



Le contrôle des concentrations de l'UE

Alexis Coskun

► To cite this version:

| Alexis Coskun. Le contrôle des concentrations de l'UE. Blogdroiteuropéen, 2017. <hal-03510583>

HAL Id: hal-03510583

<https://hal.science/hal-03510583v1>

Submitted on 4 Jan 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

Citation suggérée Coskun A., Note d'actualité droit de la concurrence de l'UE 3/2017, Mars 2017,
<http://wp.me/p6OBGR-1BH>

Le contrôle des concentrations de l'UE (Revue de Février 2017)

Par Alexis Coskun (Doctorant de l'Université de Strasbourg CEIE - EA 7307 ; ATER à l'université Paris-1)

Sommaire

Mots clés: Concentrations- Secteur Médical- Economie Numérique- Secteur Agro-Alimentaire

Introduction

Pour la présente note nous nous concentrons sur trois secteurs qui sont au cœur de l'actualité de l'activité décisionnelle de la Commission européenne en matière de concentration : les filières médicales, numériques et de l'agro-alimentaire.

Plusieurs décisions ont été prises par la Commission qui nous permettent d'apporter des précisions sur trois marchés importants pour l'économie de l'Union. Elles nous engagent à apporter quelques clarifications sur les champs d'application territoriaux et matériels du droit de la concurrence de l'Union.

- Affaires M.7982 ABBOTT LABORATORIES/ALERE et M.8060 ABBOTT LABORATORIES/ST JUDE MEDICAL

Dans la période, la Commission a traité deux projets de concentrations relatifs au secteur médical, et a accepté, dans les deux cas l'opération suite à des propositions d'engagements des parties.

La première affaire concernait le rachat d'Alere par Abbott Laboratories, deux entreprises étasuniennes actives sur le marché des diagnostics médicaux dits in vitro, c'est-à-dire des tests effectués soit en laboratoire, notamment au sein même des hôpitaux, soit délocalisés hors laboratoires notamment dans les cas d'urgence au sein même des ambulances. Pour une part les activités des deux opérateurs sont complémentaires, puisqu'Abbott est plus active dans la filière des tests laborantins tandis qu'Alere est majoritairement spécialisée dans ceux dits délocalisés.

Toutefois, la Commission avait noté dans son analyse préalable que des chevauchements pouvaient exister entre certaines des activités des deux entreprises où elles entretenaient,

avant l'opération, une relation de concurrence. Il s'agissait particulièrement des « *dispositifs d'analyse délocalisés utilisés pour vérifier la concentration des gaz sanguins et dans le cas des marqueurs cardiaques* »¹ où l'opération notifiée faisait peser des risques de réduction de concurrence effective. Un autre risque concurrentiel résidait dans la possible exclusion post concentration de l'entreprise concurrente Danaher qui, pour certains types de contrôles cardiaques, est en concurrence avec Abbott mais a recours à des prestations vendues par Alere. L'opération notifiée aurait ainsi pu « *réduire la concurrence pour certains dispositifs de laboratoire* »² de Danaher, s'il n'avait plus accès aux produits historiquement vendus par Alere et désormais rachetée par son concurrent.

La seconde affaire concernait encore deux entreprises basées aux Etats Unis, et démontrait la volonté d'expansion générale d'Abbott laboratories qui visait, dans cette opération, l'acquisition de St Jude Medical. La principale problématique de l'opération « *les dispositifs cardiovasculaires dans lesquels Abbott et St Jude [étaient] en concurrence: les dispositifs de fermeture vasculaire et les dispositifs utilisés dans des procédures d'électrophysiologie, en particulier les gaines d'introduction transeptale* »³. De tels chevauchements faisaient craindre une perte de choix et des augmentations de prix pour les consommateurs finaux.

Les deux affaires furent résolues aisément au travers d'engagements qui consistaient principalement dans des cessions d'activités ou d'usines de la part des différents opérateurs.

Si cette affaire n'est ni la plus originale ni la plus novatrice de l'activité décisionnelle récente de la Commission, elle recèle d'abord le mérite de rappeler quelques points essentiels du droit des concentrations. Elle souligne ensuite l'extensivité du champ matériel d'application du droit de la concurrence de l'Union européenne. Elle peut enfin ouvrir le débat sur les objectifs du contrôle communautaire des concentrations.

La première caractéristique essentielle du droit européen des concentrations qui est ici rappelée relève de son champ d'application territorial. Le fait que les entreprises concernées soient toutes étasuniennes, mais qu'elles demeurent appréhendées au travers du prisme du droit de l'Union souligne que le « *champ spatial du règlement n°139/2004 ne dépend ni du lieu où sont établies les entreprises participant à l'opération de concentration, ni du fait que les activités faisant l'objet de la concentration s'exercent ou non sur le territoire de la communauté* »⁴. Ce principe découlant directement du règlement⁵, bien ancré

¹ Commission européenne, communiqué de presse du 25 janvier 2017, « *Concentrations: la Commission autorise, sous conditions, le rachat d'Alere par Abbott Laboratories* », n°17/147.

² Idem.

³ Commission européenne, communiqué de presse du 23 novembre 2016 « *Concentrations: la Commission autorise Abbott Laboratories à acquérir St Jude Medical, sous réserve du respect de certaines conditions* », n°16/3941.

⁴ Habib Kazzi ; « *Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations entre entreprises dans une économie mondialisée- contribution à l'étude de l'application internationale du droit économique* », Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2007, p.258.

⁵ Règlement du 20 janvier 2004 du Conseil, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, n°139/2004, considérant 10 : « *Une concentration est réputée de dimension communautaire lorsque le chiffre d'affaires total des entreprises concernées dépasse les seuils donnés; tel est le cas, que les entreprises qui réalisent la concentration aient ou non leur siège ou leurs principaux domaines d'activité dans la Communauté, pour autant qu'elles y déploient des activités substantielles* ».

en jurisprudence⁶ et dans la pratique décisionnelle⁷ trouve encore ici une application concrète.

Les deux affaires illustrent **une autre application classique du droit des concentrations ayant trait à l'analyse des comportements probables post-opération**. Les situations où les parties exercent des activités complémentaires sont réputées moins graves que celles donnant lieu à des chevauchements. Cette approche, classique dans la pratique décisionnelle⁸, renvoie à l'idée qu'un rapprochement entre deux entreprises actives sur les mêmes segments de marchés n'en modifierait pas profondément les structures concurrentielles. Qu'il s'agisse du rachat d'Alere ou de celui de St Jude, ce sont les activités dites de chevauchement qui ont été au cœur de l'action de la Commission.

Ces deux derniers points appellent **une remarque relative aux finalités du contrôle des concentrations**. En lien avec la doctrine du paradigme dit SCP (pour structures, comportements performances) qui prescrit qu'il est nécessaire de veiller à limiter le pouvoir de marché des entités nouvellement concentrées, « *il revient à la politique de concurrence de protéger les consommateurs en limitant la concentration industrielle par une action préventive et en surveillant le comportement des firmes dominantes au moyen d'une politique répressive* »⁹. Cette ligne directrice est traditionnellement celle suivie dans le droit de l'Union et dans sa doctrine¹⁰, notamment illustrée par l'exigence que les gains d'efficience soient transférés aux consommateurs finaux.

La Commissaire Vestager affirme certes dans l'affaire relative au rachat de St Jude Medical que « *lorsque les intérêts des patients et des services de santé sont en jeu, nous devons veiller à ce que les prix restent compétitifs, que les praticiens aient un choix suffisant et que des produits innovateurs prometteurs ne soient pas abandonnés par les parties à la concentration* »¹¹. Mais, il est intéressant de noter qu'elle semble également conférer une grande importance au statut du concurrent lui-même dans le cas relatif au rachat d'Alere. Elle indique qu'il est nécessaire de veiller à ne pas rendre « *les dispositifs de Danaher moins attractifs* » au risque de réduire « *la concurrence pour certains dispositifs de laboratoire* ». Elle rejoint ici la constatation réalisée par l'OCDE, soulignant que de nombreux pays de

⁶ Voir notamment l'arrêt du TPICE, du 25 mars 1999, Gencor Ltd, c/ Commission, Aff. T-102/96, Rec. II-00753, point 79 : « *L'article 1er du règlement n'exige pas, pour qu'une opération de concentration soit considérée comme étant de dimension communautaire, que les entreprises en cause soient établies dans la Communauté ni que les activités de production faisant l'objet de la concentration s'exercent sur le territoire de la Communauté* ».

⁷ Voir notamment, la décision du 30 juillet 1997 de la Commission, Boeing/Mc Donnell n° 97/816.

⁸ Décision de la Commission du 8 février 1991, Fiat Geotech/Ford New Holland, n° M.009, paragraphe 18, citée par Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO, Répertoire Dalloz- Droit européen, droit des concentrations, paragraphe 258.

⁹ Habib Kazzi, op. cit., p.233.

¹⁰ Joseph Drexel, Wolfgang Kerber, Ruprecht Podszun, "Competition Policy and the Economic approach, Foundations and Limitations", Edward Elgar, Cheltenham and Northampton 2011, p.21, à propos de l'article 2(3) du règlement 139/2004 et de son considérant 29, : « *The proper interpretation of this language is that only the consumer welfare and not the producer welfare, is of relevance* ».

¹¹ Commission européenne, communiqué de presse du 23 novembre 2016 « Concentrations: la Commission autorise Abbott Laboratories à acquérir St Jude Medical, sous réserve du respect de certaines conditions », n°16/3941.

l'organisation astreignent le droit de la concurrence au rôle de protecteur de la liberté économique des acteurs de marché¹².

Ces deux affaires rappellent d'un point de vue matériel que le droit de la concurrence s'applique aux secteurs médicaux et pharmaceutiques, dont les marchés sont façonnés par une « *concentration importante du secteur au plan mondial, l'industrie étant dominée, après les fusions intervenues au cours de la décennie passée, par un oligopole de grands laboratoires* »¹³. La Commission a d'ailleurs reçu et validé plusieurs notifications de concentration de groupes hospitaliers ces derniers mois¹⁴.

Une telle démarche n'est pas surprenante puisque le champ d'application matériel classique du droit de la concurrence n'exclut pas les services de santé dans la mesure où les activités auxquelles il s'applique sont celles d'entreprises au regard du droit de l'Union, et non de services purement sociaux¹⁵.

- Affaires M.8124 MICROSOFT/LINKEDIN et M.7217 FACEBOOK/WHATSAPP

Dans les derniers mois écoulés l'économie digitale constitua l'une des sphères d'activité du droit des concentrations.

Alors même qu'elle avait autorisé en 2014 la concentration unissant WhatsApp à Facebook¹⁶, la Commission s'alarme aujourd'hui d'une communication d'informations trompeuse de la part de cette dernière lors du rachat de l'entreprise de communication instantanée¹⁷. Dans le même temps, elle a autorisé, sous engagement, le rachat du réseau social professionnel LinkedIn par le géant du numérique étasunien Microsoft¹⁸.

Dans cette seconde affaire la Commission estima qu'il n'y avait, de manière générale, que peu de probabilités d'observer des chevauchements d'activités entre les deux entreprises, mais a concentré son analyse sur trois domaines particuliers.

¹² OCDE, Global Forum on Competition Law, 29 janvier 2003, "The objectives of competition law and policy", Note by the secretariat n° CCNM/GF/COMP(2003)3, p.2: "This overview of the objectives of competition policy across different countries indicates that in most jurisdictions, the basic objectives are to maintain and encourage the process of competition in order to promote efficient use of resources while protecting the freedom of economic action of various market participants".

¹³ Anne Perrot, « Le fonctionnement concurrentiel du secteur pharmaceutique français », in Revue du Droit sanitaire et social, 2011, p.430.

¹⁴ Décisions de non opposition de la Commission, du 7 février 2017, MITSUBISHI CHEMICAL HOLDINGS / MARUBENI / METRO PACIFIC INVESTMENTS / JV , C(2017) 807 final ; du 15 novembre 2016, CARLYLE / SCHÖN FAMILY / SCHÖN KLINIK C(2016) 7434 final ; du 14 décembre 2015, CDC INTERNATIONAL CAPITAL / MUBADALA DEVELOPMENT COMPANY / VIVALTO BEL / GROUP VIVALTO SANTE, C(2015) 9308 final.

¹⁵ A cet égard et relativement aux caisses de sécurité sociale, voire le très classique arrêt de la CJCE, du 7 février 1993, Christian Poucet c/ Assurances générales de France et Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon, points 16 à 19.

¹⁶ Décision de la Commission du 3 octobre 2014, Facebook/ WhatsApp, C(2014) 7239 final, et communiqué de presse du 3 octobre 2014, « Concentrations: la Commission autorise le rachat de WhatsApp par Facebook », IP14/1088.

¹⁷ Commission européenne, communiqué de presse, du 20 décembre 2016, « Concentrations: la Commission affirme que Facebook a communiqué des informations trompeuses sur le rachat de WhatsApp », IP/16/4473.

¹⁸ Décision de la Commission du 6 décembre 2016, Microsoft/LinkedIn, C(2016) 8404 final ; communiqué de presse du 6 décembre 2016, « Concentrations: la Commission autorise, sous condition, le rachat de LinkedIn par Microsoft », IP/16/42/24.

Il s'agit tout d'abord des services de réseaux sociaux professionnels, et notamment de savoir si la force de Windows¹⁹ dans les services d'exploitations et certains logiciel particuliers ne pouvaient pas renforcer particulièrement la position de LinkedIn, avec par exemple une combinaison des données et une installation d'office du réseau social sur tous les ordinateurs fonctionnant sous Windows²⁰.

Le champ des logiciels de gestion clients constituait également, selon la Commission, un domaine qu'il était nécessaire de surveiller afin d'éviter que les clients des données collectées par LinkedIn ne soient obligés de les traiter via des programmes de Windows, ou que suite à la fusion, ces données ne soient pas accessibles aux concurrents de l'entité concentrée. Néanmoins, la structure actuelle du marché rendait, selon la Commission, « *peu probable que l'opération permette à Microsoft d'évincer* » ses concurrents, l'accès à l'intégralité de la base de données de LinkedIn ne constituant pas une caractéristique essentielle de la compétition sur un segment de marché marqué par une faiblesse relative de Windows.

De la même manière l'utilisation de ces données à des fins particulières est particulièrement vérifiée par les services de la Commission. S'ils concluent in fine qu'il n'y avait pas de réelle probabilité de comportements anticoncurrentiels post concentration dans ce cadre, ils soulignent néanmoins qu'une application convergente et commune des dispositions relatives à la protection des données personnelles et au droit de la concurrence est nécessaire²¹.

Les engagements proposés par les parties et qui ont rendu possible la validation de l'opération, furent donc principalement relatifs aux réseaux sociaux professionnels. Windows s'est ainsi engagé à ne pas installer automatiquement LinkedIn sur les PC commercialisés, à laisser la possibilité d'accès à ses programmes aux concurrents de LinkedIn et particulièrement à l'application Microsoft Graph.

La politique de confidentialité et d'utilisation des données suite à une concentration du secteur de l'économie numérique fut également au cœur de l'enquête déclenchée par la Commission à l'encontre de Facebook. Dans cette affaire particulièrement médiatisée²², il est reproché au réseau social étasunien ses affirmations selon lesquelles il serait dans l'incapacité d'exploiter les comptes des utilisateurs des sociétés, alors que deux années après l'opération de

¹⁹ Sachant que l'activité de Microsoft en matière de concentration est importante puisque par une décision du 7 octobre 2011, la Commission avait autorisé le rachat de Skype, décision C(2011)7279, par une autre du 4 décembre 2013, elle avait autorisé le rachat par Microsoft des téléphones mobiles Nokia, décision C(2013)8873, et le 18 février l'acquisition toujours par Microsoft des activités de recherche de Yahoo !, décision C(2010) 1077.

²⁰ Décision de la Commission du 6 décembre 2016, Microsoft/LinkedIn, C(2016) 8404 final, paragraphes 99-117.

²¹ Idem, point 179: "Assuming such data combination is allowed under the applicable data protection legislation, there are two main ways in which a merger may raise horizontal issues as a result of the combination under the ownership of the merged entity of two datasets previously held by two independent firms. First, the combination of two datasets post-merger may increase the merged entity's market power in a hypothetical market for the supply of this data or increase barriers to entry/expansion in the market for actual or potential competitors, which may need this data to operate on this market. Competitors may indeed be required to collect a larger dataset in order to compete effectively with the merged entity than absent the merger. Second, even if there is no intention or technical possibility to combine the two datasets, it may be that pre-merger the two companies were competing with each other on the basis of the data they controlled and this competition would be eliminated by the merger".

²² http://www.lemonde.fr/pixels/article/2016/12/20/facebook-accuse-par-bruxelles-d-avoir-communique-des-informations-trompeuses-sur-whatsapp_5052128_4408996.html; <http://www.lefigaro.fr/secteur/high-tech/2016/12/20/32001-20161220ARTFIG00147-l-europe-soupconne-facebook-d-avoir-menti-lors-du-rachat-de-whatsapp.php>; <http://www.latribune.fr/technos-medias/internet/rachat-de-whatsapp-pour-l-europe-facebook-n-a-pas-joue-franc-jeu-625974.html>

concentration WhatsApp modifiait sa politique de confidentialité en permettant d'associer aux comptes Facebook des utilisateurs leur numéro de téléphone utilisés pour la société de communication en ligne²³. La Commission précise qu'une telle procédure n'implique pas l'invalidité de l'autorisation de concentration mais qu'elle pourrait conduire, en vertu du règlement sur les concentrations à une amende s'élevant à 1% du chiffre d'affaire total de l'entreprise²⁴.

Cette actualité décisionnelle de la Commission renvoie à la montée en puissance du numérique dans l'économie contemporaine et aux débats sur la politique appropriée de concurrence qui devrait l'accompagner. Dans un rapport de 2015, l'OCDE soulignait que le numérique atteignant en moyenne la part de 5,5% dans le PIB de ses pays membres²⁵. La notion d'économie numérique, notamment popularisée par l'économiste étasunien Don Tapscott²⁶, revêt aujourd'hui une importance cruciale, aucun secteur de marché n'échappant aux modifications induites. Ce processus, mêlant progrès techniques, modifications des mécanismes financiers et impact sur le consommateur, est souligné tant les institutions internationales²⁷ et les autorités de régulation²⁸ que par les doctrines économiques²⁹ et juridiques³⁰.

Les caractéristiques essentielles de la notion même d'économie numérique interrogent l'application du droit de la concurrence. Ces nouvelles filières portées par la téléphonie mobile et internet fonctionnement en réseau, leur forte croissance, la nécessité d'utiliser et d'assimiler les données des clients appelés à jouer un nouveau rôle « *poussent les entreprises à la grande taille et à la concentration* », sans que cela ne signifie que ces différents secteurs soient « *exempts de concurrence, le monopole d'une entreprise [étant] moins durable dans l'économie numérique que dans les activités de réseau traditionnelles* »³¹ du fait de la forte contestabilité des marchés. Les deux affaires relatives à Windows et à Facebook illustrent parfaitement ces singularités de l'économie numérique.

Les deux concentrations n'avaient pas les seuls objectifs classiques d'augmentation de la part de marché, de diversification, et leur développement large est condition de leur survie. Afin de répondre aux exigences de l'économie en réseau, il s'agissait surtout d'affiner la

²³ Commission européenne, communiqué de presse, du 20 décembre 2016, « *Concentrations: la Commission affirme que Facebook a communiqué des informations trompeuses sur le rachat de WhatsApp* », IP/16/4473: « *WhatsApp a annoncé, parmi d'autres mises à jour de ses conditions générales d'utilisation et de sa politique de confidentialité, la possibilité d'associer les numéros de téléphone des utilisateurs de WhatsApp aux profils d'utilisateur de Facebook. WhatsApp a expliqué que l'objectif était d'améliorer le service fourni, en permettant, par exemple, à Facebook de faire de meilleures propositions d'amis ou d'afficher des publicités plus pertinentes sur les comptes Facebook des utilisateurs de WhatsApp* ».

²⁴ Règlement du 20 janvier 2004 du Conseil, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, n°139/2004, article 14, paragraphe 1.

²⁵ OCDE (2015) OECD Digital economy outlook 2015, OECD publishing, Paris.

²⁶ Don Tapscott, The Digital Economy: Promise and Peril In The Age of Networked Intelligence, McGraw-Hill, 1997.

²⁷ Don Tapscott et David Agnew, "La gouvernance dans l'économie numérique", in Finances et développement (journal du Fond Monétaire International), Vol.36, n°4, décembre 1999.

²⁸ Les cahiers de l'Arcep, n°8, juin 2012, Economie numérique et mondialisation, dossier, pp.1-54.

²⁹ Nicolas Colin et al., « Économie numérique », Notes du conseil d'analyse économique 2015/7 (n° 26), p. 1-12.

³⁰ Rupperecht Podszun, « *The more Technological Approach: Competition Law in the Digital Economy* », in Gintarė Surblytė (dir.), "Competition on the Internet", Springer, Heidelberg, New-York Dordrecht, London, 2015, pp.101-108.

³¹ Nicolas Colin et al., « Économie numérique », Notes du conseil d'analyse économique 2015/7 (n° 26), p.2.

connaissance des utilisateurs des plateformes, et de renforcer l'interopérabilité des applications, ce qui implique une attention particulière au traitement des données.

Ces perspectives classiques de l'économie numérique interrogent fortement la notion même de politique de la concurrence, comme en témoignent les multiples initiatives prises par les gouvernements, plusieurs fondations ou think tank et les autorités de régulation dans la période récente³². Nous citerons particulièrement l'analyse conjointe réalisée par les autorités française et allemande de concurrence qui soulignaient en conclusion de leur étude relative à l'utilisation des données dans le cadre de l'économie numérique qu'il convenait « *de prendre en compte d'abord les caractéristiques propres aux marchés numériques (effets de réseau, multi-hébergement et dynamique concurrentielle) qui se prêtent, ou non, à la création d'un pouvoir de marché, avant de déterminer si les données contribuent à la création ou au renforcement de ce pouvoir de marché* »³³.

Ces réflexions sur l'avenir du droit de la concurrence face aux changements issus de l'économie numérique sont toujours ouvertes. Le Parlement européen s'en est saisi, tant dans son rapport de 2016 sur la politique de la concurrence³⁴ qu'en réponse à une pétition introduite par un citoyen allemand³⁵. La Commissaire Vestager, en charge de la Concurrence a également évoqué l'importance de produire une analyse de fond pour calibrer le mieux possible les outils du droit de la concurrence aux défis d'un secteur en pleine expansion, tout en insistant sur la pertinence des mécanismes actuellement disponibles en matière de concentration³⁶.

Si les débats demeurent ouverts en doctrine, **l'opinion aujourd'hui majoritaire réside plus dans la prise en compte transversale des particularités de l'économie numérique plutôt que dans la mise en œuvre d'un régime sectoriel distinct**. Cette perspective que le professeur Drexel décrit sous le vocable de « *more technological approach* »³⁷, en clin d'œil à la notion d'approche économique ayant présidé à la réforme de la politique de concurrence de la dernière décennie, implique pour un certain nombre d'auteurs un renforcement qualitatif du

³² Voir notamment, le colloque du 8 mars 2016 organisé par l'autorité française de la concurrence, « Les données et la concurrence dans l'économie numérique, comprendre les enjeux d'aujourd'hui pour se préparer à demain » ; Charles-Antoine Schwerer, Juillet 2016, « *La concurrence au défi du numérique* », note pour la Fondation pour l'innovation numérique.

³³ Autorité de la concurrence, Bundeskartellamt, étude du 10 mai 2016, « Droit de la concurrence et données », p.62.

³⁴ Parlement européen, Résolution du 19 janvier 2016 sur le rapport annuel sur la politique de concurrence de l'Union européenne, 2015/2140(INI), paragraphe 6 : « *estime que le caractère particulier de l'économie numérique, caractérisée par la réduction et la quasi-suppression des coûts marginaux et par les effets importants de réseau, favorise l'augmentation du niveau de concentration sur les marchés clés; invite la Commission à adapter sa politique de concurrence aux spécificités de ce secteur* ».

³⁵ Commission européenne, communication aux Membres, du 30 mai 2016, Pétition n° 0865/2015, présentée par Jens Genzer, de nationalité allemande, sur la modification du seuil de chiffre d'affaires mondial dans le règlement sur les concentrations.

³⁶ Discours de la Commissaire Vestager, 10 mars 2016, Studienvereinigung Kartellrecht, Bruxelles: "And in this digital age, we find that mergers often affect competition for a service that's offered free of charge. Often what attracts users to a service isn't its price or any inherent quality, but how many other people use it. And sometimes data can be the most valuable asset a company owns. Fortunately, our rules allow us to take all of these issues into account when we review a merger. Our test is nimble enough to be applied in a meaningful way to the "new economy", which is after all not so new anymore".

³⁷ Josef Drexel, "Innovation as a Parameter of Competition and its Implications for Competition Law Application", discussion paper, 11th Ascola conference, 2016.

fonctionnement des autorités de concurrences en y intégrant des spécialistes de la sphère numérique³⁸.

Les affaires ici décrites et l'ensemble de la jurisprudence de la Cour relative au respect de la concurrence dans l'économie numérique, parmi lesquelles des décisions à fort retentissement³⁹, prouvent que les mécanismes existant dans le corpus juridique de l'Union permettent de traiter des cas où l'appréciation des parts de marchés n'est pas la seule motivation des acteurs. Il n'en demeure pas moins que des problématiques importantes comme le fait que les opérateurs de marchés offrent souvent des services gratuitement, manipulent des données personnelles ou mêlent professionnels et amateurs appellent une clarification des fondements méthodologiques du droit de la concurrence de l'Union.

- **Affaires M.8150 DANONE/THE WHITEWAVE FOODS COMPANY, M.7917 BOEHRINGER INGELHEIM/SANOFI ANIMAL HEALTH BUSINESS, M.7930 ABP GROUP/ FANE VALLEY/ SLANEY FOODS, M.7962 CHEMCHINA / SYNGENTA**

Dans le secteur agro-alimentaire la Commission a autorisé trois concentrations. Deux d'entre-elles ont fait l'objet d'engagements, l'acquisition de WhiteWave par Danone et celle de l'activité « santé animale » de Sanofi par Boehringer Ingelheim. Une autre fut considérée comme ne posant pas de problème particulier de concurrence, l'achat en commun de Slaney Foods JV et Slaney Proteins par ABP Group et Fane Valley. Elle a enfin ouvert une enquête approfondie sur le projet d'acquisition de Syngenta par ChemChina.

L'entreprise Danone est active sur les marchés des produits laitiers et des aliments de nutrition infantile. WhiteWave, elle, est spécialisée dans les produits à base végétale, qu'il s'agisse de lait ou du yaourt, mais également du lait de croissance d'origine végétale. La principale crainte de la Commission résidait dans le « *fait que l'opération envisagée ne réduise sensiblement la concurrence sur le marché du lait de croissance en Belgique* »⁴⁰. Les engagements proposés par Danone, qui résidaient dans la cession de plusieurs de ses activités relatives au lait de croissance dans le pays, rendirent la concentration possible.

L'acquisition de l'activité « santé animale » de Sanofi par Boehringer Ingelheim concernait le secteur de « *la conception, de la fabrication, de la commercialisation et de la vente de produits à usage vétérinaire* »⁴¹, qu'ils soient alimentaires, pharmaceutiques ou biologiques.

³⁸ Voir notamment le briefing de l'épicenter de Mai 2015, « La politique de concurrence dans l'économie numérique » ; Nicolas Colin et al., « Économie numérique », Notes du conseil d'analyse économique 2015/7 (n° 26), p. 11 : « *Les autorités de concurrence se sont déjà dotées de moyens de perquisition numérique permettant de mener des enquêtes de concurrence dans un monde où les communications entre entreprises sont largement dématérialisées. Il leur faudrait, pour contrôler efficacement les comportements liés au numérique, disposer des compétences techniques (informaticiens, data scientists) nécessaires à la détection, par exemple, des comportements anticoncurrentiels liés à la collecte des données ou aux distorsions issues du fonctionnement des algorithmes* ».

³⁹ Nous pensons notamment, pour l'antitrust à l'affaire ouverte le 20 novembre 2010, AT. 39740 Google Search.

⁴⁰ Communiqué de la Commission, du 16 décembre 2016 ; « Concentrations: la Commission autorise l'acquisition de WhiteWave par Danone, sous condition », IP/16/4438.

⁴¹ Communiqué de la Commission du 9 novembre 2016, « Concentrations: la Commission autorise, sous conditions, l'acquisition de l'activité « santé animale » de Sanofi (Meriel) par Boehringer Ingelheim », IP/16/36/41.

C'est notamment sur ces deux derniers que des risques d'atteinte à la concurrence étaient envisagés, « *compte tenu du nombre limité d'autres opérateurs présents sur le marché* », la Commission conclu alors « *que l'élimination d'une des parties à la concentration affecterait la concurrence sur le marché de la fourniture de ces produits en Europe, ce qui entraînerait un risque de hausse des prix et de perte de qualité des services et de l'offre* »⁴². Les parties se sont alors engagées non seulement à céder un certain nombre d'activités, mais également à fournir à l'acquéreur- réputé capable d'exploiter d'une manière stable ces dernières⁴³- la technique nécessaire afin d'assurer la pérennité de la future pression concurrentielle.

L'achat en commun de Slaney Foods JV et Slaney Proteins par ABP Group et Fane Valley s'inscrit dans les « *secteurs de l'achat et de l'abattage de bovins, de moutons et d'agneaux vivants, ainsi que du désossage et de la transformation de viande* »⁴⁴ ainsi que dans la commercialisation de viande. La Commission autorisa l'opération estimant que celle-ci ne posait aucun problème sérieux de concurrence.

L'enquête approfondie relative aux entreprises Sygenta et ChemChina est relatif aux produits phytosanitaires, marché sur lequel les deux entités possèdent une place importante au niveau mondial et dont la concentration « *pourrait conduire une réduction de la concurrence, ce qui pourrait à avoir une incidence sur les prix et les choix pour les agriculteurs* »⁴⁵.

L'intérêt de ces quatre affaires ne réside pas dans la technique juridique utilisée ou dans les problèmes concurrentiels soulevés qui sont des plus classiques. Elles constituent néanmoins l'occasion de traiter du champ d'application matériel du droit de la concurrence et de comprendre le lien pouvant l'unir au secteur de l'agroalimentaire.

Comme l'avait rappelé Mario Monti lors de l'affaire relative à l'entente dans le secteur du bœuf français, le droit de la concurrence « *s'applique aussi au secteur agricole* »⁴⁶. La nécessité de son utilisation en général et de celle du règlement sur les concentrations en particulier découle de la structure du marché de l'agro-alimentaire qui intègre « *tant les secteurs en amont et en aval de l'agriculture et leurs relations avec le secteur agricole et, d'autre part, le secteur agricole et son organisation* »⁴⁷. A ce titre il regroupe une latitude d'activités comme la production, la commercialisation, le conditionnement et la préparation de produits. La diversité des affaires récentes souligne parfaitement cette constatation, rendant l'application du droit de la concurrence nécessaire à l'ensemble de ces étapes.

Dans son ensemble la filière agro-alimentaire apparaît comme se caractérisant par une tendance forte à la concentration et à l'existence d'entreprises bénéficiant de fortes parts de marché⁴⁸. La Banque centrale européenne a récemment mis en abîme cette situation,

⁴² Idem.

⁴³ En l'occurrence Ceva Santé Animale.

⁴⁴ Communiqué de presse de la Commission du 7 octobre 2016, « *Concentrations: la Commission autorise l'acquisition en commun de Slaney Foods JV et Slaney Proteins par ABP Group et Fane Valley* », IP/16/33/47.

⁴⁵ Communiqué de la Commission du 28 octobre 2016, « *Concentrations: la Commission ouvre une enquête approfondie sur le projet d'acquisition de Syngenta par ChemChina* ».

⁴⁶ Communiqué de la commission du 2 avril 2003, « *La Commission impose une amende à des fédérations françaises pour une entente dans le secteur de la viande bovine* », IP/03/479.

⁴⁷ Maretté Stéphan, Raynaud Emmanuel. « *Applications du droit de la concurrence au secteur agroalimentaire* ». In: Économie rurale. N°277-278, 2003. La politique de la concurrence dans l'agroalimentaire, p.9.

⁴⁸ Voir notamment, Organisation Mondiale pour l'Alimentation et l'Agriculture, FAO, The State of Agricultural Commodity Markets IN DEPTH, 2015-2016, note technique de Steve McCorriston, Competition and food security, p.2 : « *Food and agricultural markets have experienced common trends, most notably, growing*

particulièrement pour la distribution des produits de l'agro-alimentaire, le phénomène étant renforcé par une forte régionalisation des échanges et de l'appréciation des marchés pertinents⁴⁹. Un tel phénomène, favorable aux grandes marques et faisant reculer le poids des producteurs et petits commerces⁵⁰, fonde en grande partie l'intervention du droit des concentrations et anti-trust, afin d'éviter la disparition de toute pression concurrentielle dans le secteur, ce qui conduirait, notamment, à des hausses de prix⁵¹.

C'est cette appréhension de la concentration sur un marché essentiel pour l'Union a conduit la Commission à prendre plusieurs décisions les dernières années écoulées, encadrant les fusions ou rachats d'entreprises de la filière agro-alimentaire⁵².

concentration throughout the stages of the food chain downstream from agriculture and, in particular, the growing dominance of retail chains and fewer firms competing at the processing stage".

⁴⁹ Emanuela Ciapanna and Concetta Rondinelli, "Retail Market Structure and consumer prices in the Euro Area", ECB Working paper n°1744, Décembre 2014, p.11: "In France, the Paris region buying groups are the most concentrated, whereas for parent companies it is Touraine Charentes. Spanish concentration is high in North Centre at buying group and parent company level. The Belgian province du Brabant Wallon" and the Greek North Greece" show the highest level of concentration in those countries. Distrikt2 in the Netherlands, which includes the province of Noord-Holland, is more concentrated than Drenthe, the least concentrated is the Dutch region. Oporto shows the highest concentration in Portugal at the buying group level".

⁵⁰ Nelly Jazra Bandarra, « Tendances du secteur agro-alimentaire », in Revue du Droit de l'Union européenne, 2011, p.650 et s : « La distribution devient de plus en plus concentrée dans les chaînes nationales ou mondiales, les marques aussi. Le petit commerce recule. Dans ce cadre, le produit échappe de plus en plus au producteur qui ne peut en tirer la plus-value. Les négociations deviennent aussi plus difficiles, même si ce sont des associations professionnelles ou des coopératives qui les conduisent ».

⁵¹ OCDE, « Competition issues in the food chain industry », 15 mai 2014, DAF/COMP(2014)16, p.428 : « l'inflation des prix de détail des denrées alimentaires a été plus volatile que celle des produits non alimentaires ».

⁵² Voir, par exemple, Décision de la Commission du 6 juin 2013, LIMAGRAIN/KWS /GENECTIVE JV, C(2013) 4167 ; Décision de la Commission du 16 mars 2012, FORFARMERS /HENDRIX, C(2012) 1891 ; Décision de la Commission du 16 décembre 2014, CUTRALE/ SAFRA/ CHIQUITA, C(2014) 10062 final.