

La conversion d'une filiale à 100 % en entreprise commune est-elle une concentration ?

À l'occasion d'une question préjudicielle qui concernait l'entreprise autrichienne Austria Asphalt, la Cour de justice de l'Union européenne a précisé que le passage d'un contrôle exclusif à un contrôle conjoint d'une entreprise déjà existante ne relève du champ des concentrations qu'à condition que l'entreprise commune issue de l'opération soit « de plein exercice ».



Karine Turbeaux,
avocat associé



Virginie Rebeyrotte,
avocat

SUR LES AUTEURS

Karine Turbeaux est avocat associé et Virginie Rebeyrotte avocat au sein du cabinet Renaudier qui est dédié exclusivement au droit économique et qui est l'un des cabinets d'avocats français les plus actifs dans ses principaux domaines d'activité – distribution, concurrence, concentrations – tant en conseil qu'en contentieux.

La transformation d'une entreprise faisant l'objet d'un contrôle exclusif par son actionnaire en une entreprise commune contrôlée conjointement par cet actionnaire et un nouvel actionnaire constitue-t-elle une opération de concentration qui doit être notifiée aux autorités compétentes, alors même que l'entreprise commune ne serait pas de plein exercice ?

Telle est la question préjudicielle qui a été posée à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) par la Cour suprême d'Autriche.

« L'entreprise commune ayant préexisté sous contrôle exclusif devra être de plein exercice pour être notifiable »

Au préalable, rappelons que constitue une opération de concentration le passage d'un contrôle unique à un contrôle conjoint d'une entreprise (article 3.1.b du règlement 139/2004 relatif au contrôle des concentrations).

De même, constitue une opération de concentration la création d'une entreprise commune de « plein exercice » (article 3.4 du règlement 139/2004 relatif au contrôle des concentrations), c'est-à-dire

sous le contrôle conjoint d'au moins deux entreprises et qui :

- dispose des ressources financières suffisantes pour opérer de manière indépendante sur le marché ;
- exerce des activités qui vont au-delà des fonctions spécifiques pour les sociétés mères ;

- a vocation à fonctionner de manière durable sur un marché.

Inversement, la création d'une entreprise commune qui ne serait pas de plein exercice ne relève pas du contrôle des concentrations.

La question n'était en l'espèce pas dénuée d'intérêt. En effet, à défaut d'être qualifiée de concentration, l'opération qui consistait en la prise de contrôle conjoint d'une centrale de mixage d'asphalte destinée à la construction de routes par deux groupes d'entreprises de construction concurrents pouvait tomber sous le coup des ententes prohibées.

Deux réponses divergentes à cette question s'affrontaient.

La première était celle de la Commission européenne qui considérait que l'opération constituait une concentration du seul fait du passage d'un contrôle unique à un contrôle conjoint, quand bien même l'entreprise commune ne serait pas de « plein exercice ». Notons au passage que la Commission, auparavant interrogée dans le cadre de la prénotification du dossier par les parties, avait adopté la solution totalement inverse en indiquant dans une lettre administrative - qui ne produit aucun effet obligatoire - que l'opération n'est pas concentrative ; contradiction que n'a pas manqué de relever l'Avocat général dans ses conclusions devant la CJUE.

La seconde réponse consistait à considérer que l'opération n'est pas une concentration dès lors que l'entreprise commune n'était pas de « plein exercice », et ce, quand bien même il y avait passage d'un contrôle unique à un contrôle conjoint. C'était la position adoptée par le Tribunal de la concurrence autrichien.

Principe dégagé par la Cour

Suivant l'avis de son avocat général, la CJUE a, dans son arrêt du 7 sep-

LES POINTS CLÉS

- Tout changement de contrôle exclusif vers un contrôle conjoint ne peut pas être qualifié de concentration.
- Dans le cas de la transformation d'une entreprise faisant l'objet d'un contrôle exclusif par son actionnaire en une entreprise commune contrôlée conjointement par cet actionnaire et un nouvel actionnaire, l'opération ne sera qualifiée de concentration que si l'entreprise commune issue de l'opération est de « plein exercice ».

tembre 2017 (affaire C-248/16 Austria Asphalt), fait une interprétation non pas littérale des articles 3.1.b et 3.4 du règlement 139/2004, mais téléologique en recherchant l'économie générale et la finalité de celui-ci.

Selon la Cour de justice, le règlement 139/2004 ne tient compte que des opérations qui conduisent à un changement de la structure du marché. Cette situation plaide pour que, dans le cas d'un changement de contrôle exclusif vers un contrôle conjoint, ce changement ne soit concentratif que s'il concerne une entreprise commune de plein exercice. En

effet, comme le souligne la Cour, si l'on devait considérer qu'est concentratif le passage d'un contrôle exclusif vers un contrôle conjoint d'une entreprise qui ne serait pas de plein exercice, cela reviendrait à étendre le contrôle préventif des autorités de concurrence à des opérations n'étant pas susceptibles d'avoir un effet sur la structure du marché concerné et de réduire le champ d'application du règlement n°1/2003 prohibant les pratiques anticoncurrentielles.

La Cour considère par ailleurs que retenir la solution de la Commission européenne instaurerait une inégalité de traitement

injustifiée entre les entreprises communes nouvellement créées, qui devraient être notifiées uniquement si elles sont de plein exercice, et celles préexistantes mais initialement sous contrôle exclusif, qui devraient être notifiées même si elles ne sont pas de plein exercice.

En d'autres termes, la règle est donc la même quelle que soit l'origine de l'entreprise commune : qu'elle ait été créée ex nihilo ou qu'elle ait préexisté sous le contrôle exclusif d'une seule entreprise, une opération de concentration ne sera réalisée que si l'entreprise commune est de plein exercice.

