

**LES CHANGEMENTS ENTRAINÉS PAR LE RÈGLEMENT 139/2004/CE DU 20
JANVIER 2004 DU CONSEIL RELATIF AU CONTRÔLE DES OPERATIONS DE
CONCENTRATION ENTRE LES ENTREPRISES***

Prof. Dr. H. ERCÜMENT ERDEM

Faculté de Droit de l'Université Galatasaray

Professeur de Droit commercial**

* Cette communication a été préparée dans le cadre de la législation en vigueur le 5 Avril 2004

** Je tiens à remercier à M. Sinan Yüksel, assistant à la Faculté de Droit et Melle Meltem Küçükayhan, doctorant en droit privé à l'Université Galatasaray pour l'aide qu'ils m'ont gentiment fournie lors de la mise au point de ce texte.

INTRODUCTION

A. PRÉSENTATION DU SUJET

Face au développement et à la propagation de l'économie de libre marché et parallèlement, à la perte d'importance des économies planifiées, les travaux pour la formation et la protection d'un environnement de libre concurrence ont connu une grande accélération. Dans le nouveau régime économique où les entreprises économiques d'Etat s'intègrent par le biais des privatisations indirectement à une économie de marché basée sur la libre concurrence, les Etats admettent que la libre concurrence est le moteur de l'économie de libre marché. Par ailleurs, la globalisation de l'économie a profondément affecté les politiques nationales concernant le droit de la concurrence.

En matière de droit de la concurrence, le but des lois est de protéger l'économie de libre marché dans son intégralité comme choix d'un système économique, et de permettre ainsi que règne une confiance envers le marché pour exhorter le développement des entreprises. Le droit de la concurrence est apparu entièrement comme un ensemble de règles autonomes¹. Les dispositions fondamentales du droit de la concurrence sont destinées à prévenir les activités tendant à empêcher la concurrence (accords, décisions, pratiques concertées, création d'une position dominante) ou les concentrations économiques pouvant créer ou renforcer une position dominante. En effet, la concurrence peut être restreinte, voire même supprimée par des accords qui ont pour objectif la stabilisation des prix ou la diminution de la production, ou par des concentrations entre les entreprises occupant des marchés identiques ou différents, ou encore par l'abus de la position dominante. Il convient toutefois de souligner que la concentration est sans doute l'un des meilleurs moyens de créer ou de renforcer une position dominante.

La nécessité du contrôle des concentrations par les règles du droit de la concurrence n'a pas été acceptée sans contestations². Or, cette nécessité a opposé en premier lieu les partisans de l'économie de libre marché à ceux d'une politique plus ou moins interventionniste. Les sympathisants de l'économie du marché libre défendent que la liberté doit être la règle pour le contrôle des entreprises. Car la discipline que les concentrations créeraient sur la gestion

¹ Voir *Ripert, Georges/Roblot, René*, Traité de droit commercial, Tome I, Paris 1996, no. 461.

² Sur ce sujet voir en détail, *Labarde, M.C. Boutard/Canivet, Guy*, Droit français de la concurrence, Paris 1944, p. 136.

des entreprises serait un élément essentiel pour une économie effective. La liberté des concentrations, et par conséquent des fusions et des acquisitions, constituerait, en outre, une garantie de l'exit du marché pour les entrepreneurs et favoriserait, de ce fait, la création de nouvelles entreprises et le développement de nouveaux produits et de nouvelles technologies.

Quant à ceux qui soutiennent l'application d'une politique allant dans le sens d'un contrôle des concentrations, ils attirent l'attention sur le fait que le contrôle des concentrations supposerait que les acteurs de la concentration agissent rationnellement et soient capables d'identifier les entreprises mal gérées. Or la pratique n'a pas prouvé la justesse de cette approche. En fait, les acheteurs agissent souvent de façon à obtenir au plus vite les profits et restent indifférents au développement des entreprises à long terme.

Peut-être serait-il préférable de choisir la mi-chemin à ce sujet. Il ne faut pas juger les fusions de façon dogmatique. Car les fusions, selon les conditions dans lesquelles elles sont réalisées, peuvent être profitables ou pernicieuses. Même si certains critères d'ordre général sont posés, les fusions doivent être indubitablement interprétées par rapport aux caractéristiques propres à chaque cas. Or, ce qui nécessite d'être discuté n'est pas le contrôle des fusions, mais au contraire les critères à prendre en compte pour comprendre les effets de celles-ci. Car le contrôle des fusions doit être un contrôle «a priori», et fondé sur des prévisions. De toute façon, la décision finale à ce sujet est prise conformément aux critères se rapportant aux résultats probables de cette opération³. Sur ce point, le renouvellement du droit de la concurrence occupe une grande importance.

B. ENONCE DU PLAN

Dans ce travail seront exposés : premièrement le développement historique du contrôle des opérations de concentration dans les Communautés Européennes (I) ; deuxièmement les raisons de la nécessité d'une nouvelle réglementation (II) ; troisièmement les changements entraînés par le Nouveau Règlement dans leurs grandes lignes (III). Sous cette rubrique, seuls les principaux changements seront pris en compte, ceci dû au fait que le Nouveau Règlement a également entraîné de nombreux changements mineurs ou de détail.

Enfin, l'accent sera mis sur les effets éventuels de ces changements dans le droit de la concurrence et sur nos propositions à ce propos (IV).

³Sur ce sujet voir en détail, *Labarde/Canivet*, no. 136.

I. DÉVELOPPEMENT HISTORIQUE DU CONTRÔLE DES OPÉRATIONS DE CONCENTRATION

A. L'ACCORD FONDATEUR DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DU CHARBON ET DE L'ACIER

La Convention Européenne du Charbon et de l'Acier (CECA) qui est la première des Communautés Européennes, a été créée par l'Accord du 18 Avril 1951 entre l'Allemagne, la Belgique, la France, la Hollande, l'Italie et le Luxembourg et signée à Paris⁴. L'article 66 de l'Accord fondateur de la CECA qui est entré en vigueur le 25 Juillet 1952 comporte des règles sur le contrôle des concentrations. Dans cette disposition, l'opération de concentration est définie comme une situation ayant un effet important sur la structure des entreprises concernées, la notification de l'opération de concentration est prévue ; quant au contrôle, il a été inséré dans la notion d' « effet déterminant » prévue aux articles 66/3 et 66/4⁵.

Les premiers travaux et réflexions au sujet du contrôle des concentrations au niveau de la Communauté ont été réalisés par la Commission en 1973⁶. La Commission, prenant comme exemple l'article 66 de l'accord fondateur de la CECA, a préparé un projet de règlement prévoyant que les concentrations devaient être soumises à un contrôle préalable⁷ et l'a présenté au Conseil. Ce projet a été approuvé⁸ en Février 1974 par le Parlement et le Comité Économique et Social. Or, l'approche de la Commission a entraîné la réaction des Etats membres. Les Etats membres se sont opposés⁹ à ce projet par crainte de perdre leur pouvoir

⁴ L'Irlande et l'Angleterre ont intégré l'Accord fondateur de la CECA le 1^{er} Janvier 1973, la Grèce le 1^{er} Janvier 1981, le Portugal et l'Espagne le 1^{er} Janvier 1986, la Finlande, l'Autriche et la Suède en 1995. Pour plus d'information, voir *Tekinalp, Guloren/Tekinalp, Unal* : Avrupa Birliği Hukuku (Le droit de l'Union Européenne), 2. éd., İstanbul 2000, p. 6, No. 11 ss.; *Cartou, Louis/Clergerie, Jean- Louis/Gruber Annie/Rambaud, Patrick*, L'Union Européenne, 3. Ed., Paris 2000, p. 454 ss.

⁵ Pour le règlement des concentrations dans le cadre de l'accord fondateur de la CECA, voir *Zachmann, Jacques*: Le contrôle communautaire des concentrations, Paris 1994, p. 6-7; *Cartou/Clergerie/Grubert/Rambaud*, p. 457 et ss.

⁶ JOCE, 1973 C. 92/1 ; pour avoir des informations détaillées sur le période de préparation du Règlement 4064/89 du Conseil, voir *Zachmann*, p. 1 et suite ; *Souty, François* : Le droit de la concurrence de l'Union Européenne, Paris 1997, p. 97.

⁷ Au sujet de la notification préalable faite dans le cadre de l'article 66 de l'Accord fondateur de la CECA, voir *Cartou/Clergerie/Gruber/Rambaud*, p. 457-458. Dans les dix premières années de l'Accord fondateur de la CECA 55 concentrations ont été autorisées, *Cartou/Clergerie/Gruber/Rambaud*, p. 457 n. 2.

⁸ Voir *Dumez, Hervé/Jeunemaitre, Alain (traduction Yakupoğlu, Mehmet Mukkader)* : Avrupa'da Rekabet, Teşebbüsler açısından Oyunun Yeni Kuralları (La concurrence en Europe, les nouvelles règles de jeu pour les entreprises), Ankara 1999, p. 138.

⁹ Voir *Esin, Arif* : Rekabet Hukuku (Le droit de la concurrence), İstanbul 1998, p. 214.

ou de voir leur pouvoir limité. Ce premier règlement préparé en 1973 a depuis été modifié deux fois¹⁰.

Avec cela, face aux diverses décisions de la Commission et de la Cour de Justice des Communautés Européennes au sujet de l'application des articles 81 (ancien article 85) et 82 (ancien article 86) de la Convention de la Communauté Européenne aux concentrations ainsi qu'à l'augmentation de jour en jour de l'application et à la formation de jurisprudence dans ce sens, les Etats membres ont été obligés d'accepter la nécessité de préparer un règlement prévoyant le contrôle des concentrations. En effet, il a fallu, pour permettre le contrôle des concentrations influençant le marché commun, préparer des bases légales. En outre, même si les concentrations étaient soumises au contrôle obligatoire dans les Etats membres, il n'a pas été possible de permettre le contrôle d'une concentration ayant ses effets dans différents Etats membres. A côté de cela, le contrôle des concentrations a montré son importance en ce qui concerne le bon fonctionnement d'un marché s'intégrant progressivement dans la Communauté dont l'objectif est la formation d'un marché commun. D'ailleurs, de nombreuses entreprises ont négligé de notifier à la Commission la nature de leur fusion, acquisition ou entreprise commune et se sont, pour cette raison, retrouvées face au risque d'annulation de leurs opérations¹¹.

B. RÈGLEMENT N° 4064/89

Les développements exposés dans la partie précédente ont conduit le Conseil, conformément aux articles 83 (ancien article 87) et 308 (ancien article 235) de la CCE, à prendre des mesures supplémentaires pour le développement et la protection du marché commun dans la Communauté Européenne. Le 21 Décembre 1989, il a donc publié le Règlement du Conseil n°4064/89/CEE relatif au « contrôle des opérations de concentration entre les entreprises »¹²; le Règlement est entré en vigueur le 21 Septembre 1990 en vertu de l'article 25/1.

Le Règlement n°4064/89, comme il est indiqué dans son préambule, a mis en œuvre un système de contrôle centralisé, ayant pour objectif la protection et le développement de la

¹⁰ Voir JOCE, 1982, C. 36/3 ; 1984, C. 51/8.

¹¹ Voir *Esin*, p. 214; *Souty*, p. 97-98.

¹² JOCE, 30.12.1989, L.395.

concurrence, interprétant la notion de concurrence au sens large, ne prévoyant que les fusions et les acquisitions de dimension communautaire, appliqué en premier lieu par rapport aux dispositions se trouvant dans la législation des Etats membres et supérieur à celles-ci, reposant sur le fondement de la notification et ayant un effet dissuasif du fait qu'il prévoit un contrôle préalable, et donnant la compétence à la Commission pour les analyses nécessaires¹³. Ce qui est prévu par le Règlement n° 4064/89 n'est pas de prohiber les concentrations dans leur ensemble, mais seulement d'interdire les concentrations qui ne sont pas conformes aux principes généraux du marché commun, et qui restreignent ou empêchent la concurrence. De ce fait, le Règlement vise la création d'un ordre dans lequel la concurrence ne serait pas faussée dans le marché commun (§1, 2 et 5 du préambule du Règlement)¹⁴.

Les principes de base acceptés à la fin de longues négociations et formant le « cœur » du Règlement sont les suivants¹⁵ :

- **Un champ d'application dépendant de seuils.** Ces seuils peuvent être modifiés par une décision du Conseil prise à la majorité ;
- **Le pouvoir exclusif du Conseil.** Comme règle générale, le seul organe compétent dans le contrôle des concentrations de dimension communautaire est la Commission. De cette façon, même si l'opération de concentration concerne plus d'un Etat membre, une seule notification faite à la Commission sera suffisante. Cette pratique est nommée principe du « guichet unique » (« *one-stop shop* »). Ce principe a été accepté afin d'éviter la nécessité de notifications dans plusieurs Etats membres, de réduire les frais, de simplifier les difficultés bureaucratiques et de prévenir les incertitudes juridiques ;

¹³ Voir *Tekinalp/Tekinalp*, p. 465.

Dans la doctrine, l'attention est attirée sur le fait que la compétence attribuée à la Commission, par le Règlement n° 4064/89, est une compétence d'une grande importance, que la décision prise par la Commission statuant au niveau européen ne peut pas être soumise au contrôle du Parlement étant donné qu'il s'agit d'une décision politico administrative, que ces décisions ne pourront être contestées que dans les Tribunaux communautaires comme les autres décisions de la Commission, que la Commission est tenue de prendre une décision concernant les concentrations en tenant compte de ses effets sur la concurrence, *Dumez/Jeunemaître* (Trad. Yakupoglu), p. 139.

¹⁴ Communauté Européenne 1998-1999, Momento pratique, Levallois 1997, p. 465.

¹⁵ Voir *Zachmann*, p. 5-7.

- **L'application des articles 81 et 82 de la CCE.** Pour les opérations créant une concentration dans le cadre de la CCE, les dispositions des articles 81 et 82 de la CCE ne seront pas appliquées ; seront directement appliquées les dispositions du Règlement ;
- **Les critères de compatibilité.** Ces critères, contrairement aux dispositions prévues dans les anciens projets, ne partent pas de la position dominante ou de l'ampleur des bilans pour savoir si une opération de concentration est compatible avec le Marché Commun;
- **Applicabilité aux entreprises d'État.** Le Règlement est applicable tant aux entreprises d'États qu'aux entreprises privées (§12 du préambule du Règlement) ;
- **La participation des Etats membres aux décisions.** La Commission, dans certains cas précis, peut céder le contrôle des opérations créant une concentration aux organes compétents des Etats membres (art. 9 du Règlement), ou peut collaborer avec les organes des ces derniers (art. 19 du Règlement);
- **Protection des intérêts légitimes des Etats membres.** L'application du Règlement aux concentrations de dimension communautaire n'empêche pas que des mesures nécessaires relatives aux principes généraux du droit communautaire et aux dispositions soient prises pour protéger l'intérêt légal des Etats membres non protégé par le Règlement (§28 de la préambule du Règlement et art.21/3 du Règlement) ;
- **Réciprocité.** Les entreprises doivent être soumises à un traitement comparable dans les Etats tiers.

Le Règlement n° 4064/89 prévoit entre la Commission et les autorités nationales de la concurrence une répartition nette des compétences. La notion principale dans cette répartition des compétences est la « *dimension communautaire* ». Toutes les opérations de concentration de dimension communautaire sont sous le contrôle de la Commission, alors que les concentrations n'atteignant pas la dimension communautaire sont soumises au contrôle des autorités nationales de la concurrence. La Commission ne peut être compétente pour une concentration de dimension nationale que sur la demande des Etats membres et dans les

conditions prévues par le Règlement¹⁶. Cependant, les législations de la concurrence nationale ont une place prioritaire sur le Règlement n° 4064/89 dans les cas où la Commission autorise une opération de concentration contraire aux législations nationales, dans le sens de l'ordre public, de la protection nationale, ou du pluralisme de la presse. Dans des cas pareils, les Etats membres ont le droit de ne pas appliquer la décision de la Commission autorisant la concentration. En revanche, les Etats membres ne peuvent pas¹⁷ autoriser une concentration qui n'a pas été autorisée par la Commission.

Le règlement n° 4064/89 peut être appliqué à tous les secteurs mis à part les secteurs du charbon et de l'acier, les concentrations se rapportant à ces deux secteurs sont résolues dans le cadre de la CECA (art.66).

C. LES CHANGEMENTS APPORTÉS AU RÈGLEMENT N°4064/89 PAR LE RÈGLEMENT N°1310/97

Le Règlement n° 4064/89 n'a pas pu répondre aux besoins concernant le contrôle des concentrations dans le temps. L'insuffisance du Règlement s'est surtout fait ressentir au niveau de la notification des fusions à chaque État membre et des demande d'autorisation à toutes les autorités nationales de la concurrence. La procédure bureaucratique et la lourdeur qu'a entraîné la charge de notification ont été à la base de la nécessité de modifier le Règlement n° 4064/89.

La Commission, au sujet des modifications prévues pour Règlement, a publié en Janvier 1996 un Livre Vert (« *Green Paper* »). Un projet a été préparé pour la modification du Règlement n° 4064/89 en fonction des critiques adressées au Livre Vert et à la lumière des points de vue adoptés par les autorités de la concurrence des États membres et des milieux professionnels. Ce projet, sur l'obtention d'avis favorables du Parlement Européen et du Comité Economique et Social, est entré en vigueur le 1^{er} Mars 1998 sous le titre de « Règlement (CE) n° 1310/97 du Conseil du 30 juin 1997 modifiant le règlement (CEE) n° 4064/89 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises »¹⁸.

¹⁶ Voir *Mercier, Pierre/Mach, Olivier/Gilliéron, Hubert/Affolter, Simon*: Grands principes du droit de la concurrence, droit communautaire droit Suisse, Bâle, Genève, Munich, Bruxelles 1999, p. 554; *Esin*, p. 215.

¹⁷ Voir *Esin*, p. 215.

¹⁸ JOCE, 09.07.1997, L. 180, p. 1.

Il convient d'étudier les changements apportés au Règlement n° 4064/89 par le Règlement n°1310/97 dans ses grandes lignes¹⁹ :

- **Elargissement du contenu des seuils des chiffres d'affaires.** Le Règlement n° 1310/97 n'a pas changé les seuils des chiffres d'affaires prévus dans le Règlement n° 4064/89, mais seulement élargi le champ d'application de ces seuils.
- **Elargissement des limites de la dimension communautaire.** Le Règlement n°1310/97 a permis que les actes de certaines entreprises n'atteignant pas le seuil des chiffres d'affaires prévus dans le Règlement n°4064/89 soient acceptés dans la dimension communautaire.
- **Dispositions prévues sur les entreprises communes.** Ces dispositions sont d'avantage basées sur le fait d'examiner la compatibilité des entreprises communes avec le marché commun.
- **Changement de la méthode de calcul des chiffres d'affaires.** D'importants changements ont été apportés sur la méthode de calcul des chiffres d'affaires pour les opérations de fusion et d'acquisition réalisées par les établissements de crédit et de finance²⁰.
- **Possibilité pour les entreprises de proposer des engagements.** Le but de ces engagements est, au moment de l'étude d'une opération de fusion ou d'acquisition notifiée à la Commission, d'éviter que des doutes soient soulevés par la Commission sur le fait de savoir si cette opération contredit les règles de la concurrence communautaire et d'accélérer ainsi la période d'obtention d'une décision favorable.
- **Compétence de renvoi aux autorités nationales.** En vertu du Règlement n°1310/97, la Commission a le pouvoir de transférer, en fonction de la demande argumentée du pays, partiellement ou totalement, le contrôle des opérations de concentration pouvant fausser la concurrence dans le marché national ou dans

¹⁹ Pour voir de façon générale les changements apportés par le Règlement n°1310/97 voir *Esin*, p. 220-223, voir aussi *Tekinalp/Tekinalp*, p. 464, n° 191 ; p. 471, n° 197.

²⁰ Sur ce sujet, voir *Esin*, p. 222, 223.

une certaine zone du marché national d'un Etat membre, à une autorité nationale de ce dernier.

- **Possibilité de mettre en suspens.** Alors que le Règlement n°4064/89 prévoyait que les opérations de concentration ne soient exécutées avant la notification à la Commission, ou en présence de certaines conditions après la notification, à la suite du changement effectué par le Règlement n°1310/97, les opérations de concentration sont dorénavant mises en suspens jusqu'à la décision définitive.

II. LES RAISONS DE LA NÉCESSITÉ D'UNE NOUVELLE RÉGLEMENTATION

La Commission a continué à contrôler l'application du Règlement n°4064/89 lorsqu'il est en vigueur et a préparé des rapports sur l'application du Règlement. En 2000, un rapport a été préparé pour être présenté au Conseil des Ministres afin que les seuils soient révisés. Dans ce rapport, il a été indiqué qu'il y avait nécessité de modification dans le Règlement n°4064/89²¹. Le 11 Décembre 2001, la Commission, en publiant un nouveau Livre Vert, a indiqué que le Règlement devait être révisé et renouvelé, et a préparé à la même date un projet de Règlement. Ce projet a été accepté à l'unanimité des voix le 27 Novembre 2003 au Conseil des Ministres de l'Union Européenne.

Le Règlement du Conseil de la CE n°139/2004 du 20 Janvier 2004 sur le contrôle des opérations de concentrations entre les entreprises est entré en vigueur le 1^{er} Mai 2004, date déterminée comme la date d'élargissement officiel de l'Union Européenne.

La Commission, dans le Livre Vert du 11 Décembre 2001, a affirmé, parmi les arguments principaux soutenant le besoin d'une nouvelle réglementation, que le mécanisme de notification aux Etats membres ne fonctionnait pas au vrai sens du terme, en raison de l'augmentation incroyable de la charge du travail pesant sur la Commission. Cette dernière n'arrivait pas à remplir ses fonctions comme nécessaire et il fallait de ce fait que les notions de « *one-stop-shop* » et de « *dimension communautaire* » soient interprétées²² et révisées. De même, il fallait mettre en place un mécanisme de contrôle d'opération préalable²³ pour

²¹ Pour le texte intégral du Rapport, voir www.europa.eu.int.

²² Livre Vert du 11 Décembre 2001, Introduction, §. 4, p. 6.

²³ Livre Vert du 11 Décembre 2001, Introduction, §. 7, p. 7.

pouvoir surmonter les difficultés de contrôle des concentrations, en augmentation parallèlement au développement de l'économie. Il faudrait baisser les frais et diminuer la charge du travail, de façon optimum pour un contrôle plus efficace des concentrations²⁴. Les modifications permettront également, en ce qui concerne les Etats ayant nouvellement adhéré à l'Union, que le passage se fasse en douceur pendant la période d'intégration²⁵.

Dans la conclusion de l'« introduction » du Livre Vert, l'accent a été mis sur le fait que la réforme du système de contrôle des concentrations de l'Union Européenne devait reposer sur le principe fondamental du Règlement des concentrations « *d'assurer un contrôle effectif, efficace, équitable et transparent des opérations de concentration au niveau le plus approprié* ».

Il était préférable de préparer un nouveau texte intégral plutôt qu'un Règlement de modification comme cela s'était fait pour le Règlement n° 1310/97.

III. LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR LE NOUVEAU RÈGLEMENT DANS LEURS GRANDES LIGNES

A. LES MODIFICATIONS RELATIVES AU FOND

1. Définition de la concentration (art. 3/1)

Changement durable du contrôle. Comme déjà vu, l'ancien Règlement donne une définition des concentrations²⁶. La définition générale donnée a été modifiée dans le Nouveau Règlement de façon à ce qu'il y ait un « changement durable du contrôle » pour qu'il s'agisse d'une concentration.

- La fusion de deux ou de plusieurs entreprises ou parties de telles entreprises, (art.3/1, a) ; ou

²⁴ Livre Vert du 11 Décembre 2001, Introduction, §. 9, p. 7.

²⁵ Livre Vert du 11 Décembre 2001, Introduction, §. 8, p. 7.

²⁶ Pour les informations détaillées sur le contenu et la définition des concentrations, voir *Erdem, H. Ercüment*; *Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşmeler ve Devralmalar* (Fusions et acquisitions dans le droit turc et communautaire de la concurrence), İstanbul 2003, p. 187-188; *Tekinalp./Tekinalp*, p. 464 n° 191; *Arslan, I. Yilmaz*: *Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku* (Droit de la concurrence européen), Ankara 2003, p. 103 ss.; *Güven, Pelin*: *Türk Rekabet Hukuku* (Le droit de concurrence turc), Ankara 2003, p. 103 vd.; *Bellamy, Christopher/Child, Graham* (ed. Rorth, P.M.: *European Community Law of Competition*, 5. Ed., Londres 2001, p. 363; *Jones, Allison/Sufrin, Barbara*, *EC Competition Law-Texts, Cases, Materials*, Oxford – New-York 2001, p. 699.

- L'acquisition du contrôle (art.3/1, b) ;
- La création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome (art.3/4).

Même si, dans l'Ancien Règlement, la condition du « *changement durable du contrôle* » n'était pas mentionnée sous la forme écrite, dans la pratique, pour comprendre si une opération formait ou non une concentration au sens du Règlement, elle était toujours considérée comme un critère écrit²⁷.

Dans l'ancien Règlement, la condition de « *durabilité* » était posée de façon écrite pour indiquer les opérations limitées prévues à l'article 3.2.

« La création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une unité économique autonome, constitue une concentration au sens du paragraphe b du 1^{er} alinéa ».

Avec la nouvelle disposition apportant une règle générale, la condition de durabilité est devenue applicable à toutes les opérations de concentration. L'article 3.2 de l'Ancien Règlement représente l'article 3.4 du Nouveau Règlement.

Les séries de transactions constituant une seule opération. D'après le § 20 du préambule du Règlement, les opérations qui sont étroitement liées en ce qu'elles font l'objet d'un lien conditionnel ou qui prennent la forme d'une série de transactions sur titres effectuées dans un délai raisonnablement bref seront traitées comme une concentration unique. Cette disposition prenant place au 3ème article du premier projet du Nouveau Règlement a été par la suite retirée et seulement mentionnée dans le préambule.

2. Test d'entrave significative à une concurrence effective (art. 2/3)

Dans le Livre Vert, l'influence du test « du fond » figurant à l'article 2 de l'Ancien Règlement a été discutée. Dans cette discussion, deux différents points de vue ont été abordés. Le premier portait sur le fait de savoir si le critère figurant dans le test indiqué ci-dessus était réalisé ou non dans le cas où la concentration formerait un oligopole, et en utilisant l'effet de cet oligopole sur le marché concerné, provoquerait une augmentation des prix. Quant à la deuxième discussion, elle reposait sur le fait de savoir comment le critère

²⁷ Note d'information explicative au sujet de la proposition du Règlement du Conseil du 11 Décembre 2002 relative au contrôle des concentrations (voir note 29).

mentionné devait être interprété. De ce fait, la Commission a opté pour une compréhension sans équivoque au plan juridique du Règlement.

Le Tribunal de Première Instance a aussi indiqué²⁸ que, dans le cas d'un oligopole formé par la fusion de plusieurs petites entreprises, à condition que l'une des entreprises ne soit ni plus grande, ni plus forte, le test figurant dans l'Ancien Règlement ne serait pas suffisant pour faire apparaître les effets d'une fusion.

L'étude de fond (« *substantive test* ») est la raison de l'existence du Règlement de la Concentration. Le critère prévu par l'Ancien Règlement pour déterminer l'existence d'une concentration est l'étude de la position dominante. Ce critère a été, dans le temps, appliqué à la « dominance commune » ou bien aux duopoles²⁹ et à la « dominance collective » (« *collective dominance* ») ou encore aux oligopoles³⁰.

²⁸ Arrêt *Gencor/Commission*, TPE n°T-102/96, 1999; Livre Vert du 11 Décembre 2001, art. 200 (voir note 29).

²⁹ Arrêt *Kali+Salz/mdK/Treuhand* du 14.12.1993 de la Commission, JOCE 21.07.1994, L 186, p. 3 §70 et arrêt *Gencor/Lonrho* du 24.04.1996, JOCE 14.01.1997, L 11, p. 30.

Dans l'arrêt *Kali + Salz/Mdk/Treuhand* l'accent est mis sur deux points. Selon le premier, puisqu'en général, les concentrations qui créent ou renforcent une position dominante conduisent à la restriction de la concurrence ou à une concurrence faussée, la charge de la preuve repose sur l'entreprise soutenant qu'il n'y a aucun lien de causalité entre la concurrence faussée et la concentration. Selon le deuxième point, dans le cadre du lien de causalité, puisqu'une opération de concentration créant une position dominante ou la renforçant doit être réalisée de façon à endommager la concurrence le moins possible, si la vente d'une partie de l'entreprise peut se faire d'une autre façon, celle-ci doit être suivie pour que la concentration puisse être acceptée. Pour plus d'informations, voir *Erdem*, p. 129.

Dans l'affaire *Gencor/Lonrho*, *Gencor* et *LPD*, deux entreprises installées dans la République d'Afrique du Sud et exploitant d'une mine de platine et de radium ont décidé de fusionner. *LPD* est la filiale de *Lonrho* dont le siège central se trouve à Londres et réalise ses ventes par l'intermédiaire d'une filiale de *Lonrho* se trouvant en Belgique. Les autorités de la concurrence de la République de l'Afrique du Sud ont approuvé cette fusion. Selon le contrat entre les parties, la fusion doit être conforme à la législation communautaire, d'où la Commission a aussi été prévenue de la fusion. Le plus grand producteur de la République d'Afrique du Sud est *Anglo-American* : Il découle de l'arrêt que 35-50% des ventes à l'échelle mondiale ont été réalisées par cette entreprise. Les ventes réalisées par *Gencor* et *LPD* ne concernent qu'une proportion de 15-17% (ces proportions, en raison du secret commercial, ne sont pas indiqués expressément dans l'arrêt). La Commission a examiné l'opération de fusion dans le cadre du Règlement n°4064/89 en tenant compte des chiffres d'affaires de *Lonrho* et de *Gencor* au plan mondial et communautaire et n'a pas donné son autorisation en s'appuyant sur l'argument que cette fusion allait créer une position dominante duo polaire dans la Communauté. La Communauté ainsi que le Tribunal de 1^{ère} Instance, sur appel de *Gencor* ont approuvé la décision de la Commission. Pour plus d'informations sur l'arrêt, voir *Erdem*, p. 184, 247, 284.

³⁰ L'arrêt *Airtours/First Choice* de la Commission du 22.09.1999, JOCE 2000, L 93, p. 1, Dans cet arrêt, la Commission a prohibé l'opération d'acquisition de l'entreprise *Airtours Plc* par l'entreprise *First Choice Plc* qui sont toutes les deux des entreprises fonctionnant en Angleterre et proposant spécialement pour les personnes de nationalité anglaise des programmes de voyage de courte durée. En prenant en considération l'intégration verticale des deux autres grandes entreprises que sont *Thomson* et *Thomas Cook* dans le même marché, la Commission a affirmé que le contrôle de *Airtours Plc* par l'entreprise *First Choice Plc* allait créer une dominance collective.

Selon la disposition de l'ancien Règlement, les concentrations³¹ « créant une position dominante ou la renforçant » ne pouvaient pas être compatibles avec le Marché Commun. Avec le Nouveau Règlement, un nouveau critère a été inséré : les concentrations visées sont celles « *qui entraveraient de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante* ».

Pour cette raison, le résultat devant être pris en compte n'est pas « la création d'une position dominante » ou bien « le renforcement d'une position dominante ». Ce qui est important, c'est que « la concurrence effective soit significativement entravée ». Cette influence peut se faire de plusieurs manières. Certes, la création d'une position dominante ou le renforcement de celle-ci a une importance particulière dans cette influence. D'ailleurs, l'appropriation de ce nouveau critère, comme indiqué à l'article 160 du Livre Vert, permet d'aligner les critères d'appréciation qui sont appliqués dans d'autres systèmes juridictionnels importants, comme ceux des États-Unis, du Canada et de l'Australie, qui se fondent sur la notion de *diminution substantielle de la concurrence* (« *substantial lessening of competition* » « le critère SLC »)³². De cette façon, l'objectif fixé était que les autorités, lors de l'examen des opérations de fusion et d'acquisition des entreprises multinationales, se basent sur des critères parallèles. Ainsi, l'alignement des critères faciliterait une appréciation globale des concentrations. Pour ces raisons, je suis convaincu que ce changement est bien fondé.

3. Les restrictions accessoires³³

Au sujet des restrictions accessoires, bien qu'au paragraphe 25 du préambule de l'ancien Règlement les restrictions stipulées par les entreprises ayant un rapport direct avec l'opération de concentration et nécessaires pour la réalisation de l'opération restent dans le cadre de l'application de l'ancien Règlement, les articles 6.1 (b) et 8.2 de celui-ci ne

³¹ L'article 2/3 du Règlement a la teneur suivante: « *Les concentrations qui entraveraient de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou 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 commun* ».

³² Livre Vert daté du 11 Décembre 2001, art. 106.

³³ Sur ce sujet voir en détail, *Erdem, H. Ercüment* : « Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmalarda (Yoğunlaşmalarda) Yan Sınırlamalar » (Les restrictions accessoires dans le cadre des Fusions et Acquisitions au regard du droit de la concurrence), Revue de la Faculté de Droit de l'Université Galatasaray, Janvier 2002, Année 1, V. 1, Prof. Dr. Kemal Oguzman'a Armagan (Mélanges offerts à Prof. Dr. Kemal Oguzman), p. 310-346.

parvenaient pas à assurer assez de certitudes au plan juridique³⁴. La Commission, avec « la Communication relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration, n°2001/C 188/03 » (ci après, « Communication ») a apporté des précisions à la notion mentionnée dans le Règlement³⁵ : « restrictions nécessaires en lien direct avec la réalisation de l'opération de concentration ». Or, comme l'indique son titre, ce texte n'a qu'une fonction explicative. En outre la Commission, par des décisions qu'elle a prises postérieurement à la Communication, a affirmé que les pratiques anciennes relatives à la délimitation des restrictions accessoires et de leurs appréciations officielles ne seront plus appliquées³⁶. En outre Le Tribunal de Première Instance, dans sa décision n°T-251/00 du 20 Novembre 2002 concernant l'affaire *Lagardère/Canal+*, a discuté l'obligation de la Commission de vérifier de nouveau et d'interpréter les restrictions accessoires lors du contrôle d'une certaine concentration³⁷. Le Tribunal a jugé qu'il était compétent de statuer sur les restrictions accessoires figurant dans la notification de la Commission. Ce jugement du Tribunal est différent de la disposition se trouvant dans la Communication. En effet, dans la Communication, aucune compétence de décision n'est attribuée à la Commission au sujet des restrictions accessoires.

Selon le §21 du préambule du Nouveau Règlement, la Commission n'est pas chargée d'examiner indépendamment les restrictions accessoires ; une décision de la Commission affirmant la conformité d'une concentration avec le Marché Commun, couvre également les restrictions accessoires même si elles n'ont pas été analysées séparément. Avec cela, sur demande de l'entreprise concernée, face aux nouvelles restrictions ou à celles conduisant à

³⁴ Note d'information explicative sur la proposition du Règlement du Conseil au sujet du contrôle des concentrations du 11 Décembre 2002, p. 20, [www. Europa.eu.int](http://www.Europa.eu.int).

³⁵ La Communication de la Commission relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration (2001/C 188/03), JOCE, 04.07.2001, C 188, p. 5.

Avant cette communication, La communication de la Commission relative aux restrictions accessoires aux opérations de concentrations (90/C 203/05) était en vigueur. Pour plus d'informations sur cette communication voir *Erdem*, Yan Sınırlamalar (Restrictions Accessoires), p. 319-326.

³⁶ Note d'information explicative sur la proposition du Règlement du Conseil au sujet du contrôle des concentrations datée du 11 Décembre 2002, p. 20, [www. Europa.eu.int](http://www.Europa.eu.int).

³⁷ L'importance de l'arrêt pourrait être résumée comme suit : sous les conditions expliquées ci-dessus, les interdictions reposant sur l'achat des actions des entreprises concurrentes et la préservation de ces dernières ont été également acceptés comme nécessaires et en lien direct avec la réalisation de l'opération de concentration. Cependant, cette restriction ne doit pas priver le cédant de son droit d'acheter des actions et de les tenir en main sans lui donner un droit d'appliquer un effet important de façon directe ou indirecte sur l'entreprise concurrente pour seul but l'investissement ou bien sans lui donner un droit d'assumer une fonction administrative.

des problèmes restés non résolus, et créant de ce fait une situation imprévisible, la Commission est chargée d'examiner ouvertement si la restriction est en lien direct ou non avec la concentration et si elle est nécessaire ou non. Dans les Annonces de la Commission, il est encore admis qu'une restriction non abordée ou non publiée et qui n'a pas fait l'objet d'une décision conduit à de nouveaux problèmes ou à des problèmes non résolus et cause, de ce fait, une situation imprévisible. (§21 du préambule du Nouveau Règlement).

La notification d'une concentration ne dépassant pas les seuils et n'ayant pas de dimension communautaire, n'est plus nécessaire, même si elle comprend les « restrictions accessoires ». Après avoir notifié que la concentration est compatible avec le Marché Commun, cette étude est réalisée soit par les autorités compétentes, soit par d'autres institutions.

Compte tenu des motifs exposés ci-dessus, une nouvelle disposition prévoyant que les restrictions accessoires directement liées et nécessaires à la formation de la concentration soient « considérées comme comprises » par les décisions d'attestation négative prises par la Commission, a été ajoutée aux articles 6.1(b), 8.1 et 8.2 du Nouveau Règlement. Le but de cette disposition est de faciliter les pratiques de la Commission relatives aux concentrations, et de les amener au même niveau avec les modifications portant sur les atteintes à la concurrence³⁸.

B. LES MODIFICATIONS RELATIVES A LA PROCÉDURE

1. Celles se rapportant à la notification (art. 4/1)

Le but de ces modifications est de permettre que l'examen de la concentration soit fait par l'autorité de concurrence la plus appropriée (la Commission ou les autorités nationales de concurrence).

a. Notification des projets de concentration – notification préalable

La notification d'une concentration de dimension communautaire se fait avant de commercer à l'application de la concentration mais après la conclusion du contrat ou l'offre publique d'achat ou bien la prise du contrôle.

³⁸ Note d'information explicative sur la proposition du Règlement du Conseil au sujet du contrôle des concentrations du 11 Décembre 2002, p. 20, www.europa.eu.int

Le Nouveau Règlement a supprimé les formalités bureaucratiques inutiles qui se trouvaient dans l'Ancien Règlement et a même permis de faire une notification avant la conclusion d'un contrat obligatoire. L'accord de principe, un « *memorandum of understanding* », la lettre d'intention signée par toutes les parties est suffisant pour la notification. En plus, pour accorder aux parties un délai plus flexible, l'obligation de notifier la concentration dans un délai d'une semaine suivant la conclusion de l'accord a été supprimée. De cette façon, les parties ont la possibilité de faire la notification avant ou après la conclusion de l'accord. Pourtant, selon l'article 4 du Nouveau Règlement, pour les notifications faites avant la conclusion du contrat, il faut que les parties montrent à la Commission qu'elles ont l'intention de conclure un contrat plus tard ou, s'il s'agit d'une offre publique d'achat susceptible de former une concentration de dimension communautaire, elles doivent faire preuve de leur bonne foi pour l'annonce de ladite offre au public.

b. Renvoi avant la notification

L'une des modifications importantes entraînées par le Nouveau Règlement est destinée à rendre plus efficace la répartition des dossiers entre la Commission et les autorités nationales pour le contrôle des opérations de concentration. Pour que ce but puisse être atteint, une utilisation plus active et efficace des mécanismes de renvoi aux autorités compétentes des Etats membres a été prévue. Cette nouvelle possibilité a reconnu aux parties, avec la notification faite avant la réalisation de l'opération de concentration, le droit de demander, par un mémoire motivé, le renvoi à un ou plusieurs Etats membres déterminés pour l'examen de la concentration. Auparavant, le droit de demande de renvoi était seulement reconnu aux Etats membres ou à la Commission.

ba. Renvoi aux Etats membres (art. 4/4)

Comme on l'a déjà indiqué en haut, les parties d'une opération de concentration peuvent désormais demander à la Commission que l'opération de concentration soit examinée par les autorités compétentes d'un ou de plusieurs Etats membres. Or, en vertu de l'article 4/4 du Nouveau Règlement, l'acceptation de cette demande n'est possible que si **la concentration risque d'affecter de manière significative la concurrence sur un marché à l'intérieur d'un État membre qui présente toutes les caractéristiques d'un marché distinct**. Cette nouvelle disposition permet l'examen des opérations par l'autorité compétente la plus

appropriée lorsque les parties manifestent des inquiétudes concernant l'influence de la concentration sur la concurrence existante dans les marchés nationaux.

La nouvelle procédure de renvoi peut être résumée comme suit:

- La Commission transmet sans délai ce mémoire à tous les Etats membres. L'Etat membre visé dans le mémoire motivé doit, dans un délai de quinze jours ouvrables suivant la réception du mémoire, exprimer son accord ou son désaccord sur la demande de renvoi de l'affaire. Lorsque cet Etat membre ne prend pas de décision dans ce délai, il est réputé être d'accord.
- La décision de renvoyer ou de ne pas renvoyer l'affaire doit être prise dans un délai de vingt-cinq jours ouvrables à compter de la réception du mémoire motivé par la Commission. Le renvoi n'est pas possible sans que l'Etat membre soit d'accord.
- La notification est faite à l'Etat membre dont l'affaire est renvoyée.
- Dans un délai de quarante-cinq jours ouvrables après le renvoi par la Commission, les autorités compétentes de l'Etat membre concerné informent les entreprises concernées des résultats de l'analyse concurrentielle préliminaire et des mesures supplémentaires qu'elles proposent de prendre le cas échéant.

bb. Renvoi à la Commission (article 4/5)

Au cas où la Commission n'aurait pas de compétence directe, les parties peuvent en outre profiter du principe de « *guichet unique (one-stop shop)* » qui détermine la compétence exclusive de la Commission. Selon l'article 4/5 du Nouveau Règlement, dans le cas d'une concentration qui n'a pas de dimension communautaire et qui est susceptible d'être examinée en vertu du droit national de la concurrence d'au moins trois États membres, les entreprises peuvent, avant toute notification aux autorités compétentes, informer la Commission, au moyen d'un mémoire motivé, que la concentration doit être examinée par elle. S'il est question d'une concentration pouvant avoir un effet dans trois Etats membres ou plus, et s'il est souhaité que l'examen soit fait par la Commission, il sera supposé que la concentration a une dimension communautaire et la notification devra être adressée à la Commission.

L'élargissement de la notion de « *guichet unique (one-stop shop)* » va remplir une fonction très importante pendant la période d'accroissement de l'Union. En effet, dans les concentrations n'atteignant pas la dimension communautaire, au lieu de faire une notification à plus d'un Etat membre, il est possible de faire une notification à la Commission en profitant de la nouvelle possibilité accordée par le Règlement.

Le but d'élargir le principe de « *guichet unique (one-stop shop)* » est de permettre l'examen des concentrations dans le milieu le plus convenable.

La nouvelle procédure peut être résumée ainsi :

- La Commission transmet sans délai le mémoire à tous les États membres. Les Etats membres concernés peuvent exprimer leur désaccord sur la demande de renvoi, dans un délai de quinze jours ouvrables suivant la réception du mémoire motivé.
- Même si un seul Etat membre exprime son désaccord, l'opération ne peut pas être renvoyée à la Commission.
- Si aucun Etat membre ne s'y oppose, la concentration est réputée avoir une dimension communautaire et la notification est faite à la Commission.

c. Renvoi après notification

Dans le Livre Vert, il a été mentionné que beaucoup d'obstacles relatifs aux dispositions des articles 9 et 22 de l'Ancien Règlement étaient rencontrés³⁹.

Le renvoi de l'affaire par les Etats membres après la notification a été facilité par le Nouveau Règlement,

ca. Renvoi aux Etats membres (article 9/2)

Selon l'article 9 de l'Ancien Règlement intitulé « Renvoi aux autorités compétentes des Etats membres », lorsqu'un Etat membre communiquait à la Commission qu'une opération de concentration menaçait de créer ou de renforcer une position dominante ayant

³⁹ Livre Vert du 11 Décembre 2001, Introduction, p. 19-25.

comme conséquence que la concurrence effective aurait été entravée de manière significative dans un marché à l'intérieur de cet Etat membre qui présentait toutes les caractéristiques d'un marché distinct, ou qu'une opération de concentration affectait la concurrence dans un marché à l'intérieur de cet Etat membre qui présentait toutes les caractéristiques d'un marché distinct et qui ne constituait pas une partie substantielle du marché commun (article 9/2 a, b de l'Ancien Règlement), si la Commission considérait qu'un tel marché distinct et une telle menace existaient, soit elle traitait elle-même le cas en vue de préserver ou de rétablir une concurrence effective sur le marché concerné, soit elle renvoyait tout ou une partie du cas aux autorités compétentes de l'Etat membre concerné en vue de l'application de la législation nationale sur la concurrence dudit État (article 9/3 de l'Ancien Règlement). Ainsi, au sujet des concentrations se réalisant dans un marché national isolé et séparé du reste de la Communauté et n'occupant pas une partie substantielle du marché, même si ces opérations dépassaient les seuils prévus à l'article 1^{er} du Règlement, l'article 9 de l'Ancien Règlement a prévu la possibilité de saisir les Etats membres concernés.

La disposition de l'article 9, connue également sous la dénomination de « *clause allemande* », posait dans la pratique d'importantes difficultés, particulièrement en ce qui concerne les preuves⁴⁰.

Selon le Nouveau Règlement, un Etat membre peut, dans le délai de quinze jours ouvrables à compter de la réception de la copie de la notification, de sa propre initiative ou sur invitation de la Commission, faire savoir à la Commission que:

- une concentration menace d'affecter de manière significative la concurrence dans un marché à l'intérieur de cet Etat membre qui présente toutes les caractéristiques d'un marché distinct, ou

⁴⁰ Sur l'article 9 de l'Ancien Règlement voir en détail, *Erdem, Birleşme ve Devralmalar* (Fusions et Acquisitions), p. 179 ss.

- une concentration affecte la concurrence dans un marché à l'intérieur de cet Etat membre qui présente toutes les caractéristiques d'un marché distinct et qui ne constitue pas une partie substantielle du marché commun.

La première condition a allégé la charge de preuve se trouvant à l'article 9/2 (a) de l'Ancien Règlement.

La Commission, si elle n'a pas engagé la procédure dans les trente-cinq jours ouvrables ; si elle l'a engagée dans un délai maximal de soixante-cinq jours ouvrables à compter de la notification de la concentration concernée, décide de renvoyer ou non l'opération aux Etats membres (article 9/4).

Dans un délai de quarante-cinq jours ouvrables après le renvoi par la Commission, les autorités compétentes de l'Etat membre concerné informent les entreprises concernées des résultats de l'analyse concurrentielle préliminaire et des mesures supplémentaires qu'elles proposent de prendre le cas échéant (article 9/6).

cb. Renvoi à la Commission (article 22/1)

L'article 22/3 de l'Ancien Règlement, nommé aussi clause néerlandaise (« *Dutch clause* »), apportait une exception à la règle générale relative à l'application du droit national aux concentrations n'atteignant pas la dimension communautaire. En effet, selon cette disposition, un Etat membre pouvait s'adresser à la Commission, s'il le considérait utile, pour que le Règlement (l'Ancien) soit appliqué à « *la concentration sans dimension communautaire, mais qui créait ou renforçait une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective aurait été entravée de manière significative sur le territoire de l'Etat membre et affectant le commerce entre Etats membres* » et la Commission allait alors, sur cette demande, décider au sujet de cette concentration. Pour l'applicabilité de cette disposition, deux conditions préalables devaient être remplies : la concentration ne devait pas être de dimension communautaire et la concurrence effective

aurait été entravée de manière significative sur le territoire de l'État membre, dans la mesure où cette concentration affectait le commerce entre États membres⁴¹.

En vertu de l'article 22 du Nouveau Règlement, un ou plusieurs États membres peuvent demander à la Commission d'examiner toute concentration qui n'est pas de dimension communautaire. Pour le renvoi à la Commission, les conditions suivantes doivent être remplies :

- La concentration doit affecter le commerce entre États membres; et
- La concentration doit menacer d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire du ou des États membres qui formulent cette demande.

Ces conditions ont remplacé la condition prévue à l'article 22/2 de l'Ancien Règlement concernant la preuve de la création d'une position dominante.

La Commission peut également informer un ou plusieurs États membres lorsqu'elle considère qu'une concentration répond aux critères énoncés à l'article 22/1. Dans ce cas, elle peut inviter ce ou ces États membres à présenter une demande sur la base de l'article 22/1. (article 22/5).

2. Celles se rapportant aux délais (article 10)

D'après l'Ancien Règlement, du fait que l'étude de la Commission était rattachée à un calendrier strict, l'examen des affaires lui parvenant a parfois causé de grandes difficultés. Dans le Nouveau Règlement, ces difficultés ont été prises en compte et un système permettant d'économiser du temps et apportant une souplesse dans la procédure a été mis en place. En outre, alors que dans l'ancienne disposition les délais étaient prévus en fonction des mois, des semaines et des jours, le Nouveau Règlement, dans une approche plus réaliste, les a réglés en fonction des jours ouvrables. De cette façon, le Nouveau Règlement a choisi d'éviter les confusions créées par les délais fixés en fonction des mois et des semaines. De même, des délais plus longs, bien définis et contrôlés, ont été accordés à la Commission pour l'évaluation des effets de la concentration sur la concurrence.

⁴¹ Sur l'article 22 de l'Ancien Règlement voir en détail, *Erdem*, Birleşme ve Devralmalar (Fusions et Acquisitions), p. 181 ss.

Alors que le délai prévu dans l'Ancien Règlement pour la I^{ère} Phase (« *Phase I* ») était d'un mois à partir de la date de réception de la notification, ce délai a été défini dans le Nouveau Règlement comme 25 jours ouvrables⁴². Par ailleurs, au cas où un Etat membre demanderait que l'affaire lui soit renvoyée ou que les parties proposent certains engagements, il a été prévu que ce délai serait alors de 35 jours ouvrables (article 10).

En ce qui concerne la II^{ème} Phase (« *Phase II* »), le délai maximal de quatre mois à compter de la date d'ouverture de la procédure a été converti, dans le Nouveau Règlement, en 90 jours ouvrables⁴³. En vertu du Nouveau Règlement, lorsque les entreprises concernées ne proposent pas des engagements dans un délai de 55 jours à partir du début de la II^{ème} Phase, mais qu'elles en présentent plus tard, le délai sera augmenté à 105 jours ouvrables. En outre, si les entreprises concernées le demandent dans les 15 jours ouvrables à partir du début de la II^{ème} Phase, ce délai peut être prolongé de 20 jours ouvrables. La Commission peut aussi prolonger de 20 jours les délais de 90 ou de 105 jours à tout moment durant la II^{ème} Phase, sous réserve de l'accord des parties notifiantes (article 10/3). Dans tous les cas, la durée totale des prolongations ne peut pas dépasser vingt jours ouvrables.

3. Celles se rapportant à la suspension des concentrations

La règle générale stipule que, avant la notification ou la prise d'une décision de constatation négative de la part de la Commission pour les opérations de concentration soumises à notification, les opérations de concentration ne peuvent pas être réalisées et qu'elles restent en suspens. Or, la disposition de l'article 7 du Nouveau Règlement prévoyant une exception au sujet des offres publiques d'achat a été élargie de façon à couvrir toutes les opérations d'acquisition réalisées par différents vendeurs par l'intermédiaire d'un marché tel qu'une bourse de valeurs. En outre, alors qu'auparavant, pour pouvoir profiter de cette disposition, il était suffisant que l'acquéreur utilise son droit de vote relatif aux actions, avec les nouvelles réglementations a été ajoutée à cet article la nécessité de notifier à la Commission sans perdre de temps l'opération de concentration concernée.

⁴² La I^{ère} Phase comprend la notification de la conformité ou non conformité de l'opération de concentration avec le Marché Commun et l'étude de celle-ci par la Commission. Sur ce sujet voir en détail, *Erdem, Birleşme ve Devralmalar* (Fusions et Acquisitions), p. 243-245.

⁴³ La II^{ème} Phase commence avec la décision d'instruction du fait que le résultat de l'étude réalisée sur l'opération de concentration conduit à des doutes sérieuses sur la compatibilité ou non de l'opération de concentration avec le Marché Commun et se termine avec une décision. Sur ce sujet voir en détail, *Erdem, Birleşme ve Devralmalar* (Fusions et Acquisitions), p. 243-345.

4. Celles se rapportant à l'effet des décisions de la Cour de Justice sur celles de la Commission (article 10/5)

Lorsque les décisions de la Commission sont annulées du fait qu'elles ne sont pas prises dans le délai fixé par le Règlement, selon Le Nouveau Règlement, la Commission doit procéder à une réexamination en commençant par la Ière Phase et ceci à la lumière des conditions prévalant alors sur le marché. En outre, selon la nouvelle disposition, il peut être nécessaire que les parties soumettent une nouvelle notification ou complètent leur notification originale sans délai si la notification originale est devenue incomplète à cause de changements des conditions du marché. La nouvelle disposition a apporté une base légale à la pratique suivie.

5. Celles se rapportant aux dispositions concernant l'exécution

Les pouvoirs d'exécution de la Commission ont été renforcés par le Nouveau Règlement et de nouveaux pouvoirs lui ont été reconnus. Les changements apportés ont pour but la réalisation d'une conformité avec le Règlement n°1/2003 concernant l'application des articles 81 et 82 du Traité.

a. Les nouveaux pouvoirs d'inspection (article 13)

Les pouvoirs d'inspection de la Commission ont été placés au même niveau que ceux accordés à la Commission par le Règlement n°1/2003 concernant l'application des articles 81 et 82 du Traité. Par conséquent, la Commission est investie du pouvoir de contrôler les livres et les autres documents en accédant à tous les locaux des entreprises. Dans le cadre de cette compétence, la Commission, pendant la période de contrôle, peut apposer des scellés sur des locaux commerciaux, des livres ou des documents et peut, en cas d'opposition, demander l'assistance nécessaire de la force publique ou d'une autorité répressive équivalente (article 13/6). Or, il est prévu que la Commission ne peut pas se rendre dans le logement des individus. De plus, la Commission a aussi le pouvoir de demander à tout représentant ou membre du personnel de l'entreprise des explications sur des faits ou des documents en rapport avec l'objet et le but de l'inspection et enregistrer ses réponses (article 13/2, e). De cette façon, le pouvoir d'inspection et de contrôle de la Commission qui posaient des problèmes dans la pratique a été clarifié.

En outre, selon le Nouveau Règlement, la Commission peut entendre, par téléphone ou par d'autres moyens électroniques, toute personne physique ou morale qui accepte d'être

interrogée afin de collecter des informations relatives à l'objet d'une enquête (article 11/7). Ce pouvoir relatif à la prise de déposition a rempli une lacune se trouvant dans le cadre des pouvoirs existants de la Commission. Lorsque la rapidité de la procédure de contrôle de la concentration est prise en compte, nous pensons que la prise de déposition par écrit ne représentait pas un moyen adéquate et efficace.

b. Pouvoir d'infliger des amendes et des astreintes

Le système des amendes fixées par l'Ancien Règlement a été modifié par les articles 14 et 15 du Nouveau Règlement en un système reposant sur le calcul d'un certain pourcentage défini selon le total des chiffres d'affaires de l'entreprise concernée. Ainsi, la compétence de la Commission de recourir aux amendes a été renforcée.

Selon l'article 14/1 du Nouveau Règlement, les entreprises, dans le cas où elles fournissent des renseignements inexacts ou dénaturés à la Commission dans un mémoire, une notification ou une certification, ou dans le cas où elles refuseraient de donner des informations à la Commission, seront infligées d'une amende allant jusqu'à 1% du chiffre d'affaires total réalisé. Lorsque la base de 50.000 € prévue dans l'Ancien Règlement est prise en compte, il est possible de voir à quel point le pouvoir de la Commission d'infliger des amendes a été renforcé.

Quant aux astreintes, selon l'article 15/1 du Nouveau Règlement, dans le cas où une entreprise s'abstiendrait de respecter la décision de la Commission, elle serait soumise à une astreinte jusqu'à concurrence de 5 % du chiffre d'affaires total journalier moyen de l'entreprise concernée par jour ouvrable de retard à compter de la date que la Commission fixe dans sa décision.

c. Le pouvoir de prendre des mesures provisoires

L'article 8/5 du Nouveau Règlement a clarifié le pouvoir de la Commission de prendre des mesures provisoires. Selon cette disposition, la Commission peut prendre des mesures provisoires appropriées pour rétablir ou maintenir les conditions d'une concurrence effective lorsqu'une concentration a été réalisée sans respecter l'obligation de notification et qu'aucune décision n'a encore été prise concernant sa compatibilité avec le marché commun ou qu'elle a été réalisée en violation d'une condition dont est assortie une décision de compatibilité ou encore qu'elle a déjà été réalisée et déclarée incompatible avec le marché commun.

IV. LES EFFETS ÉVENTUELS DU NOUVEAU RÈGLEMENT SUR LE DROIT TURC DE LA CONCURRENCE ET NOS PROPOSITIONS

A. LA RÉGLEMENTATION ACTUELLE EN GRANDES LIGNES

Il est évident que les travaux d'adaptation du droit Turc avec les acquis communautaires en fonction de la demande d'adhésion de la Turquie à l'Union Européenne se poursuivent dans la plus grande rapidité. L'un des exemples récents de ces travaux est la Loi relative à la protection de la concurrence (« LRPC ») n° 4054 du 7 décembre 1994. La LRPC contient des dispositions parallèles aux articles 81 et 82 du Traité et au Règlement n°4064/1989/CE du 21 Décembre 1989 du Conseil relatif au Contrôle des Opérations de Concentration entre Entreprises. Outre la LRPC, au sujet du contrôle des concentrations, le Conseil de concurrence a publié le Communiqué n° 1997/1 du 12 août 1997 intitulé « Fusions et Acquisitions Soumises à l'Autorisation du Conseil de Concurrence ».

Le Conseil de concurrence, en toute conformité avec les fondements de l'article 167 de la Constitution, pour empêcher les ententes, décisions et pratiques concertées susceptibles d'entraver la concurrence, pour empêcher également les abus de position dominante et pour préserver la concurrence en mettant en place les réglementations et contrôles nécessaires, a régulé au cours des 5 dernières années le milieu concurrentiel en Turquie en publiant de nombreux arrêts et communiqués, à l'issue d'un travail intensif.

Le fait que le premier communiqué publié par le Conseil de Concurrence soit relatif aux fusions et acquisitions soumises à l'autorisation du Conseil de concurrence démontre de l'importance accordée par le Conseil au contrôle des concentrations. Le Conseil a préparé ce communiqué en s'inspirant largement du Règlement n°4064/89, et dans la pratique, a bien observé la pratique et les arrêts de la Commission. Nonobstant, le Règlement n°1310/97 modifiant le Règlement n°4064/89 n'a pas été pris en compte dans le processus de préparation du Communiqué n° 1997/1, ce qui a causé d'importants problèmes au niveau de l'admission des entreprises communes comme forme de concentration.

Dans ce contexte, le Nouveau Règlement influencerait, sans aucun doute, le droit turc. Car la LRPC et les Communiqués, s'étant inspirés de la pratique et de la législation de l'Union Européenne, contiennent des dispositions et des mécanismes analogues.

Dans ces conditions, en examinant la situation économique et sociale de notre pays et leur influence sur la concurrence existant à l'intérieur des frontières de la Turquie, il serait

juste de se demander s'il convient ou non de faire des modifications dans la LRPC et/ou dans les Communiqués.

Nous pouvons déjà annoncer qu'une partie des inconvénients nécessitant des nouveautés en droit de la concurrence Européenne sont aussi valables pour le droit turc.

En droit turc, les opérations considérées comme fusions et acquisitions sont prévues à l'article 7 LRPC et à l'article 2 du Communiqué n°1997/1. Selon ces dispositions, (a) la fusion d'au moins deux entreprises indépendantes ; (b) le contrôle ou l'acquisition d'un patrimoine, des participations ou des moyens permettant d'avoir des droits dans l'administration et (c) les entreprises communes n'ayant pas pour but ou effet de restreindre la concurrence sont considérés⁴⁴ comme des fusions et des acquisitions.

L'article 7 LRPC régissant le contrôle des fusions et acquisitions peut être critiqué sous plusieurs points:

- Le texte de l'article n'est ni clair et ni compréhensible: il n'apparaît pas clairement dans quel cas une opération de fusion et acquisition est prohibée. A notre avis, pour qu'une opération de fusion ou acquisition soit prohibée, il ne suffit pas qu'une position dominante soit créée ou renforcée, il faut aussi que la concurrence effective soit entravée.
- La sanction prévue par ledit article n'est pas bien exprimée : il est insignifiant que les fusions ou acquisitions créant une position dominante ou renforçant une position dominante de manière à entraver la concurrence de manière significative soient à la fois interdites et à la fois illégales. De toute façon, lorsqu'une opération est prohibée, elle est naturellement illégale.
- L'article ne fait pas du tout référence aux entreprises communes comme type de fusion et acquisition. Cette situation crée une contradiction entre cet article et le Communiqué n° 1997/1 ; le Communiqué règle une possibilité non prévue par la LRPC.
- Afin d'assurer une compatibilité complète entre la loi et le communiqué, certaines dispositions du Règlement n°1997/1 doivent être réglées en premier lieu par l'article 7 de la LRPC. Dans sa teneur actuelle, toutes les dispositions du

⁴⁴ Il est à signaler que ni la LRPC ni le Communiqué n° 1997/1 ne parle pas de « concentrations », le terme technique juridique utilisé est « fusions et acquisitions ».

Communiqué qui ne sont pas expressément réglées par la LRPC restent sans fondement.

B. NOS PROPOSITIONS

Avec les changements apportés par le Nouveau Règlement, l'article 7 est devenu incompatible avec la législation en vigueur de l'UE et encore plus insuffisant. Pour cette raison, en modifiant cet article dans le but de le rendre conforme au Nouveau Règlement, nous proposons que les modifications suivantes soient prises en considérations⁴⁵ :

- **Utilisation de la notion de « concentration » plutôt que de la notion de « fusion et acquisition ».**

Lorsque nous examinons l'article 7 LRPC et le Communiqué n° 1997/1, nous remarquons que du point de vue du droit de la concurrence, les notions de fusion et d'acquisition sont des notions bien plus larges par rapport aux fusions au sens technique régies par le Code Turc de Commerce, et qu'elles expriment la centralisation du pouvoir économique à l'intérieur d'une certaine structure, et de ce fait, la concentration de celui-ci dans un milieu précis. Face aux réglementations larges de l'article 7 LRPC et de l'article 2 du Communiqué n° 1997/1, au lieu des termes de « fusions et acquisitions » qui ne reflètent, au sens propre du terme, ni la situation juridique, ni la situation économique, nous proposons d'utiliser la notion de « concentration » qui est désormais une notion établie en droit turc⁴⁶.

- **Le critère de « changement durable du contrôle » doit être prévu.**

En droit turc, la notion de « contrôle » a été utilisée, pour les concentrations, seulement dans le Communiqué n° 1997/1 et ceci d'une façon désastreuse et critiquée du point de vue doctrinal⁴⁷. Le fait qu'un critère ne prenant pas place dans l'article 7 LRPC ait été prévu par le Communiqué est non seulement contraire à la technique juridique, mais présente aussi une maladresse du point de vue de la sécurité juridique ; alors que le Conseil de Concurrence,

⁴⁵ Avant l'adoption du Nouveau Règlement, la doctrine soutenait que l'article 7 LRPC devait être révisée et de nombreux dispositions ont été citées au titre d'exemple. Voir *Erdem*, Birleşme ve Devralmalar (Fusions et Acquisitions) p. 117 ss.

⁴⁶ Pour cette proposition et la discussion des différents points de vue, voir *Erdem*, Birleşme ve Devralmalar (Fusions et Acquisitions), p. 42 ss.

⁴⁷ *Pour la critique de cette disposition, voir Erdem*, Birleşme ve Devralmalar (Fusions et Acquisitions), p. 288-289.

aussi bien dans son application que dans ses décisions, a toujours mis au premier plan la notion de « contrôle ». Pour cette raison, afin d'établir une concordance entre l'article 7 LRPC et le Communiqué et de refléter la pratique actuelle du Conseil de Concurrence, nous pensons qu'il serait préférable d'indiquer clairement que le « changement durable du contrôle » est le critère essentiel concernant les fusions et acquisitions.

- **Le critère d'« entraver de manière significative une concurrence effective » doit être appliqué lors de la détermination des fusions et des acquisitions prohibées**

Bien qu'il contienne le critère de la restriction de façon significative de la concurrence, la teneur peu soignée de l'article 7 LRPC crée des doutes auprès de la doctrine sur le fait de savoir comment cette disposition devrait être appliquée et interprétée avec le critère de position dominante. Par conséquent, l'article a créé des controverses⁴⁸. Lorsqu'on fait une étude historique des décisions du Conseil de Concurrence, il apparaît que dans les décisions anciennes, seule une analyse de la position dominante a été réalisée, alors que plus tard, les effets de la position dominante sur la concurrence effective ont été pris en compte. A notre avis, il serait avantageux, pour un contrôle plus effectif, que le critère d' « entraver de manière significative une concurrence effective » soit mis au premier plan et que la création ou le renforcement d'une position dominante soient considérés comme des exemples pour ledit critère.

- **Les restrictions accessoires doivent être réglées par un Communiqué.**

Comme exposé ci-dessus, des modifications concernant les restrictions accessoires ont été réalisées par le Nouveau Règlement. Les restrictions accessoires, en droit turc, bien qu'elles ne soient ni réglementées dans la LRPC, ni dans le Communiqué mais trouvent leur expression dans les décisions du Conseil de Concurrence, expriment toutes sortes de prohibitions de concurrence limitées par un délai convenable, objectif, raisonnable et indispensable pour la réalisation de l'opération de fusion et acquisition en pleine conformité avec les anticipations des entreprises concernées. Le Conseil de Concurrence essaie de remplir cette lacune par ses décisions et suit les développements du droit communautaire. Avec le Nouveau Règlement, l'obligation d'obtenir une décision de compatibilité pour une restriction accessoire indépendamment des opérations principales de concentration a été

⁴⁸ Pour les discussions voir Erdem, Birleşme ve Devralmalar (Fusions et Acquisitions), p. 114 ss.

abrogée, et une déclaration de conformité pour l'opération principale couvrant également les restrictions accessoires est prévue. En ce sens, nous admettons qu'il serait préférable que les restrictions accessoires, dans le cadre du droit turc de la concurrence, soient régies soit par la LRPC, soit par un communiqué du Conseil de Concurrence.

- **La notification de l'opération de concentration doit être permise avant la conclusion d'un contrat ayant force obligatoire.**

Nous sommes persuadés que la possibilité de notification avant la conclusion d'un contrat ayant force obligatoire et avant la réalisation de l'opération de concentration, telle qu'elle est prévue par le Nouveau Règlement, serait également nécessaire pour le droit turc de la concurrence non seulement pour faciliter la procédure que suit le Conseil de Concurrence mais également pour permettre aux parties de comprendre si le contrat (en négociation) est contraire ou non à la LRPC, avant qu'elles assument des engagements définitifs.

- **Les amendes doivent être révisées.**

La LRPC, en suivant le système de l'Ancien Règlement, prévoit que les amendes et les astreintes soient calculées selon des montants fixés. Le Nouveau Règlement, qui s'éloigne de ce système, stipule que les amendes et astreintes sont calculées à partir d'un certain pourcentage du chiffre d'affaires de l'entreprise concernée. De cette façon, le pouvoir de la Commission d'infliger des amendes a été renforcé. En fonction des changements économiques, il s'avère que les amendes fixées sont parfois très élevées, parfois très faibles. Dans une telle situation, les amendes n'ont ni un caractère dissuasif, ni un caractère répressif. Pour cette raison, nous proposons de suivre en droit turc la nouvelle approche du Nouveau Règlement et de prévoir des amendes et des astreintes « proportionnelles » calculées à partir d'un certain pourcentage des chiffres d'affaires.