



HAL
open science

Le contrôle des concentrations de l'UE

Alexis Coskun

► **To cite this version:**

Alexis Coskun. Le contrôle des concentrations de l'UE : Note d'actualité : droit de la concurrence de l'UE 1/2016 (Septembre 2016). 2016. hal-03510721

HAL Id: hal-03510721

<https://hal.science/hal-03510721>

Submitted on 23 Feb 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.

Le contrôle des concentrations de l'UE

Septembre 2016

Alexis Coskun, Doctorant de l'Université de Strasbourg CEIE - EA 7307, ATER à l'Université Paris-1)

En septembre, le droit des concentrations a été confronté à deux enjeux stratégiques pour l'Union européenne : la politique des télécommunications et celle relative à l'énergie. Répondant aux objectifs de protection des consommateurs finaux et de la compétitivité des marchés, les deux affaires que nous vous présentons recèlent des intérêts tant doctrinaux qu'économiques et politiques.

Nous présenterons successivement l'acquisition de Vattenfall Europe Generation et de Vattenfall Europe Mining par EPH et PPF Investments et la création d'une entreprise commune entre Hutchison et VimpelCom en Italie en replaçant ces opérations dans leur contexte juridique et économique.

Mots clés: Concentrations-Politique-énergétique-Télécommunications-Engagements-Marchés pertinents-Libéralisation

I- L'affaire **Affaire M.8056. : acquisition de Vattenfall Europe Generation et de Vattenfall Europe Mining par EPH et PPF Investments**

La Commission a enquêté sur ce projet d'acquisition concernant tant les marchés de l'extraction et de la fourniture de lignite, la fourniture de lignite pulvérisé, la production et la fourniture en gros d'électricité sur le marché allemand. L'opération qui avait été préalablement notifiée le 18 août a été considérée comme ne risquant pas de fausser la concurrence sur le marché, et par conséquent autorisée. Le secteur du lignite, stratégique pour le mix énergétique allemand¹, fait face ces dernières années à plusieurs applications du droit de la concurrence de l'Union européenne comme en témoigne l'application conjointe des articles 106§2 et 102 au système grec d'exploration et d'extraction de ce combustible².

¹ Le lignite constitue la seconde source énergétique en Allemagne (25,6%), cf ; http://www.lesechos.fr/29/12/2014/lesechos.fr/0204044917124_en-allemande-l-electricite-renouvelable-arrive-en-tete.htm

² CJUE, 17 juillet 2014, Commission européenne contre Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI), Aff. C-553/12 P.

En l'espèce, la Commission a considéré qu'il n'y avait pas d'atteinte possible aux structures concurrentielles du fait de deux raisons principales.

Pour le marché de l'extraction et la fourniture de lignite, elle a souligné que l'entreprise Vattenfall exerçant ses activités principalement dans la région de la Lusace et d'EPH active dans le centre de l'Allemagne n'était pas en situation concurrentielle. La fusion envisagée ne pouvait dès lors conduire à une réduction de la concurrence au détriment des consommateurs.

En plus du critère géographique, la Commission a mis en exergue la non-substituabilité des produits des deux entreprises du fait d'une différence importante de qualité et de coûts de transport élevés.

Enfin, la Commission estime que la nouvelle entité fusionnée n'aura ni la capacité, ni la volonté de verrouiller le marché.

L'objectif majeur de la Commission transparait au cours de son enquête : la volonté d'assurer que le marché de l'énergie reste compétitif. C'est ainsi qu'elle indique que l'entité fusionnée ne serait pas en position de monopole ou de position dominante, mais devrait toujours faire face à l'importance de son concurrent REWE. Une telle approche n'est pas surprenante, elle constitue le cœur de l'action pro-concurrentielle de la Commission dans le secteur énergétique. En écho aux différentes étapes successives de la libéralisation de l'énergie en Europe³, la Commission n'a eu de cesse de contrôler et d'encadrer les concentrations pouvant affecter la structure concurrentielle du marché de l'énergie en prenant des décisions d'interdiction de concentration⁴ ou en imposant des mesures correctives sévères⁵.

Si cette activité décisionnelle de la Commission en lien avec l'objectif général de libéralisation est importante et remarquée en doctrine⁶, deux éléments retiennent ici particulièrement notre attention.

³ Il s'agit des successifs « paquets » de la libéralisation des différents secteurs énergétiques : Directive du parlement européen et du conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité 96/92/CE, JO L 27 et Directive du parlement européen et du conseil du 22 juin 1998, concernant les règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, 98/30/CE, JO L 204 ; Directive du parlement européen et du conseil du 26 juin 2003, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE, JO L 176, et Directive du parlement européen et du conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE JO L 176 ; Directive du parlement européen et du conseil du 13 juillet 2009, 2009/72/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, JO L 211, Directive du Parlement Européen et du Conseil du 13 juillet 2009 2009/73/CE, concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE, JO L 211, Règlement du parlement européen et du conseil du 25 octobre 2011, concernant l'intégrité et la transparence du marché de gros de l'énergie, 1227/2011, JO L 326.

⁴ Décision de la Commission du 9 décembre 2004, EDP/ENI/GDP, déclarant incompatible avec le marché commun l'opération de concentration par laquelle EDP – Energias de Portugal, SA et Eni Portugal Investment, SpA se proposent d'acquérir le contrôle conjoint de Gás de Portugal SGPS, C (2004) 4715 final. La décision a été, malgré les critiques, confirmée par le Tribunal de l'UE dans son arrêt du 21 septembre 2005, T-87/05, Rec. II-03745.

⁵ Voir notamment la décision de la Commission, 14 novembre 2006, Gaz de France/Suez ; déclarant compatible avec le marché commun l'opération par laquelle le groupe GDF fusionne avec SUEZ C (2006) 5419 final.

⁶ Daniel Harisson, Alastair Mordaunt, "Mergers in the energy sector: An overview of EU and national case law", 4 October 2012, e-Competitions Bulletin Energy & Mergers, Art. N° 49024.

La Commission semble accorder une importance particulière au caractère régional de la production de lignite, ne retenant dès lors pas un marché pertinent géographique national, mais régional comme elle a déjà eu l'occasion de le faire pour l'Allemagne⁷.

Ensuite, la Commission indique dans son communiqué de presse accompagnant la décision que la politique énergétique allemande conduira à renforcer la pression concurrentielle sur les producteurs de lignite en favorisant l'émergence accrue d'énergies renouvelables. Si le critère décisif du test de compatibilité de la concentration reste clairement concurrentiel, il est ici étayé par des considérations se rattachant d'abord à la politique environnementale. Il est peut-être trop tôt pour voir dans ces déclarations une amorce de prise en compte de ces problématiques au sein même de l'analyse des concentrations par la Commission, comme cela peut se pratiquer pour les gains d'efficacité⁸. Cependant, la référence faite à ces considérations montre *a minima* un intérêt croissant dans l'analyse des structures de marché, dévolu aux questions écologiques en lien avec les stratégies européennes de diversification des mix énergétiques.

II- L'affaire Hutchison/VimpelCom M.7758 : création d'une entreprise commune entre Hutchison et VimpelCom en Italie

La Commission européenne a approuvé le projet d'entreprise commune dans le secteur italien des télécommunications entre les entreprises Hutchison et VimpelCom qui constituent respectivement les 3ème et 4ème groupes du secteur.

L'autorisation a néanmoins été soumise à des mesures structurelles destinées à conforter le caractère compétitif du marché européen des télécoms. Ces conditions permettront l'entrée en Italie d'un nouvel opérateur français Iliad. À l'heure de l'avancée du marché unique numérique⁹, priorité de la Commission Junker, et près de quinze ans après la mise en œuvre de la Directive relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques¹⁰, la Commissaire européenne Vestager s'est réjouie qu'un « nouvel opérateur de réseau mobile, Iliad, (puisse) entrer sur le marché italien », ajoutant que cette concentration montrait la possibilité de l'expansion transfrontalière au sein même de l'Union européenne¹¹.

⁷ La Commission retient souvent un marché pertinent national, comme ce fût le cas pour l'Italie notamment dans l'affaire ENI / ACEGASAPS / JV, du 11 avril 2011, COMP/M.6068 et plus généralement pour les grands producteurs, voir particulièrement CENTRICA/ BORD GAIS ENERGY, du 13 juin 2014, et les décisions citées au paragraphe 18 ; sans pour autant totalement exclure la probabilité d'un marché géographique pertinent régional comme ce fût déjà le cas pour l'entreprise vatenfall dans l'affaire VATTENFALL/ NUON ENERGY, du 22 juin 2009, COMP/M.5496, arguant de la structure particulière du marché outre-Rhin.

⁸ Le considérant 29 du Règlement 139/2004 relatif au contrôle des concentrations indique que « Pour déterminer l'effet d'une concentration sur la structure de la concurrence dans le marché commun, il convient de tenir compte des gains d'efficacité probables démontrés par les entreprises concernées. Il est possible que les gains d'efficacité résultant de la concentration contrebalancent les effets sur la concurrence, et notamment le préjudice potentiel pour les consommateurs, qu'elle aurait sinon pu avoir et que, de ce fait, celle-ci n'entrave pas 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. La Commission devrait publier des orientations sur les conditions dans lesquelles elle peut prendre en considération des gains d'efficacité dans l'appréciation d'une concentration ».

⁹ Communication de la Commission européenne, du 6 mai 2015, Stratégie pour un marché unique numérique en Europe, COM (2015) final.

¹⁰ Commission européenne, Directive du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques, 2002/77/CE.

¹¹ Communiqué de presse de la Commissaire Vestager du 1er septembre 2016, n°16/2934.

Les craintes présentées par la Commission concernaient majoritairement les conséquences probables d'une telle concentration pour les intérêts des consommateurs et principalement les hypothèses:

- de diminution du choix et de la qualité des services,
- d'augmentation du prix suite à une coordination des comportements concurrentiels des entreprises,
- de réduction des incitations des opérateurs de réseau mobile à héberger des opérateurs dits virtuels.

Suite à la concentration, et en l'absence du nouvel entrant, il ne serait resté que quatre compétiteurs sur le marché.

Ces anticipations sont classiques en droit européen de la concurrence.

Elles correspondent d'abord à une vision fortement ancrée en doctrine soulignant la confrontation possible entre concentrations dans le champ des télécommunications et intérêts des consommateurs. Nombre d'auteurs et d'institutions ont largement mis en lumière que des grandes entités post concentrations pourraient faire passer au second plan les réponses aux besoins des consommateurs¹².

Elles renvoient également à un processus économique majeur de restructuration dans le secteur des télécoms dans toute l'Union européenne¹³ incluant un grand nombre de concentrations. Une note du cabinet PricewaterhouseCoopers notait à cet égard que 2015 constituait une année record¹⁴ pour la France, tandis que 9 transactions supérieures à un milliard d'euros s'étaient réalisées dans le secteur dit des TMT la même année.

Ce mouvement économique s'est logiquement accompagné d'un activisme décisionnel de la Commission. En 2016, se fondant sur des impératifs de protection des consommateurs similaires à ceux développés en l'espèce elle s'est déjà opposée au projet de rachat de Telefónica UK par Hutchison¹⁵ et a soumis l'acquisition de l'opérateur de réseau mobile BASE par Liberty Global à des conditions importantes telles que la vente de participation dans une entreprise tierce et la cession d'une partie de la clientèle de Base¹⁶.

En 2015 pour le secteur des télécommunications, la Commission avait autorisé sous conditions deux concentrations¹⁷ et lancé une enquête approfondie¹⁸.

En l'espèce, la Commission a accepté les engagements suivants proposés par les parties :

¹² Hearing before the Committee on the judiciary United State Senate, 11 septembre 1996, p.131. Voir également, Alexander Svetlicinii, Telecommunications mergers under the EC Competition Law and US Antitrust Law : substantive assesment and procedural cooperation, in Cambridge Student Law review, 2008, pp.22-39.

¹³ http://www.lemonde.fr/economie/article/2015/03/17/la-concentration-des-telecoms-en-europe-ne-fait-que-commencer_4595121_3234.html

¹⁴ <https://www.pwc.fr/fr/assets/files/pdf/2016/07/PwC%20-%20Etude%20Transactions%20dans%20le%20secteur%20TMT.070716.pdf>

¹⁵ Décision de la Commission du 11 mai 2016, TELEFÓNICA UK /HUTCHISON M.7612.

¹⁶ Décision de la Commission du 4 février 2016, BASE/ LIBERTY GLOBAL M.7637.

¹⁷ Décision de la Commission du 19 mai 2015, ORANGE / JAZZTEL M.7421 et Décision du 20 avril 2015, PT PORTUGAL/ALTICE M.7499.

¹⁸ Communiqué de presse du "Commission ouvre une enquête approfondie sur le projet de concentration entre les activités de TeliaSonera et de Telenor dans le secteur des télécommunications au Danemark », IP/ 15/4749.

- la cession au nouvel opérateur de réseau mobile d'une partie des radiofréquences de l'entreprise commune,
- le transfert ou la relocalisation par l'entreprise commune de stations de base pour téléphonie mobile vers le nouvel opérateur et enfin
- un accord de transition permettant au nouvel entrant sur le marché d'utiliser au moins provisoirement le réseau de l'entreprise commune.

De tels engagements ne sont pas inédits et s'insèrent dans une pratique ancrée de la Commission qui rejoint les objectifs de la construction du marché unique. L'attention portée aux opérateurs de réseau virtuel qui offrent des services mobiles aux consommateurs en utilisant le réseau physique des opérateurs de réseau mobile fait régulièrement l'objet d'engagements entre les parties et se matérialise souvent, comme en l'espèce par des accords de transition et de cession de fréquences. Ce fût déjà le cas en 2014 lors du rachat de Telefónica Ireland par Hutchison 3G où des mesures structurelles similaires à celles requises ici permirent l'entrée de deux nouveaux opérateurs virtuels¹⁹ ou, la même année, lors du rachat d'E-Plus par Telefónica Deutschland qui prescrit encore des cessions de fréquences²⁰.

¹⁹ Communiqué de presse du 28 mai 2014, IP/14/607.

²⁰ Communiqué de presse du 2 juillet 2014, IP/14/771.