

## **Droit des concentrations (février 2017-déc. 2017)**

**Thibault DELAVENNE, doctorant en droit à l'Université de Lille, Centre de Recherches Droits et Perspectives du Droit (EA n° 4487)**

Le droit des concentrations souffre certainement de sa réputation de technicité économique. Il faut dire que cette branche du droit de la concurrence de l'UE fait appel à des études de prospective économique de haute volée, et n'est pas aisée à appréhender dans ses points de détails procéduraux. Il est de plus un droit très récent<sup>1</sup>. Pourtant, il s'agit sans doute là de la branche du droit de la concurrence démontrant le plus clairement l'investissement politique de l'Union européenne dans la régulation de l'économie. Car autant le droit des pratiques anticoncurrentielles<sup>2</sup> peut se baser en grande partie sur des considérations d'égalité pratique entre concurrents économiques, autant le droit des concentrations est avant tout un droit prospectif, d'anticipation des situations. Il rejoint sur ce point le contrôle des aides d'État<sup>3</sup>, se différenciant de celui-ci par une position de départ inverse<sup>4</sup> et avec un système d'analyse économique beaucoup plus poussé. En cela, puisqu'il permet à la Commission européenne d'anticiper les situations, il lui permet aussi, en un sens, de choisir l'avenir qu'elle souhaite pour le marché économique. C'est donc un droit éminemment politique. On peut le voir à travers ses décisions autorisant des concentrations sous conditions dans de nombreux domaines (*cf.* les précédentes notes du *blogdroiteuropéen* sur les concentrations : pour octobre 2016 [cliquez ici](#) et pour février 2017 [cliquez ici](#)). La présente note couvre cette actualité, des mois de février 2017 à décembre 2017.

L'actualité récente démontre tout d'abord le caractère encore récent de ce droit, à travers la première question préjudicielle à laquelle la Cour a eu à répondre dans ce domaine. La question est technique : la Cour admet l'inapplication du droit des concentrations aux

---

<sup>1</sup> Voy. pour un rappel historique et politique des enjeux liés au contrôle des concentrations : SOUTY, François, *Le droit et la politique de concurrence de l'Union européenne*, Paris : Montchrestien, 2013, p. 109 et s.

<sup>2</sup> *Cf.* pour la précédente note d'actualité du *blogdroiteuropéen* en matière de pratiques anticoncurrentielles : Mazouni K., Les pratiques anticoncurrentielles, NADCUE 5/2017, *Blogdroiteuropéen*, octobre 2017, [cliquez ici](#).

<sup>3</sup> *Cf.* pour la précédente note d'actualité du *blogdroiteuropéen* en matière d'aides d'État : Delavenne T., « Les aides d'État », NADCUE 4/2017, *Blogdroiteuropéen*, octobre 2017, [cliquez ici](#).

<sup>4</sup> Les aides d'État sont en effet interdites par principe, sauf exception, alors que les concentrations sont par principe autorisées, sauf si elles portent atteinte à la concurrence.

créations d'entreprises communes non-autonomes (I). L'actualité de l'année 2017 permet aussi de mieux comprendre les mécanismes d'enquête de la Commission sur les concentrations, tout d'abord à travers deux décisions de refus de concentration (II), mais aussi à travers un arrêt du Tribunal de l'Union du 26 octobre 2017, *KPN*, explicitant les attentes juridictionnelles en matière de légalité de ces décisions (III). Enfin, l'actualité est particulièrement riche cette année pour le droit des concentrations, puisque la Commission semble vouloir frapper les esprits avec une montée en puissance des amendes dans ce domaine, illustrée par la décision de condamner Facebook à une amende de 110 millions d'euros (IV). Ces amendes sont néanmoins elles aussi soumises à un contrôle juridictionnel étendu, que l'on peut observer plus particulièrement à travers un autre arrêt du Tribunal du 26 octobre confirmant l'amende de vingt millions d'euros exigée après l'acquisition précipitée de Morpol par Marine Harvest en 2012 (V).

**Mots-clés** : concurrence ; contrôle des concentrations ; entreprise commune de plein exercice ; pouvoirs de la commission ; décision de compatibilité ; décision de compatibilité sous conditions ; engagements ; décision d'incompatibilité ; obligation de motivation ; sanctions ; amendes ; question préjudicielle ; contrôle juridictionnel.

### **I - Première question préjudicielle en droit des concentrations : la transformation d'une entreprise en entreprise commune non autonome est exclue du contrôle des concentrations**

[CJCE, 7 septembre 2017, aff. C-248/16, Austria Asphalt GmbH & Co OG contre Bundeskartellanwalt : ECLI:EU:C:2017:643](#)<sup>5</sup>

Le droit européen des concentrations est encore assez jeune : la présente décision le démontre une nouvelle fois. Elle résulte en effet de la première question préjudicielle d'interprétation dans ce domaine posée par une juridiction nationale à la Cour de justice. Pour souligner ce moment presque historique, l'Avocate générale Juliane KOKOTT rappelle le romantique souvenir du chevalier Ulrich von Liechtenstein (1200-1275), qui le premier citait la petite ville de Mürzzuschlag (Autriche) dans son poème courtois *Frauendienst* (au service de la Dame), où se situe l'intrigue ou plutôt, la concentration en question. Malgré sa taille modeste (8.592 habitants en 2017), la ville de Mürzzuschlag, outre la chance d'avoir parmi ses natifs un récipiendaire du prix Nobel de littérature, est en effet aussi le lieu d'activité d'une importante centrale de mixage d'asphalte, cible de l'opération économique étudiée ici.

<sup>5</sup> Cf. IDOT, Laurence, « Transformation d'une filiale préexistante en filiale commune », Europe, 2017, n° 11, comm. 421 ; et DECOCQ, Georges, « Le contrôle des concentrations ne s'applique qu'aux opérations communes de plein exercice », Contrats Concurrence Consommation 2017, n° 11, comm. 229.

L'usine en question appartient entièrement à un premier groupe d'entreprises (Porr AG, à travers sa filiale exclusive Teerag Asdag AG) à qui elle fournit exclusivement sa production. Ce premier groupe envisage toutefois de créer une entreprise commune avec un autre groupe de sociétés (Stabag SE, à travers sa filiale Austria Asphalt GmbH), pour partager conjointement à la fois ce contrôle et la production de cette centrale. L'opération est notifiée auprès de l'Autorité fédérale de la concurrence autrichienne.

Interrogé sur la question, un premier juge autrichien déclare l'Union européenne compétente pour cette opération. Cette décision est attaquée devant la Cour suprême autrichienne qui, devant l'absence d'interprétation juridictionnelle ferme de la notion de « création d'une entreprise commune » au sens de l'article 3, paragraphe 4 du règlement n° 139/2004 sur les concentrations<sup>6</sup>, renvoie la question en interprétation auprès de la Cour de justice. Concrètement dans cette affaire, la Cour de renvoi se demande si l'exception de non-autonomie doit être aussi appliquée dans le cas où l'entreprise commune n'est pas une nouvelle entité, mais une entité déjà existante qui d'exclusive devient conjointe. En effet, de cette réponse dépend l'articulation du droit des concentrations avec le droit des ententes (A). La CJUE répond positivement à cette question (B). On notera que toute cette affaire, en tant que première question préjudicielle illustre bien la jeunesse et le caractère complexe du droit des concentrations, divisé entre les autorités nationales et européennes (C).

#### **A. L'articulation du droit de la concentration au droit des ententes dans le cas des entreprises communes de plein exercice**

L'affaire posait le problème de l'interprétation croisée du paragraphe 1, point b, et du paragraphe 4 de l'article 3 du règlement n° 139/2004. Le paragraphe 1 point b prévoit qu'une *acquisition dans une entreprise* résultant en un changement durable du contrôle est réputée être une concentration entre le nouvel actionnaire et l'ancien actionnaire de l'entreprise. Une telle opération est donc soumise d'office au contrôle des concentrations. Le paragraphe 4 quant à lui prévoit que « la *création* d'une entreprise commune accomplissant de manière durable *toutes les fonctions d'une entité économique autonome* constitue une concentration » (c'est nous qui soulignons). Le Cour suprême autrichienne demande en substance s'il faut considérer que l'exception de non-autonomie prévue au paragraphe 4 de l'article 3 s'applique aussi aux opérations de prise de contrôle dans une entreprise existante prévues à l'article 1. Cette distinction entraîne en effet des effets importants, puisqu'au cas où l'exception est applicable, une opération comme celle qu'envisage Austria Asphalt et Teerag

---

<sup>6</sup> Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises : JO L 24 du 29 janvier 2004, p. 1-22.

Asdag n'est pas une concentration. À l'inverse, une interprétation stricto sensu implique qu'une entreprise commune non-autonome mais pré-existante est tout de même soumise au droit européen des concentrations.

Il s'agit là principalement d'un problème d'articulation entre le droit des concentrations et le droit des ententes lorsque deux entreprises agissent de concert au sein d'une même entreprise. Une telle opération est particulièrement contrôlée en droit de la concurrence pour ses effets potentiels à la fois sur la structure de la concurrence, mais aussi en termes de coordination des comportements<sup>7</sup>. Toutefois, alors que le droit des ententes fonctionne *a posteriori*, le droit des concentrations est un droit préventif visant à traiter des problèmes concurrentiels éventuels d'une opération économique de concentration sur le marché européen. La réglementation des concentrations est donc particulièrement prudente dans la définition des opérations économiques soumises à un tel contrôle, afin de ne soumettre trop d'opérations économiques privées à un système d'autorisations publiques préalables. Notamment, les opérations conjointes n'entraînant *normalement* pas d'effets concurrentiels sur le marché ne sont pas soumises à ce contrôle préventif, mais uniquement au contrôle *a posteriori* des ententes. Pour cela, le règlement n° 139/2004 prévoit que les entreprises communes non-autonomes ou destinées à disparaître rapidement ne relèvent pas de du contrôle des concentrations. La Cour souligne que ces entreprises restent néanmoins soumises aux autres branches du droit de la concurrence, et notamment le droit des ententes<sup>8</sup>.

## **B. L'interprétation téléologique de la Cour sur la condition de plein exercice des nouvelles entreprises communes**

Dans le droit des concentrations, la question de la création de nouvelles filiales est un point particulièrement sensible. La Commission a éclairci les règles applicables à travers une communication relative à la notion d'entreprises communes de plein exercice en 1998<sup>9</sup>, remplacée depuis par une communication juridictionnelle plus générale du 16 avril 2008 relative au contrôle des opérations de concentration entre entreprises<sup>10</sup>. Toutefois, cette

---

<sup>7</sup> PETIT, Nicolas, *Droit européen de la concurrence*, Paris : Montchrestien, 2013, p. 425.

<sup>8</sup> Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité : JO du 4 janvier 2003, p. 1.

<sup>9</sup> Communication de la Commission relative à la notion d'entreprises communes de plein exercice au sens du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises : JO C 66 du 2 mars 1998, p. 1.

<sup>10</sup> Communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises : JO C 95 du 16 avril 2008, p. 1.

communication, si elle explicite les conditions applicables pour déterminer si une entreprise est autonome ou non, n'indique pas si l'exception de non autonomie ne s'applique qu'au cas d'une création d'entreprise, ou si elle s'applique aussi dans le cas d'une transformation d'une entreprise existante.

La jurisprudence n'ayant pas non plus eu à trancher la question, la Cour doit particulièrement dans cet arrêt réfléchir sur ses méthodes d'interprétation extra-textuelles (point 20). La Commission, à l'inverse de l'Avocate générale, penchait pour une interprétation lui permettant de soumettre au contrôle des concentrations un maximum de cas. Elle choisit donc d'arguer dans le sens d'une lecture littérale, aboutissant à ce que la non-autonomie n'exonère pas les opérations modifiant les entreprises déjà existantes du contrôle des concentrations. L'Avocate générale propose une solution inverse, soutenant que la condition d'autonomie s'applique à la fois pour les créations *et* pour les autres opérations aboutissant à l'existence d'une entreprise commune. La Cour, de son côté, rappelle que pour interpréter le droit européen au-delà des textes, elle prend classiquement en considération à la fois la finalité et l'économie générale de la réglementation en cause<sup>11</sup>.

En l'occurrence, l'exception de non-autonomie vise à éviter de soumettre au droit préventif et lourd des concentrations les opérations où deux sociétés s'accordent à détenir conjointement une entreprise sans activité propre sur le marché. L'économie générale de cette règle l'intègre d'ailleurs dans les considérations de politique économique générale de l'Union. Le droit des concentrations étant plus lourd en termes de réglementation que le droit de la concurrence général, il est d'exception par rapport à celui-ci. La solution est alors d'appliquer la condition d'autonomie dans tous les cas, malgré la formulation littérale du paragraphe 4 de l'article 3 ne prévoyant son application que dans les cas de « création ».

### **C. Un arrêt exemplaire de la rareté du contentieux en droit des concentrations**

Au-delà de son aspect technique, cet arrêt nous rappelle surtout que le contentieux des concentrations est encore très largement sous-développé, malgré ses enjeux et ses opérations économiquement importantes<sup>12</sup>. Il faut garder à l'esprit que le droit des concentrations est encore jeune et ne concerne qu'un nombre restreint d'opérations, puisque son traitement est

---

<sup>11</sup> Cf. CJCE, 31 mars 1998, aff. C-68/94 et C-30/95, *France e. a. c/ Commission*, ECLI:EU:C:1998:148, point 168.

<sup>12</sup> VALLINDAS, Georges, « Le contentieux des concentrations dans l'Union européenne : une coquille devenue vide ? », in GIACOBBO-PEYRONNEL, Valérie, VERDURE, Christophe (dir.), *Contentieux du droit de la concurrence de l'Union européenne : questions d'actualité et perspectives*, Bruxelles : Bruylant, 2017, p. 205-249.

partagé avec les États-membres selon des seuils économiques et transfrontaliers (environ 300 opérations par an au niveau européen). Concernant les questions préjudicielles, vu la répartition du traitement des opérations, celles-ci ne peuvent être soulevées qu'à l'occasion d'un doute sur l'articulation du droit entre Union et États-membres (ce qui est le cas ici). Or, des mécanismes assez importants de dialogue ont été développés en droit des concentrations, notamment le *EU Merger Working Group* en 2010 au sein du Réseau Européen de la Concurrence. Ce groupe de travail a d'ailleurs abouti à la rédaction d'un texte non-obligatoire présentant les meilleurs pratiques de coopération entre les autorités nationales responsables du contrôle des concentrations<sup>13</sup>. Le dialogue direct entre les autorités de concurrence sur l'interprétation du droit, leur efficacité juridique et la répartition assez claire des contrôles limitent donc le dialogue par la voie préjudicielle et la probabilité de retrouver un exemple de ce type de contentieux en matière de concentration dans un futur proche. Enfin, l'absence de contentieux démontre sans doute la bonne acceptation des décisions de la Commission sur les concentrations. Ces décisions sont en effet « négociées » avec les personnes concernées lors d'une phase d'enquête pouvant aboutir à des autorisations « sous engagements »<sup>14</sup>, et les décisions de refus sont extrêmement rares.

## **II - Décisions refusant des concentrations : Deutsche Börse/London Stock Exchange et HeidelbergCement/Schwenck/Cemex Croatie**

*Décision de la Commission du 29 mars 2017 déclarant une concentration incompatible avec le marché intérieur et avec le fonctionnement de l'accord EEE — Affaire M.7995 — Deutsche Börse/London Stock Exchange : [C\(2017\) 2006](#) ;*

L'affaire a fait grand bruit dans les médias, vu son importance économiques (21 milliards d'euros) et stratégique<sup>15</sup>. En l'occurrence, les engagements proposés par la Commission ont été refusés par London Stock Exchange. La Commission proposait notamment la vente d'une entreprise importante sur un marché qui aurait été sinon monopolisé, et d'une petite entreprise-clef dont l'indépendance aurait permis d'assurer une viabilité économique à l'entreprise plus importante. Alors qu'il incombe aux parties de formuler des contre-propositions si elles le souhaitent, celles-ci ont simplement refusé la vente de cette deuxième

<sup>13</sup> EU Merger Working Group, « Best Practices on Cooperation between EU National Competition Authorities in Merger Review », adopted 8 novembre 2011 : [disponible ici](#).

<sup>14</sup> Cf. PETIT, Nicolas, *op. cit.*, p. 491 ; et FRENEAUX, Lucile, « L'efficacité du recours aux engagements en matière de contrôle des concentrations », *RIDE* 2007/1, p. 43-67.

<sup>15</sup> RUDDICK, Graham, « London Stock Exchange and Deutsche Börse merger blocked by EU », *The Guardian* 29 march 2017.

entreprise, de plus à la toute dernière minute. La Commission, dans l'impossibilité de continuer les discussions vu les délais, a donc logiquement bloqué cette fusion, qui réduisait drastiquement le nombre d'opérateurs encore actifs sur ce marché très sensible politiquement.

*Décision de la Commission du 5 avril 2017 déclarant une concentration incompatible avec le marché intérieur et avec le fonctionnement de l'accord EEE — Affaire M.7878 — HeidelbergCement/Schwenk/Cemex Hungary/Cemex Croatia : [C\(2017\) 1650](#).*

Une deuxième opération de concentration a été interdite par la Commission, dans une affaire où cette concentration aurait amené à une position dominante de 70% des parts du marché du ciment dans certaines régions croates. Les analyses de la Commission démontraient d'ailleurs que cette concentration aurait abouti à une augmentation sensible des prix. Les engagements proposés par les parties n'étant pas suffisantes (accès au réseau, mais sans vente d'actifs), la Commission a donc bloqué ce rachat en commun. Les décisions de la Commission peuvent faire l'objet de contrôle juridictionnel, comme dans l'affaire KPN.

### **III - Contrôle juridictionnel d'une décision d'approbation : obligations de motivation et de d'analyse de tous les marchés en cause**

[Trib. UE, 26 octobre 2017, aff. T-394/15, KPN c/ Commission : ECLI:EU:T:2017:756 Trib. UE, 26 octobre 2017, aff. T-394/15, KPN c/ Commission : ECLI:EU:T:2017:756](#) <sup>16</sup>

Comme le remarque Laurence IDOT dans son commentaire de cet arrêt, bien que celui-ci ne soit pas destiné à être publié au recueil de jurisprudence de la Cour, l'arrêt T-394/15 mérite d'être commenté. Nous rajouterons qu'il a aussi le mérite d'être le seul arrêt du tribunal sur la période chroniquée à l'exclusion de l'arrêt *Marine Harvest*, tant les contentieux sont rares<sup>17</sup> ! Il s'agit en l'occurrence d'une demande de vérification de la légalité de la décision de la Commission autorisant une concentration par une entreprise concurrente. Le raisonnement pour ce qui concerne les concentrations étant par définition un contrôle prospectif, il ne saurait atteindre une vérité mathématique parfaite. Pourtant, dans cette affaire, le Tribunal invalide la décision de la Commission sur le moyen de ce que l'analyse économique n'aurait

<sup>16</sup> Cf. IDOT, Laurence, « Effet vertical d'une opération et motivation », Europe, 2017, n° 12, comm. 469.

<sup>17</sup> Cf. VALLINDAS, Georges, « Le contentieux des concentrations dans l'Union européenne : une coquille devenue vide ? », in GIACOBBO-PEYRONNEL, Valérie, VERDURE, Christophe (dir.), *Contentieux du droit de la concurrence de l'Union européenne : questions d'actualité et perspectives*, Bruxelles : Bruylant, 2017, p. 205-249.



pas été entièrement menée à son terme dans certains domaines. Pour sa défense, la Commission indique que l'analyse économique n'a pas été poussée sur certains effets verticaux potentiels de l'opération de concentration car ceux-ci n'apparaissaient pas problématiques. Mais, comme le rappelle le Tribunal, une définition adéquate du marché en cause est une « condition nécessaire et préalable » à l'analyse économique de la Commission<sup>18</sup>. En l'absence de motivation complète sur le sous-marché en cause, alors de plus que la requérante avait attiré l'attention de la Commission sur ce point lors de l'enquête, la décision de la Commission est entièrement annulée. Toutefois, même si la nouvelle analyse approfondie devait démontrer un effet significatif sur la concurrence, il est peu probable que la fusion soit annulée, et bien plus probable que seuls de nouveaux engagements soient requis de l'entreprise à l'issue d'une nouvelle analyse de la Commission.

À côté des décisions d'autorisation ou d'interdiction, la Commission peut aussi, une fois une opération de concentration réalisée, sanctionner les entreprises pour leur comportement dans cette opération. Ces deux types de décisions ne sont évidemment pas soumises au même régime juridique.

#### **IV - Sanction de 110 millions d'euros à l'encontre de Facebook pour avoir communiqué des informations erronées**

*Décision de la Commission du 18 mai 2017 infligeant des amendes au titre de l'article 14, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil en raison de la fourniture, par une entreprise, de renseignements inexacts ou dénaturés — Affaire M.8228 — Facebook/WhatsApp : [C\(2017\) 3192](#)*

Le 18 mai 2017 est certainement une date à inscrire sur les tables de bronze du droit européen des concentrations, avec une amende atteignant pour la première fois la somme astronomique de 110 millions d'euros. Il s'agit là d'une volonté politique de la Commission de mieux sanctionner les infractions au droit des concentrations, et d'une stratégie de communication qui n'est pas destinée uniquement à l'entreprise pénalisée<sup>19</sup>.

Cette amende est infligée à Facebook pour avoir visiblement délibérément menti, lors de sa notification préalable à l'achat de la société WhatsApp, sur ses capacités à effectuer des croisements de bases de données avec cette dernière entité. Il lui est précisément reproché d'avoir déclaré dans l'affaire M.7217 ne pas pouvoir mettre en oeuvre une correspondance entre les comptes d'utilisateurs des deux sociétés, alors que l'enquête subséquente de la Commission a prouvé qu'elle savait à l'époque que cela était faux.

<sup>18</sup> CJCE, 31 mars 1998, aff. C-68/94 et C-30/95, *France e.a./Commission*, EU:C:1998:148, point 143.

<sup>19</sup> Cf. le discours de Mme VESTAGER, dans le communiqué de presse associé [IP/17/1369](#).



Pourtant, la décision de rachat de WhatsApp n'est pas remise en cause car la Commission avait effectué une analyse « même au cas où » Facebook aurait pu effectuer ces croisements, et n'avait trouvé aucune incidence significative problématique pour la concurrence. Cette décision n'est donc pas annulée, et la décision de sanction est bien distincte de cette décision d'autorisation. Le raisonnement de la Commission repose donc uniquement sur le mensonge supposé, ou « tout au moins » la négligence de Facebook, qui pourtant n'a eu aucun impact sur la concurrence *in fine* ! Apparemment malgré l'importance des sommes Facebook n'a pas demandé un contrôle juridictionnel de cette décision, l'un de ses porte-paroles ayant annoncé vouloir « clore l'affaire » avec cette décision<sup>20</sup>.

Outre cette première amende importante, la Commission a annoncé en 2017 avoir communiqué des griefs, ce qui précède une décision d'amende :

- le 18 mai 2017<sup>21</sup> à Altice (aff. M.7499, procédure autorisée le 20 avril 2015) : une absence de notification et réalisation d'une concentration sans autorisation (ou *gun-jumping*, en anglais) ;
- le 6 juillet 2017<sup>22</sup> à Merck et Sigma-Aldrich (aff. M.7435, procédure autorisée le 15 juin 2015) : informations inexactes ou dénaturées sur des activités de recherche ; à General Electric/LM Wind (aff. M.8283, procédure autorisée le 20 mars 2017) : informations inexactes ou dénaturées sur des activités de recherche ; et le 6 juillet 2017 à Canon (aff. M. 8006, procédure autorisée le 20 septembre 2016) : pour *gun-jumping*.

Les entreprises en cause peuvent désormais répondre aux arguments la Commission, dans un délai qui n'est pas fixe, mais fonction de la complexité de l'affaire.

---

<sup>20</sup> Cf. Le Monde du 18 mai 2015, « [L'Union européenne sanctionne Facebook pour le rachat de WhatsApp](#) ».

<sup>21</sup> Communiqué de presse de la Commission européenne du 18 mai 2017, [IP/17/1924](#).

<sup>22</sup> Communiqué de presse de la Commission européenne du 6 juillet 2017, [IP/17/1368](#).

## V - Contrôle des sanctions : Notion d'opération unique et double amende pour violation des obligations de notification et de suspension

[Trib. UE, 26 octobre 2017, aff. T-704/14, Marine Harvest ASA c/ Commission : ECLI:EU:T:2017:753](#)

Contrairement à l'arrêt *KPN*, qui portait sur une décision d'autorisation, l'arrêt *Marine Harvest* porte sur la légalité d'une sanction. Il s'agit donc d'un contrôle juridictionnel différent sur le fondement, et qui ne vérifie qu'accessoirement des questions de raisonnement économique<sup>23</sup>. L'affaire T-704/14 aboutit à un « arrêt fleuve », selon Mme IDOT<sup>24</sup>. On peut regretter en effet que ses principes s'abîment dans le flot des 647 points développés par le Tribunal. C'est dire que cette décision devait nécessiter une argumentation profonde, ce qui permet au passage de revoir beaucoup de points contentieux intéressants les sanctions en matière de concentrations. Les décisions de sanction ou d'astreinte sont en effet soumises à un contrôle complet du juge européen<sup>25</sup>. Au final, l'arrêt T-704/14 rejette pourtant tous les arguments présentés contre la décision C(2014) 5089 final de la Commission condamnant Marine Harvest ASA à deux amendes de dix millions d'euros pour ne pas avoir respecté le droit européen des concentrations dans son acquisition de la société Morpol. Sur le fond, le Tribunal valide la qualification d'opération unique d'une prise de contrôle que Marine Harvest considérait comme progressive (A). Sur la sanction, il confirme le détail de la condamnation de Marine Harvest pour non respect de ses obligations de notification et de suspension, c'est-à-dire pour ne pas avoir notifié à temps la Commission, et pour avoir procédé à l'opération de concentration sans attendre la décision communautaire (B).

---

<sup>23</sup> EXPERT, Hervé, POULLET, Corentin, « La compétence de pleine juridiction conférée au juge de l'Union en matière de concurrence : complément ou accessoire du contrôle de légalité », in GIACOBBO-PEYRONNEL, Valérie, VERDURE, Christophe (dir.), *Contentieux du droit de la concurrence de l'Union européenne : questions d'actualité et perspectives*, Bruxelles : Bruylant, 2017, p. 545-592.

<sup>24</sup> IDOT, Laurence, « Sanction d'une réalisation anticipée d'une opération non autorisée », *Europe* 2017, n° 12, note 468.

<sup>25</sup> Cf. EXPERT, Hervé, POULLET, Corentin, « La compétence de pleine juridiction conférée au juge de l'Union en matière de concurrence : complément ou accessoire du contrôle de légalité », in GIACOBBO-PEYRONNEL, Valérie, VERDURE, Christophe (dir.), *Contentieux du droit de la concurrence de l'Union européenne : questions d'actualité et perspectives*, Bruxelles : Bruylant, 2017, p. 545-592.

### **A. La qualification d'opération unique de concentration d'une prise de contrôle progressive**

La concentration en cause ayant été autorisée (sous conditions) par la Commission le 30 septembre 2013<sup>26</sup>, il ne s'agissait pas ici de s'attacher à la qualification de concentration ou non, ou des engagements nécessaires à son autorisation. Toutefois, à l'issue de cette procédure d'autorisation, la Commission a lancé une enquête pour savoir si Marine Harvest avait bien respecté ses obligations communautaires de *statu quo*, obligation prévue à l'article 7 du règlement 139/2004, et de notification, obligation prévue l'article 4 du même règlement.

En matière de concentrations, les entreprises peuvent être « sanctionnées » au sens large du terme non seulement *a priori* par le refus d'autorisation, ou par l'obligation de se soumettre à certaines conditions dans leur opération, mais aussi *a posteriori* pour les fautes commises au regard des règles européennes. C'est l'article 14 du règlement 139/2004 qui prévoit les possibilités d'amendes dans le domaine des concentrations. Ces amendes sont de deux types : soit pour renseignement inexact dans le cadre de la notification ou l'enquête (maximum 1% du chiffre d'affaires total), soit pour avoir réalisé une concentration sans respecter les règles ou les conditions européennes (maximum 10% du chiffre d'affaires total). L'amende de Marine Harvest relève du deuxième type, puisqu'elle n'a pas attendu la décision de la Commission pour réaliser l'opération. Sa première ligne de défense est donc évidemment d'arguer qu'elle n'a pas réalisé l'opération avant la notification à la Commission.

Pour cela, Marine Harvest entendait se prévaloir de l'article 7 §2 du règlement 139/2004, qui prévoit une exception à l'obligation de suspension (ou de *statu quo*) en cas d'offre publique d'achat (OPA). L'OPA, par sa nature aléatoire, ne permet pas à une entreprise acquérante de notifier à l'avance une potentielle prise de contrôle. Une prise de contrôle par OPA doit néanmoins être immédiatement être notifiée à la Commission et les droits liés aux actions ainsi acquises ne doivent pas être mis en oeuvre avant l'autorisation de la Commission. Or, Marine Harvest a acquis le contrôle total de Morpol en deux étapes : d'abord un achat le 18 décembre 2012 l'amenant à 48,5% du capital, puis une OPA du 15 janvier au 12 mars 2013. Au niveau de ses obligations de notifications, Marine Harvest a pris un contact non formalisé avec la Commission le 21 décembre 2012, précisant qu'elle n'exercerait pas ses droits dans la société. Puis, après un premier jet déposé le 5 mars 2013, la société a formellement notifié la Commission le 9 août 2013, qui a autorisé la concentration sous conditions le 30 septembre. Il est donc possible que la société ait tenté de jouer sur l'exception de notification réservée à l'OPA pour échapper un maximum à ses obligations européennes.

---

<sup>26</sup> Décision C(2013) 6449, du 30 septembre 2013, affaire COMP/M.6850, Marine Harvest/Morpol.

Néanmoins, dans sa décision du 23 juillet 2014, la Commission considère que l'entreprise était dans l'illégalité du 18 décembre 2012 au 30 septembre 2013, la qualification de concentration s'entendant selon elle dès le 18 décembre 2012 ! Cette position est, selon le Tribunal, en accord avec son importante jurisprudence *Cementbouw Handel*<sup>27</sup> du 23 février 2006.

D'un côté, si la définition d'une « opération unique » de concentration est complexe, elle ne peut en tout cas recouvrir une première prise de contrôle suivie d'une OPA. Une opération unique peut être constituée d'une série de transactions conditionnées les unes aux autres, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, l'OPA n'étant pas conditionnée à la prise de participation (points 65-153). La promesse faite à la Commission de ne pas utiliser ses droits dans la société n'y change rien, contrairement au droit français, invoqué par la requérante, et divergeant sur ce point du droit européen<sup>28</sup> (points 154-167).

D'un autre côté, le Tribunal confirme l'appréciation de la Commission selon laquelle avec 48,5% des parts de la société Morpol acquises dès le 18 décembre 2012, Marine Harvest en détenait alors le contrôle de fait, et que c'est ce contrôle, et non l'exercice effectif de celui-ci, qui importe au regard du droit européen (points 46-64 et 168-229). Le Tribunal avait d'ailleurs déjà eu l'occasion d'interpréter cette disposition de l'article 3 du règlement 139/2004 dans l'affaire *Electrabel* du 12 décembre 2012<sup>29</sup>. Le calendrier problématique de la concentration ayant été confirmé, restait à établir le degré de responsabilité de Marine Harvest dans cette affaire.

## **B. La condamnation pour non respect des obligations de notification et de suspension**

Le régime juridique des amendes sanctionnant le non-respect des obligations européennes relative aux concentrations est entièrement prévu à l'article 14 du règlement 139/2004. Celui-ci prévoit que des amendes peuvent être infligées pour des faits délibérés ou de négligence. Il y a donc tout d'abord un certain élément de volonté à démontrer (1). Ensuite, puisque la Commission les a condamnés à deux amendes pour un même événement fautif, le requérant

---

<sup>27</sup> Trib. UE, 23 février 2006, aff. T-282/02, *Cementbouw Handel* : ECLI:EU:T:2006:64.

<sup>28</sup> Décret n° 2002-689, du 30 avril 2002, fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence (JORF du 3 mai 2002, p. 8055), art. 6 : « Lorsqu'une concentration est réalisée par achat ou échange de titres sur un marché réglementé, sa réalisation effective, au sens de l'article L. 430-4 du code de commerce, intervient lorsque sont exercés les droits attachés aux titres. L'absence de décision du ministre ne fait pas obstacle au transfert desdits titres ».

<sup>29</sup> Cf. par analogie : Trib. UE, 12 décembre 2012, aff. T-332/09, *Electrabel/Commission*, ECLI:EU:T:2012:672, point 189.

arguait de la violation du principe *ne bis in idem* (2). Enfin, en admettant même le principe des amendes, Marine Harvest en contestait la proportionnalité et la motivation (3).

### **1) La preuve d'une négligence fautive**

Afin de ne pas pénaliser de façon outrancière les entreprises qui ne respecteraient pas les règles en matière de concentration de bonne foi, le législateur européen a prévu un élément d'intentionnalité pour permettre à la Commission d'infliger une sanction. Cet élément peut provenir soit d'une intention délibérée, soit d'une négligence de l'entreprise. C'est une simple négligence que la Commission reprochait à Marine Harvest. Une négligence est une absence d'action de l'entreprise par rapport à un comportement standard que l'on attend d'elle. La question qui se pose est donc de savoir si la Commission était en droit d'attendre de Marine Harvest qu'elle ne pouvait ignorer le caractère anticoncurrentiel de cette concentration<sup>30</sup>.

En l'occurrence, le Tribunal souligne que la société Marine Harvest, habituée des concentrations européennes et bien conseillée, ne peut être regardée que comme « normalement avisée et suffisamment attentive ». De même, il n'y a pas de doute quant au fait qu'elle aurait dû raisonnablement prévoir que son acquisition du 18 décembre 2012 devait être notifiée, en vertu de son expérience en la matière. D'ailleurs, si la société avait eu des doutes quand à l'applicabilité de l'exception pour OPA, elle aurait pu utilement contacter la Commission pour l'éclairer sur ce point, conformément à la pratique connue de la Commission<sup>31</sup>. Or, elle ne l'a pas fait (points 234-291). La faute étant démontrée, restait à vérifier pour le juge l'adaptation de la sanction à celle-ci.

### **2) La double amende face aux principes *ne bis in idem* et de concours d'infraction**

Dans un cas de concentration non-notifiée ou notifiée trop tard, la violation de la notification entraînant forcément la violation de l'obligation de s'abstenir, est-il logique de condamner distinctement une entreprise pour manquement à l'une et l'autre de ces obligations ? La question se posait puisque la Commission a condamné Marine Harvest à deux amendes de dix millions d'euros, chaque amende sanctionnant un manquement à l'une des obligations. La société arguait que, s'agissant là d'un même évènement fautif, la Commission ne pouvait la

---

<sup>30</sup> Cf. par analogie : CJUE, 18 juin 2013, aff. C-681/11, *Schenker & Co*, ECLI:EU:C:2013:404, point 38.

<sup>31</sup> Cf. Décision de la Commission du 21 septembre 2007, COMP/M.4730 - Yara/Kemira GrowHow.

condamner deux fois, faisant ainsi appel au fameux principe pénal *ne bis in idem*<sup>32</sup>.

Le Tribunal relève que ce cadre juridique est en effet « inhabituel, en ce qu'il existe deux articles dans le règlement n° 139/2004 dont la violation est passible d'amendes dans la même échelle de peines, mais pour lesquels une violation du premier entraîne nécessairement une violation du second ». Toutefois, la requérante ne soulève pas d'exception d'illégalité en ce qui concerne ces dispositions du règlement, mais uniquement leur application au cas précis. Le Tribunal refuse donc de trancher l'illégalité du règlement sur ce point (point 306). Il faudrait attendre un prochain contentieux ou une réforme législative pour trancher ce point.

Pour ce qui concerne l'application du principe *ne bis in idem* à cette question, les juges rappellent qu'en droit de la concurrence, l'application du principe est soumise à une triple condition d'unité du contrevenant, d'unité de l'intérêt juridique protégé, et d'identité des faits<sup>33</sup>. De plus, ce principe traduit l'idée générale que « lorsque l'auteur de l'infraction est poursuivi et condamné, il doit savoir que, par l'exécution de sa peine, il a expié sa faute, et n'a plus à craindre une nouvelle sanction »<sup>34</sup>. Une première condamnation est-elle alors nécessaire ? C'est l'opinion du Tribunal, qui indique qu'en l'espèce, les deux sanctions étant concomitantes, le principe ne peut s'appliquer. Il s'agit apparemment là de la première fois que la CJUE répond précisément à cette question de la double amende confrontée au principe *ne bis in idem* (points 292-338).

On notera aussi l'argument de la requérante relatif au concours d'infractions. Selon elle en effet, la pratique de nombreux États-membres<sup>35</sup> et du droit international<sup>36</sup> démontre que dans un cas de concours d'infractions, une sanction sur l'infraction la plus importante exclut l'application de sanction sur les autres infractions. Si les principes tirés du droit international pénal semblent devoir se cantonner à cette matière (point 368), en l'absence de texte européen, le tribunal répond tout de même à cet argument tiré des traditions nationales. Toutefois, les obligations de notification et d'abstention étant soumises à des régimes juridiques différents en matière de prescription, appliquer un tel principe aboutirait, selon le Tribunal, à un « résultat aberrant » (point 357). Le principe de la double peine confirmé, le

---

<sup>32</sup> Cf. Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 50, et Convention Européenne des Droits de l'Homme, protocole n° 7.

<sup>33</sup> La Cour ayant reconnu le principe comme applicable en droit de la concurrence : cf. CJUE, 14 février 2012, aff. C-17/10, *Toshiba Corporation e. a.*, ECLI:EU:C:2012:72, point 94.

<sup>34</sup> Conclusions de l'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER dans les affaires CJCE, 11 février 2003, aff. C-187/01 et C-385/01, *Hüseyin Gözütok et Klaus Brügge*, ECLI:EU:C:2002:516, point 49.

<sup>35</sup> Notamment l'Allemagne à travers le principe de « faux conflit » (*unechte Konkurrenz*).

<sup>36</sup> En se référant notamment au jugement du TPIY du 17 janvier 2005, *Le Procureur c/ Vidoje Blagojević & Dragan Jokić*, affaire n° IT-02-60-T, par. 799.

Tribunal se penche enfin sur la proportionnalité de celles-ci.

### **3) La motivation et la proportionnalité des amendes**

Outre le problème de sécurité juridique, que nous n'aborderons pas ici même si le Tribunal y répond en détail (points 376-394), la requérante contestait encore son traitement sur la base d'une inégalité de traitement par rapport aux sanctions délivrées par la Commission dans des affaires similaires (points 395-442). Le Tribunal relève à ce sujet que la pratique de la Commission ne saurait constituer un droit acquis alors que la faute de la société a bien été démontrée. Nous relèverons de plus que la jeunesse du droit des concentrations ne joue pas dans le sens d'une pratique extrêmement rodée de la Commission en matière de concentrations, dans laquelle les sanctions sont, finalement, extrêmement rares<sup>37</sup>. À titre d'exemple, l'amende de Marine Harvest est la seule concernant les concentrations entre 2009 et 2017<sup>38</sup>. Le Tribunal reprend patiemment tous les arguments soulevés par la requérante sur ce moyen pour les rejeter comme inapplicables en l'espèce.

Enfin, le Tribunal aborde les questions fondamentales de la motivation (points 443-574) et de la proportionnalité (points 579-646) de l'amende. Si le caractère suffisant de la motivation des décisions de sanction est traditionnellement soumis à un contrôle poussé du juge en droit européen<sup>39</sup>, celui-ci ne saurait toutefois se substituer à l'appréciation de la Commission dans la fixation du montant des amendes<sup>40</sup>. Le juge européen n'exerce sur ce dernier point qu'un contrôle de proportion.

Sur la motivation, il est de jurisprudence constante que celle-ci doit être suffisante pour permettre aux personnes concernées de comprendre les justifications de la mesure, et à un contrôle juridictionnel de s'exercer normalement<sup>41</sup>. Or, en l'absence de lignes directrices sur la fixation des amendes dans le domaine des concentrations allant au-delà des prescriptions générales du règlement n° 139/2004, la Commission est libre de choisir pour chaque cas une méthode particulière. Il lui suffit alors de motiver sa décision en énonçant son raisonnement

---

<sup>37</sup> Cf. VALLINDAS, Georges, *op. cit.*

<sup>38</sup> Selon les publications au *JOUE*. Dernière amende avant Marine Harvest : décision de la Commission du 10 juin 2009 infligeant une amende pour réalisation anticipée d'une opération de concentration en infraction à l'article 7, paragraphe 1, du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil et à l'article 57 de l'accord EEE (Affaire COMP/M.4994 — Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône) [notifiée sous le numéro C(2009) 4416].

<sup>39</sup> Cf. art. 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, et art. 296 du TFUE.

<sup>40</sup> Cf. CJCE, 18 septembre 2003, aff. C-338/00 P, *Volkswagen / Commission*, Rec. I-9189.

<sup>41</sup> CJCE, 15 avril 1997, aff. C-22/94, *Irish Farmers Association e. a.*, ECLI:EU:C:1997:187, point 39.



de manière claire et non équivoque<sup>42</sup>, ce qu'elle a bien fait en l'espèce.

Concernant la proportionnalité du montant de l'amende, le juge remarque que le montant ne constitue qu'une petite amende (moins de 1% du chiffre d'affaires de Marine Harvest) par rapport au maximum autorisé par le règlement 139/2004 (10% du chiffre d'affaires total). De nombreux éléments doivent néanmoins être mis dans la balance, que la Commission doit certes expliciter, mais dont la réalité est confirmée par le Tribunal. L'effet négatif potentiel sur la concurrence, la taille et la complexité de l'entreprise, la nécessité d'appliquer une amende suffisamment dissuasive, ainsi qu'à décharge, l'attitude davantage négligente que délibérée de l'entreprise sont tous vérifiés et validés par le Tribunal (point 607). À la réflexion, il s'agit donc là d'un contrôle très étendu et très précis sur la motivation et le raisonnement de l'acte, qui permet une grande protection pour les entreprises face à ce pouvoir important de la Commission. La mise en oeuvre d'une politique des sanctions en droit des concentrations, comme on peut le voir à travers l'augmentation du nombre de sanctions et des montants des amendes pour l'année 2017, n'est donc pas forcément inquiétante quant au respect des droits fondamentaux des entreprises<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> Cf. Trib. UE, 15 décembre 2010, aff. T-141/08, *E.ON Energie c/ Commission*, ECLI:EU:T:2010:516, point 284.

<sup>43</sup> Sur ce thème, cf. BOMBOIS, Thomas, *La protection des droits fondamentaux des entreprises en droit européen répressif de la concurrence*, Bruxelles : Larcier, 2012, 294 p. ; KLUCZYNSKA, Julia, *Fundamental Rights Protection for Corporate Entities in the EU*, Sarrebruck : VDM Verlag, 2008, 60 p. ; SCHWALLER, Emilie, « Les droits fondamentaux des entreprises : outils ou obstacles à l'imputation de responsabilité ? », in MARTIN-CHENUT, Katia, QUENAUDON, René de (dir.), *La RSE saisie par le droit : perspectives interne et internationale*, Paris : Pédone, 2016, p. 193 et s. ; DECAUX, Emmanuel, « L'applicabilité des normes relatives aux droits de l'homme aux personnes morales de droit privé », *Revue internationale de droit comparé* 2002, n° 2, p. 549-578.