdrait en impact vis-à-vis des parties. L'autorité, devant démontrer une probabilité sérieuse de réalisation des effets unilatéraux, se verrait amoindrie, n'ayant pas toujours la capacité de le faire en l'état. Les parties pourraient alors aisément contester les appréciations de la Commission, afin de voir leur concentration autorisée.

On comprend dès lors non seulement que le nouveau standard décrit par le Tribunal affaiblit de manière directe la position de la Commission, requérant de cette dernière une preuve bien plus étayée et parfois inaccessible, mais également de manière indirecte, amoindrissant l'outil incontournable à sa pratique et au règlement amiable des conflits ; les engagements. Les conclusions du Tribunal en la matière ne peuvent dès lors être perçues que comme erronées, tant le faible niveau d'intervention de la Commission repose en grande partie sur le système des engagements et sur la dynamique de concession créée par ceux-ci. Suivre une telle position viendrait à rendre bien trop complexe la démonstration d'effets unilatéraux par la Commission et à renier ces derniers de manière informelle.

Enfin, la notion de valeur seuil d'augmentation des prix, exposée par le Tribunal, semble manquer de cohérence, comme indiqué par Zimmer³⁶⁶. Le Tribunal argue que la Commission n'aurait pas démontré une augmentation des prix significative, relativement à ce qu'elle avait fait dans des cas antérieurs, ayant abouti sur des autorisations conditionnelles. Selon l'instance, et dès lors que l'augmentation des prix est inférieure à celle des précédents cités, l'augmentation ne fonderait pas une entrave significative³⁶⁷. On relèvera ici la logique douteuse

³⁶⁵ ZIMMER Daniel, *Erinnerungen an Airtours: Zum Urteil des EuG im Fall CK Telecoms UK/Kommission*, WuW Nr. 07-08, 07.08.2020, p. 357.

³⁶⁶ *Ibidem*.

³⁶⁷ T-399/16 - CK Telecoms UK Investments v Commission, du 28 mai 2020, par. 273-274.

de ce raisonnement et l'exclura d'emblée, tant la notion d'entrave significative est indépendante du niveau d'augmentation des prix et doit être mesurée dans un contexte global, propre à un cas d'espèce précis. S'arrêter à cette conclusion reviendrait à priver le test SIEC de sa substance, propre à évaluer une situation dans ses circonstances d'ensemble, sans égard à de simples chiffres.

4.2.2 Des appréciations économiques infondées

Dans un deuxième temps, il paraît essentiel de critiquer l'approche économique du Tribunal. En effet, et de l'avis de Zimmer, l'arrêt révèle d'une faible compréhension des relations économiques dans le détail³⁶⁸. On rappelle ici encore une fois l'importance de ces notions dans le contrôle des concentrations, jouant un rôle prépondérant et déterminant le résultat d'une analyse. Les carences du jugement sont rédhibitoires, dès lors qu'elles mènent à une mauvaise appréciation de la situation réelle. On relèvera notamment les points suivants, qui, à notre sens, relèvent d'erreurs flagrantes d'un point de vue économique.

L'appréciation la plus critiquable semble résider dans les considérations nouvelles des gains d'efficacité que voudrait imposer le Tribunal. En effet, comme elle l'indique dans l'arrêt, l'autorité veut prendre en considération les avantages de rationalisation liés à la fusion, tel l'évitement des structures de production et de distribution doubles, permis par le regroupement des parties au sein d'une seule et unique entité³⁶⁹. Or, force est de constater que, bien que probables et prises en compte dans la doctrine économique relative aux UPP³⁷⁰, ces efficacités ne sont toutefois pas assurées. Dès lors qu'elles sont toutefois probables, le principal problème réside bien plus dans leur attribution. En effet, au contraire des réductions de coûts variables, les réductions de coûts fixes ne sont pas régulièrement répercutées sur les consommateurs sous la forme de prix plus bas³⁷¹. Dès lors que ces économies réalisées en amont ne sont pas propres à se répercuter sur le consommateur, il semble absurde et inadapté de les considérer dans le cadre d'un examen généralisé³⁷². Par une telle appréciation, le Tribunal admet dès lors la prise en considération, dans son appréciation des opérations, d'effets qui ne bénéficieront qu'aux entreprises en question et aucunement aux consommateurs. On perçoit ici l'absence de toute logique économique, introduisant un facteur dépourvu de toute légitimation, dans le cadre de ce contrôle. L'appréciation des résultats économiques et, tout particulièrement, des effets unilatéraux, s'en voit dès lors faussée. Si une telle application venait à constituer la règle pour le futur, il deviendrait extrêmement compliqué pour la Commission de réussir à démontrer une hausse des prix successives à la concentration, facteur pourtant essentiel à la détermination d'effets non coordonnés.

³⁶⁸ ZIMMER Daniel, *Erinnerungen an Airtours: Zum Urteil des EuG im Fall CK Telecoms UK/Kommission*, WuW Nr. 07-08, 07.08.2020, p. 357.

³⁶⁹ *Ibidem* ; T-399/16 - CK Telecoms UK Investments v Commission, du 28 mai 2020, par. 277-279.

³⁷⁰ ZIMMER Daniel, *Erinnerungen an Airtours: Zum Urteil des EuG im Fall CK Telecoms UK/Kommission*, WuW Nr. 07-08, 07.08.2020, p. 356-357.

³⁷¹ *Ibidem*, p. 354.

³⁷² *Ibidem*, p. 357.

Dans un deuxième temps, il paraît également essentiel de noter l'incohérence du Tribunal dans sa nouvelle qualification de la notion de concurrents particulièrement proches. Comme évoqué par Rasek et exposé ci-dessus, il semble peu utile de chercher à déterminer le degré d'étroitesse des parties sur un marché oligopolistique homogène, le facteur prépondérant devant bien plus résider dans la détermination d'effets unilatéraux³⁷³. Pour l'instance de recours, considérer, sur un tel marché, que toute opération entre concurrents proches devrait se voir interdite, reviendrait à interdire ces opérations *per se* sur les marchés oligopolistiques et serait, de ce fait, contraire au droit européen et aux principes érigés par le test SIEC. Cette argumentation du Tribunal ne peut être considérée comme convaincante. En effet, si au sein d'un oligopole particulier de quatre membres, chaque fusion devait entraîner des augmentations de prix considérables en raison de la diminution de la concurrence entre les parties à la fusion et des réactions attendues des autres acteurs sur le marché, il semblerait logique, d'un point de vue économique et du point de vue de la protection de la concurrence, d'interdire chacune d'entre elles³⁷⁴. Le Tribunal retient une distinction subtile entre les relations de concurrence "relativement étroites" et "particulièrement étroites", mais, comme relevé par Zimmer, cette ségrégation ne fait pas sens, ne pouvant pas être déduite du libellé de l'article 2, par. 3 Règlement ou même du considérant 25 des lignes directrices³⁷⁵. Par surabondance, on notera encore la difficulté d'estimer une notion si précise sur un marché tel que celui au contentieux, ainsi que l'étroitesse de cette dernière. En effet, par une telle appréciation, seules deux entités étant considérées comme premier et second choix par les consommateurs pourraient se voir interdire leur concentration. Le champ d'application de la Commission se verrait dès lors largement réduit. Cette estimation tiendrait également d'une preuve bien trop complexe, tant démontrer de tels rapports sur un marché oligopolistique et homogène relèvera quasiment de l'utopie. On relève alors l'hérésie de la prise en considération de telles nuances par le Tribunal, annihilant tout impact de la notion de concurrence particulièrement étroite en matière d'effets unilatéraux, pourtant évoquée dans le cadre des lignes directrices³⁷⁶. Le Tribunal, par cette approche, perd donc de vue le but ultime de l'analyse, soit la détermination d'effets unilatéraux, se concentrant bien trop sur des questions de relation entre les parties, non pertinentes à l'heure de juger des effets anticoncurrentiels d'une opération.

Enfin, il s'agira d'élever une critique quant à la limitation, faite par le Tribunal, de la notion d'important moteur de la concurrence. On rappellera ici encore le point de vue de Rasek, pour qui le Tribunal perd de vue l'essence même de l'appréciation, soit la détermination d'effets unilatéraux³⁷⁷. L'instance considère en effet, que la simple disparition d'un acteur exerçant des prix disruptifs sur le marché n'est pas suffisante à fonder une entrave significative, nécessitant

³⁷³ Dipl.-Vw. Arno RASEK, Chefökonom Bundeskartellamt, in *WuW Dialog: SIEC-Test vor Gericht: Auswirkungen – Einordnung – Bewertung des EuG-Urteils in Sachen CK Telecoms UK Investments*, 08.10.2020.

³⁷⁴ ZIMMER Daniel, *Erinnerungen an Airtours: Zum Urteil des EuG im Fall CK Telecoms UK/Kommission*, WuW Nr. 07-08, 07.08.2020, p. 357.

³⁷⁵ *Ibidem*.

³⁷⁶ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 2004/C31/03, c. 28-30.

³⁷⁷ Dipl.-Vw. Arno RASEK, Chefökonom Bundeskartellamt, in *WuW Dialog: SIEC-Test vor Gericht: Auswirkungen – Einordnung – Bewertung des EuG-Urteils in Sachen CK Telecoms UK Investments*, 08.10.2020.

selon elle, que l'entité soit capable d'exercer une pression concurrentielle considérable³⁷⁸. Ici encore, à nos yeux, le Tribunal commet une erreur fondamentale d'appréciation. Certes, *Three* ne peut exercer de force disruptive dans l'entier des domaines auxquels s'étend son activité, mais n'en reste pas moins une entité propre à faire baisser les prix sur un marché déjà très concentré. L'instance de recours pose encore une fois un standard bien trop élevé relativement à cette notion, la rapprochant de celle de *franc-tireur (Maverick Firm)*, certes comprise dans celle d'important moteur de la concurrence, mais toutefois plus étroite. En effet, cette dernière, connue notamment du droit américain, définit de petites entreprises qui de par leur force d'innovation sur le marché favorisent la dynamique de la concurrence³⁷⁹, mais doivent également faire preuve d'un comportement particulièrement agressif et concurrentiel³⁸⁰. On ne peut donc ici encore que considérer que le Tribunal a préféré se concentrer sur une technique, au lieu de considérer le réel enjeu ; les effets unilatéraux. En effet, que *Three* ait été une *Maverick Firm* ou non ne doit aucunement entrer en matière sous l'angle du droit européen, tant la réelle question repose dans la création d'effets non coordonnés. En effet, le cas du *franc-tireur* doit être perçu comme faisant partie des divers effets unilatéraux retenus dans le Règlement et n'en est dès lors qu'un cas parmi d'autres. Par la disparition de *Three*, la concurrence sur le marché se retrouve réellement entravée, les prix étant voués à augmenter. Cette simple conclusion aurait dû suffire au Tribunal pour déterminer l'existence d'effets unilatéraux. On conclut en notant que l'autorité de recours élève le fardeau de la preuve nécessaire à démontrer la disparition d'un important moteur de la concurrence et limite le champ d'application de la Commission, relatif aux effets non coordonnés, perdant de vue, une fois encore, le but ultime du test SIEC.

Enfin, on relèvera encore qu'il tient d'une hérésie complète que de considérer comme insuffisante à prouver des effets unilatéraux, la conclusion démontrant qu'une opération de concentration entrave les investissements d'un acteur du marché. Certes, la Commission se doit de démontrer des effets unilatéraux directement sur le marché et non sur les acteurs, mais une telle entrave directe à un concurrent, implique de manière implicite, qui plus est sur un marché oligopolistique, une réduction de la concurrence, les investissements s'en voyant réduits et l'innovation ralentie. De même, on a du mal à saisir comment, sur un marché déjà considéré par le passé comme impropre à l'augmentation de l'offre ou à la réduction des prix³⁸¹, une telle concentration ne peut être perçue comme affectant la concurrence de manière inappropriée. Finalement, on ne peut que noter la contradiction dont fait preuve le Tribunal au moment d'évoquer les accords de partage de réseau. Au sens de celui-ci, la nouvelle transparence sur le marché de gros, amenée par la concentration, ne pose pas problème, tant l'un des deux accords est voué à disparaître à moyen terme. Cette conclusion tient encore de l'absurde, tant la

³⁷⁸ ZIMMER Daniel, *Erinnerungen an Airtours: Zum Urteil des EuG im Fall CK Telecoms UK/Kommission*, WuW Nr. 07-08, 07.08.2020, p. 355.

³⁷⁹ MONTAG, von BONIN, in *Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht*, Band 1, 3. Auflage, München, 2020, p. 2679.

³⁸⁰ BROMFIELD Joseph, OLCZAK Matthew, *The Role of the Maverick Firm concept in European Commission merger decisions*, 22.05.2018, p. 2 ; KWOKA, Jr. J.E., 1989, *The Private Profitability of Horizontal Mergers with Non-Cournot and Maverick Behaviour*, International Journal of Industrial Organization, 7: 403–11.

³⁸¹ MONTAG, von BONIN, in *Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht*, Band 1, 3. Auflage, München, 2020, p. 2674 ; Kom. ABl. 2013 C 224, 12 Rn. 367ff - *Hutchinson 3G Austria/Orange Austria*.

disparition même de l'un des deux accords doit être considérée comme une réduction de la pression concurrentielle et, de ce fait, comme un potentiel effet non coordonné. On ne voit dès lors pas comment l'autorité de recours peut d'emblée repousser l'existence d'une entrave significative sur le marché de gros, celle-ci devant bien plus être analysée sous les circonstances d'ensemble et non uniquement sous l'angle des parts de marché.

4.2.3 La résurgence des effets coordonnés dans l'analyse de la Commission

Finalement, les nouveaux standards érigés par le Tribunal posent la question d'une éventuelle résurgence des effets coordonnés dans l'analyse de la Commission. En effet, les critères mis en avant par l'autorité de recours, s'ils venaient à être confirmés, imposeraient un fardeau de la preuve trop conséquent à la Commission en matière d'effets unilatéraux et pourraient pousser l'autorité à se tourner vers l'emploi des effets coordonnés³⁸². Bien que l'on ne se trouve ici que face à des spéculations, celles-ci semblent toutefois réalistes, tant la difficulté de prouver des effets non coordonnés, exposée ci-avant, deviendrait effective.

Il y a lieu de brièvement relever ici l'aberration que constituerait une telle solution, forçant les autorités de la concurrence à détourner leur méthode de contrôle, afin de pouvoir faire respecter le droit de la concurrence. On perçoit alors parfaitement tout l'impact négatif de la décision du Tribunal en reprenant les termes du considérant 25 des lignes directrices, au sens duquel, les concentrations sur des marchés oligopolistiques peuvent, même si une coordination entre les membres de l'oligopole est peu probable, avoir également pour effet d'entraver de manière significative la concurrence³⁸³. Dès lors, on réalise que par l'exclusion de l'emploi des effets unilatéraux dans bon nombre de cas, l'instance de recours de l'Union Européenne annihile la majeure partie des effets positifs apportés par la modification législative de 2004. La validation de dite décision viendrait à empêcher l'emploi des effets unilatéraux par la Commission, introduits, on le rappelle, par le biais du test SIEC. Dite réduction aurait alors pour effet de vider ce test de sa nature, ramenant l'analyse des opérations de concentration à une situation, non limitée mais presque, aux situations de positions dominantes, critère dépassé à ce jour et non conforme à la volonté du législateur européen.

³⁸² ZIMMER Daniel, *Erinnerungen an Airtours: Zum Urteil des EuG im Fall CK Telecoms UK/Kommission*, WuW Nr. 07-08, 07.08.2020, p. 357.

³⁸³ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 2004/C31/03, c. 25.

5. Conclusion

A titre de conclusion, on abordera la question d'un recours auprès de la Cour de Justice de l'Union Européenne. Bien qu'il ne s'agisse encore que d'une éventualité, cette phase finale de l'affaire semble toutefois se dessiner, au vu des implications de la décision du Tribunal et de l'avis des spécialistes³⁸⁴. On considère, pour notre part, qu'elle serait plus que nécessaire à l'éclaircissement du droit. De plus, au vu des éléments exposés ci-avant, on ne saurait que lui prédire, ou à tout le moins lui augurer, de bonnes chances de succès.

Il semble en effet primordial qu'un recours soit élevé auprès de la CJUE, tant le futur du contrôle des concentrations et, tout particulièrement des effets non coordonnés, en dépend. Celui-ci devra servir à déterminer le cadre précis de la prise en considération des effets unilatéraux dans le domaine du contrôle des concentrations, encore trop incertain aujourd'hui. Certes, et comme exposé au chapitre précédent, la décision du Tribunal contient bon nombre de défauts et, ce qui se trouve être à nos yeux des erreurs d'appréciation, qu'il s'agira pour la Cour de corriger. Il ne faut toutefois pas retirer à cette décision ce qu'elle a de positif, en ce sens qu'elle cherche à uniformiser et à éclaircir les lignes d'une pratique encore trop vague aujourd'hui.

L'aspect principal de la décision tiendra, on l'espère, en la détermination du seuil de preuve propre à démontrer des effets non coordonnés, ainsi que de ceux utiles à définir les notions d'important moteur de la concurrence, de concurrents particulièrement proches ou d'effets quantitatifs sur les prix, évoquées ci-avant et encore trop incertaines quant à leur propension à déclencher une entrave significative à la concurrence. Dans le même sens, il semblera nécessaire de poser une définition claire et précise de la notion de gains d'efficacité, mais également de rejeter la définition nouvelle, adoptée par le Tribunal, impropre à mettre en avant les véritables facteurs contrebalançant les effets anticoncurrentiels d'une opération.

Il s'agira ensuite tout particulièrement de redéfinir l'idée d'entrave significative, au sens du test SIEC, dans le cadre d'un marché oligopolistique et ce afin de permettre une jurisprudence future claire, ainsi qu'une ligne de conduite pour les entreprises, aujourd'hui confrontée à l'incertitude du droit. En effet, c'est tout spécialement ce type de marchés qui était visé par les effets unilatéraux lors de l'entrée en vigueur du nouveau Règlement, mais force est de constater que la mise en œuvre du droit sur ceux-ci n'est encore que douteuse, tant leurs caractéristiques économiques nécessitent des considérations particulières. Dès lors et afin de réaliser la volonté du législateur européen, il semble plus que souhaitable d'adapter le droit aux marchés oligopolistiques et à leurs caractéristiques.

³⁸⁴ ZIMMER Daniel, *Erinnerungen an Airtours: Zum Urteil des EuG im Fall CK Telecoms UK/Kommission*, WuW Nr. 07-08, 07.08.2020, p. 357 in fine; MARQUES DE CARVALHO Miguel, PEREIRA Virgílio, *Hitting the mark or setting the bar too high? The "merger gap" and prospective analysis in the aftermath of CK Hutchison/Telefónica*, LEXXION, 16.06.2020, <https://www.lexxion.eu/en/coreblogpost/hitting-the-mark-or-setting-the-bar-too-high-the-merger-gap-and-prospective-analysis-in-the-aftermath-of-ck-hutchison-telefonica/>, consulté le 15 novembre 2020.

Il faudra enfin, tout spécialement, que la décision de la plus haute instance européenne mette en place un emploi limpide des règles érigées en 2004, permettant aux autorités de la concurrence de ne pas faire un saut dans le passé, qui annihilerait les effets non coordonnés et limiterait l'intervention de la Commission aux effets coordonnés. Il faudra à cette fin que la Cour définisse le champ d'application des effets unilatéraux, leur permettant enfin d'être appliqués aux cas d'espèce sur une base purement économique, permettant de définir de réels effets anticoncurrentiels.

C'est donc dans un espoir d'uniformisation du droit des effets non coordonnés, que l'on souhaite voir un recours formé auprès de la CJUE, permettant à celle-ci de rectifier les erreurs du Tribunal, tout en apportant la clarté aujourd'hui nécessaire à ce pan essentiel, mais encore que trop peu régulé, du droit de la concurrence.

Table des abréviations

al.	alinéa
Art.	Artikel (article)
art.	article
ATF	Arrêt du Tribunal Fédéral
C.	Commission
c.	considérant
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
COMCO	Commission de la Concurrence (Suisse)
DOJ	<i>Department of Justice</i> (Département de la Justice)
éd.	édition
FF	Feuille Fédérale
ff.	and the following pages (et suivant(e)s)
FTC	<i>Federal Trade Commission</i> (Commission Fédérale du Commerce)
Kom.	<i>Kommission</i> (Commission)
LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, RS 251
lit.	<i>littera</i> (lettre)
OCCE	Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises, RS 251.4
OCDE	Organisation de coordination et de développement économiques
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development (Organisation de coordination et de développement économiques).
p.	page
par.	paragraphe
phr.	phrase
rec.	recours
RS	Recueil systématique du droit fédéral
ss	et suivant(e)s
TFUE	Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne, [2016] OJ C202/1.
TUE	Traité sur l'Union Européenne, [2012] C 326/01.
UE	Union Européenne
UK	<i>United Kingdom</i> (Royaume-Uni)
UPP	<i>Upward Pressing Pressure</i> (Pression à la hausse des prix)
vol.	volume

Bibliographie

I. Ouvrages et revues

BELLIS Jean-François, *Droit européen de la concurrence*, Bruylant, 2^{ème} édition, Bruxelles, 2017.

BORER Jürg, *Kartellgesetz*, Orell Fuessli, Zürich, 2005.

BROMFIELD Joseph, OLCZAK Matthew, *The Role of the Maverick Firm concept in European Commission merger decisions*, *Journal of Competition Law & Economics*, Volume 14, Issue 2, June 2018, Pages 179–192, 22.05.2018.

Commission européenne, *Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de concurrence de l'Union européenne*, Direction générale de la concurrence, Bruxelles, Juillet 2002.

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

DUNS John, DUKE Arlen, SWEENEY Brendan, *Comparative Competition Law*, Cheltenham, Gloucestershire: Edward Elgar Publishing Ltd., 2015. Research Handbooks in Comparative Law Ser. Web. Clayton.

GAVIL Andrew I., KOVACIC William E., BAKER Jonathan B., WRIGHT Joshua D., *Antitrust Law in Perspective*, Third Edition, Thomson/West, St. Paul MN, 2008.

HEINEMANN Andreas, KELLERHALS Andreas, *Wettbewerbsrecht in a nutshell*, 2. Auflage, Dike Verlag AG, Zürich/St-Gallen, 2008.

IMMENGA Ulrich, *Die Sicherung unverfälschten Wettbewerbs durch die europäische Fusionskontrolle*, in *WuW* 1990, p. 370 à 381.

IMMENGA Ulrich, KÖRBER Torsten, in *Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 2*, Art. 2 FKVO N 20, C.H.BECK, 2012.

JAAG Tobias, HÄNNI Julia, *Europarecht, Die Europäische Institutionen aus Schweizerischer Sicht*, 4. Überarbeitete Auflage, Schulthess, 2015.

KOCH Oliver, in *Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht*, Band 1, 3. Auflage, C.H.BECK, München, 2020.

MALAURIE-VIGNAL Marie, *Droit de la concurrence interne et européen*, 7^{ème} édition, Dalloz, 2017.

MARTY Frédéric, *Le contrôle des concentrations en Europe et aux États-Unis. Critères économiques et sécurité juridique*, Revue de l'OFCE, vol. no 100, no. 1, 2007.

MEINHARDT Marcel, WASER Astrid, BISCHOF Judith, in *Basler Kommentar Kartellgesetz*, Helbing & Lichtenhahn, 2010.

MELLONI Mattia, *Dictionnaire Européen de la Concurrence*, Larcier, Bruxelles, 2018.

MONTAG Frank, von BONIN Andreas, in *Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht*, Band 1, 3. Auflage, C.H.BECK, München, 2020.

MONTESQUIEU Charles de Secondat, *De l'esprit des lois*, Barillot & Fils, Genève, 1748.

NORDMANN Francis, *Die schweizerische Fusionskontrolle im Lichte des europäischen Wettbewerbsrecht*, Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich, 1996.

OESCH Matthias, *Europarecht, Grundlagen, Institutionen, Verhältnis Schweiz-EU*, 2. überarbeitete Verlage, Band 1, Stämpfli Verlag AG Bern, 2019.

Orange Wholesale France, *Le livre blanc du wholesale en France ou les marchés de la vente « en gros » aux opérateurs de communications électroniques*, mai 2016.

Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), Centre pour la coopération avec les économies européennes en transition, *Glossaire d'économie industrielle et de droit de la concurrence*, Les Editions de l'OCDE, Paris, 1993.

PRUMMER Felix, in *KG KOMMENTAR*, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Dike Verlag AG, 2018, p. 932 à 959.

REINERT Mani, in *Basler Kommentar Kartellgesetz*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2010, ad art. 9 KG.

VALLINDAS Georges, *Droit européen des concentrations*, Bruylant, Bruxelles, 2017.

ZÄCH Roger, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2. Auflage., Stämpfli Verlag AG, Bern 2005.

ZACHMANN Jacques, *Le contrôle Communautaire des concentrations*, LGDJ, Paris, 1994.

ZIMMER Daniel, *Erinnerungen an Airtours: Zum Urteil des EuG im Fall CK Telecoms UK/Kommission*, WuW Nr. 07-08, 07.08.2020.

II. Jurisprudence

a. Union Européenne

Arrêt de la Cour du 7 janvier 2004, *Aalborg portland e.a./Commission*, Rec., 2004, p. I-123.

TPICE, 6 juin 2002, *Airtours c. Commission*, Rec., 2002, p. II-2585.

Kom. ABl. 2000 C 164, 5 – *Carrefour/Promodes*.

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

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

Arrêt du Tribunal du 28 avril 1999, *Endemol/Commission*, T-221/95, Rec. p. II-1299.

IV/M.1365 — *FCC/Vivendi*.

EuG Slg. 2007, II-107 – *France Télécom/Kommission*.

Arrêt du Tribunal du 25 mars 1999, *Gencor/Commission*, T-102/96, Rec. p. II-753.

Case No COMP/M.2220 - *General Electric/ Honeywell*, C(2001) 1746, 05.02.2001.

COMP/JV 55 — *Hutchison/RCPM/ECT*.

Kom. ABl. 2013 C 224 - *Hutchinson 3G Austria/Orange Austria*.

C (2016) 2796 Final, dans l'affaire COMP/M.7612 – *Hutchinson 3G UK/Telefonica UK*.

Kom. ABl. 2007 L 88, 44 - *T-Mobile/tele.ring*.

b. Suisse

ATF 133 II 104, 2A.325/2006 vom 13. Februar 2007.

COMCO du 21 avril 2010, sur le projet de fusion 41-0594, *France Télécom SA / Sunrise Communications AG*.

COMCO du 22 mai 2017, sur le projet de fusion 41-0816, *Ticketcorner Holding AG / Tamedia AG / Ticketcorner AG / Starticket AG*.

c. USA

Brown Shoe Co. v. United States, Supreme Court of the United States, 1962.

United States v. Pabst Brewing Co., Supreme Court of the United States, 1966.

United States v. Von's Grocery Co., Supreme Court of the United States, 1966.

United States v. General Dynamics Corporation, Supreme Court of the United States, 1974.

III. Textes légaux et autres textes officiels

a. Union Européenne

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

Règlement (CE) n°139/2004, du Conseil du 20 janvier 2004, Relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

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

OECD, Policy Roundtables, *Standards for Merger review*, 2009.

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

Traité sur l'Union Européenne, (TUE) [2012] C 326/01.

b. Suisse

Commission de la concurrence COMCO, Communiqué de presse du 22 avril 2010.

La situation en droit des cartels, Rapport final à l'attention de la Commission de gestion du CN, Berne, le 11 octobre 2020.

RS 251, Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, **LCart**.

FF 2014 8152, du 21 octobre 2014, *Note explicative et formulaire de la Commission de la concurrence, Notification d'une concentration*, 8153.

RS 251.4, Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises, **OCCE**.

c. USA

Clayton Act §7, 15 U.S.C. §18.

Horizontal Merger Guidelines, U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, August 19, 2010.

15 U.S. Code § 18a - Premerger notification and waiting period.

IV. Articles en ligne et autres sources

GEORGES Benoît, in *Les Echos, L'Amérique n'est plus le pays de la libre concurrence*, 08.11.2019, <https://www.lesechos.fr/idees-debats/livres/lamerique-nest-plus-le-pays-de-la-libre-concurrence-1146496>, consulté le 6 novembre 2020.

MARQUES DE CARVALHO Miguel, PEREIRA Virgilio, *Hitting the mark or setting the bar too high? The “merger gap” and prospective analysis in the aftermath of CK Hutchison/Telefónica*, LEXXION, 16.06.2020, <https://www.lexxion.eu/en/coreblogpost/hitting-the-mark-or-setting-the-bar-too-high-the-merger-gap-and-prospective-analysis-in-the-aftermath-of-ck-hutchison-telefonica/>, consulté le 15 novembre 2020.

RASEK Arno, Chefökonom Bundeskartellamt, in *WuW Dialog: SIEC-Test vor Gericht: Auswirkungen – Einordnung – Bewertung des EuG-Urteils in Sachen CK Telecoms UK Investments*, 08.10.2020.

RUTZ Samuel, *Brauchen wir den SIEC-Test?*, <https://www.avenir-suisse.ch/brauchen-wir-den-siec-test-wettbewerbspolitik-schweiz/>, consulté le 10 octobre 2020.

STEINVORTH Till, Rechtsanwalt und Partner Noerr LLP, in *WuW Dialog: SIEC-Test vor Gericht: Auswirkungen – Einordnung – Bewertung des EuG-Urteils in Sachen CK Telecoms UK Investments*, 08.10.2020.