



Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M^{ME} JULIANE KOKOTT
présentées le 27 avril 2017¹

Affaire C-248/16

**Austria Asphalt GmbH & Co OG
contre
Bundeskartellanwalt**

[demande de décision préjudicielle formée par l'Oberster Gerichtshof (Cour suprême, Autriche)]

« Concurrence – Contrôle des concentrations entre entreprises (“contrôle des fusions”) – Article 3 du règlement (CE) n° 139/2004 – Champ d’application matériel – Notion de “concentration” – Passage d’un contrôle unique à un contrôle commun d’une entreprise – Transformation d’une entreprise existante sans caractère d’entreprise de plein exercice en une entreprise commune sans caractère d’entreprise de plein exercice – Délimitation des compétences entre la Commission européenne et les autorités nationales compétentes en matière de contrôle des concentrations »

I. Introduction

1. Ulrich von Liechtenstein, chantre de l’amour courtois, songeait sans doute à bien des choses lorsque, en l’an 1227, son voyage de Venise en Bohême, qu’il a immortalisé dans son œuvre, le mena par le lieu-dit Mürzzuschlag², aujourd’hui en Autriche³. Qui sait s’il présentait alors déjà que cette bourgade située sur les rives pittoresques de la Mürz deviendrait un jour le théâtre de la première procédure préjudicielle en matière de contrôle des concentrations ?

2. La présente affaire a pour origine une centrale de mixage d’asphalte qui, jusqu’à présent, est intégralement détenue par un grand groupe d’entreprises de construction mais doit à l’avenir être exploitée conjointement par ce même groupe et un autre groupe d’entreprises de construction. Le projet est donc, en d’autres termes, de transformer la centrale de mixage d’asphalte déjà existante en une *entreprise commune*. Le problème qui, dans ce cadre, se pose au regard du contrôle des concentrations est que cette centrale n’est *pas une entreprise de plein exercice*, parce que son activité se limite à approvisionner sa société mère actuelle – et, à l’avenir, ses deux sociétés mères – et qu’elle ne joue par ailleurs, de façon indépendante, aucun rôle significatif sur le marché.

¹ Langue originale : l’allemand.

² [ˌmyrtsˈtsu : ʃla :k].

³ Le terme « *Mürzslage* » que le poète, né autour de l’an 1200 et mort en 1275, utilise dans son épopée *Frauendienst* [Au service de la belle dame] est en même temps considéré comme la première mention écrite de la ville de Mürzzuschlag.

3. Dans ce contexte, la Cour est appelée à résoudre la question éminemment fondamentale de savoir ce qui fait l'essence même d'une concentration entre entreprises au sens de l'article 3 du règlement (CE) n° 139/2004⁴. Il s'agit concrètement de l'article 3, paragraphe 1, sous b), et de l'article 3, paragraphe 4, du règlement n° 139/2004, la question étant de savoir si, en vertu de ces dispositions, des entreprises telles que la centrale de Mürzzuschlag qui, faute d'opérer de façon indépendante sur le marché, ne peuvent pas être considérées comme étant des entreprises de plein exercice, sont néanmoins soumises au contrôle des concentrations lorsque des tiers y acquièrent des participations.

4. Les questions ainsi soulevées par la transformation en une entreprise commune d'une entreprise existante n'ayant pas le caractère d'une entreprise de plein exercice peuvent au premier abord paraître extrêmement techniques et le sujet, sans nul doute, est plus aride que la poésie d'un Ulrich von Liechtenstein. Il présente toutefois une importance pratique qu'il convient de ne pas sous-estimer pour le système du droit de l'Union de mise en œuvre des règles de concurrence dans le marché intérieur. En effet, l'interprétation de l'article 3 du règlement n° 139/2004 permet non seulement de tracer, à l'horizontale, la ligne de partage entre le contrôle des concentrations en vertu du règlement n° 139/2004 et le système de mise en œuvre du droit des ententes en vertu du règlement (CE) n° 1/2003⁵, mais aussi de délimiter, à la verticale, les compétences de la Commission européenne en tant qu'autorité de contrôle des concentrations dans le marché intérieur par rapport aux services des États membres chargés de s'occuper des concentrations, tant il est vrai que le contrôle des concentrations repose sur le principe d'une répartition précise des compétences⁶.

II. Le cadre juridique

5. Le cadre juridique de cette affaire en droit de l'Union est déterminé par l'article 3 du règlement n° 139/2004, qui est intitulé « Définition de la concentration » et libellé en les termes suivants :

« 1. Une concentration est réputée réalisée lorsqu'un changement durable du contrôle résulte :

[...]

b) de l'acquisition, par une ou plusieurs personnes détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou par une ou plusieurs entreprises, du contrôle direct ou indirect de l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs autres entreprises, que ce soit par prise de participations au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen.

[...]

4. La création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome constitue une concentration au sens du paragraphe 1, point b).

[...] »

4 Règlement du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (JO 2004, L 24, p. 1).

5 Règlement du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 [CE] et 82 [CE] (JO 2003, L 1, p. 1).

6 Voir arrêts du 25 septembre 2003, Schlüsselverlag J. S. Moser e.a./Commission (C-170/02 P, EU:C:2003:501, point 32), ainsi que du 22 juin 2004, Portugal/Commission (C-42/01, EU:C:2004:379, point 50) ; voir, dans le même sens, arrêt du 18 décembre 2007, Cementbouw Handel & Industrie/Commission (C-202/06 P, EU:C:2007:814, point 37).

6. Le considérant 20 du règlement n° 139/2004 apporte des précisions sur l'article 3, paragraphes 1 et 4, de ce même règlement :

« Il est utile de définir la notion de concentration de telle sorte qu'elle couvre les opérations entraînant un changement durable du contrôle des entreprises concernées et donc de la structure du marché. Il convient par conséquent d'inclure dans le champ d'application du présent règlement toutes les entreprises communes accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome. [...] »

7. À titre complémentaire, il convient d'évoquer le considérant 8 de ce règlement :

« Les dispositions à arrêter dans le présent règlement devraient s'appliquer aux modifications structurelles importantes dont l'effet sur le marché s'étend au-delà des frontières nationales d'un État membre. Ces concentrations devraient, en règle générale, être examinées exclusivement au niveau de la Communauté, en application du système du "guichet unique" et conformément au principe de subsidiarité. Les concentrations qui ne sont pas couvertes par le présent règlement relèvent, en principe, de la compétence des États membres. »

8. Il convient, enfin, de mentionner l'article 21 du règlement n° 139/2004, qui est intitulé « Application du règlement et compétence » et dont les dispositions – pour autant qu'elles sont ici pertinentes – sont libellées en les termes suivants⁷ :

« 1. Le présent règlement est seul applicable aux concentrations telles que définies à l'article 3, et [le règlement n° 1/2003 n'est] pas applicable [...], sauf aux entreprises communes qui n'ont pas de dimension communautaire et qui ont pour objet ou pour effet la coordination du comportement concurrentiel d'entreprises qui restent indépendantes.

2. Sous réserve du contrôle de la Cour de justice, la Commission a compétence exclusive pour arrêter les décisions prévues au présent règlement.

3. Les États membres n'appliquent pas leur législation nationale sur la concurrence aux opérations de concentration de dimension communautaire.

[...] »

9. La communication juridictionnelle codifiée de la Commission⁸ ne fait *pas* partie du cadre juridique aux fins de la présente affaire car il ne s'agit que d'un document dépourvu de caractère juridiquement contraignant dans lequel la Commission, pour des raisons de transparence, fait connaître sa position juridique et sa pratique administrative concernant les questions de compétence dans le cadre du contrôle des concentrations⁹.

III. Les faits et la procédure au principal

10. La société Austria Asphalt GmbH & Co OG (ci-après « AA ») est une filiale indirecte de Strabag SE, alors que Teerag Asdag AG (ci-après « TA ») appartient au groupe Porr. Il s'agit dans les deux cas de groupes internationaux d'entreprises de construction qui sont présents, notamment, dans la construction de routes.

⁷ Les références aux règlements autres que le règlement n° 1/2003 contenues dans le libellé original de l'article 21, paragraphe 1, du règlement n° 139/2004 étant obsolètes, nous avons préféré, dans l'intérêt d'une meilleure lisibilité, les omettre dans la citation qui suit.

⁸ 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 2008, C 95, p. 1, la version française rectifiée a été republiée au JO 2009, C 43, p. 10).

⁹ Voir notamment, à ce propos, point 3 de la communication juridictionnelle codifiée.

11. La centrale de mixage d'asphalte de Mürzzuschlag est située sur le territoire de la commune de Mürzzuschlag dans le Land de Styrie (Autriche). Cette centrale produit de l'asphalte destiné à la construction de routes qu'elle livre presque exclusivement à TA, qui est actuellement son unique actionnaire.

12. AA et TA envisagent de créer une société de droit autrichien sous la forme d'une société à responsabilité limitée et en commandite (GmbH & Co KG) dans laquelle chacune prendra 50 % des parts de la société en commandite et 50 % des parts de commanditaire. Toutes les décisions au sein de l'assemblée des associés de la nouvelle société requerront l'unanimité.

13. Il est prévu que TA transfère la centrale de mixage d'asphalte à la nouvelle société. Comme cela est indiqué dans la décision de renvoi, sous l'angle économique, l'opération peut s'analyser en ce que AA va acquérir une participation de 50 % dans la centrale de mixage d'asphalte en tant qu'entreprise cible déjà existante, tandis que TA, en tant que cédant qui exerçait jusqu'ici seul le contrôle, continuera à détenir une participation liée à un contrôle commun. L'asphalte produit dans la centrale sera destiné presque exclusivement à AA et TA.

14. Le 3 août 2015, AA a notifié cette transaction à l'autorité fédérale de la concurrence, conformément à la loi autrichienne, la Kartellgesetz 2005 (loi sur les ententes de 2005, ci-après la « loi sur les ententes »). Ainsi qu'il ressort du dossier, la direction générale de la concurrence de la Commission européenne avait auparavant déjà informé AA, dans une lettre administrative, que le projet ne semblait pas être une concentration au sens de l'article 3 du règlement n° 139/2004¹⁰. Cette déclaration était toutefois assortie d'un avertissement exprès indiquant qu'il ne s'agissait que du point de vue d'un service de la Commission, qui ne liait pas celle-ci en tant qu'institution de l'Union européenne.

15. À la suite de la notification du 3 août 2015, le Bundeskartellanwalt (agent fédéral des ententes, Autriche) a présenté dans les délais à l'Oberlandesgericht Wien (tribunal régional supérieur de Vienne, Autriche), dans sa fonction de tribunal de la concurrence, une demande d'examen en vertu de l'article 11, paragraphe 1, de la loi sur les ententes. Le tribunal de la concurrence a toutefois rejeté cette demande par une ordonnance du 6 octobre 2015. À titre de motivation, il a indiqué que la transaction notifiée était une concentration de dimension européenne, si bien que c'était non pas le droit de la concurrence autrichien, mais uniquement le droit de l'Union qui s'appliquait, sous la forme du règlement n° 139/2004.

16. L'Oberster Gerichtshof (Cour suprême, Autriche)¹¹ doit maintenant, dans sa fonction de tribunal supérieur de la concurrence, statuer sur le recours formé par AA contre l'ordonnance susmentionnée du tribunal de la concurrence. Par son recours, AA cherche à obtenir l'annulation de l'ordonnance du tribunal de la concurrence afin que sa transaction soit traitée comme un projet de concentration soumis à notification en application du droit de la concurrence autrichien (articles 7 et 9 de la loi sur les ententes).

10 Lettre du 22 décembre 2015 (Konsultation C.1493 – STRABAG/PORR / AMA Mürzzuschlag), signée par le directeur compétent, au sein de la direction générale (DG) de la concurrence, pour les domaines « Industries de base, secteur manufacturier et agriculture ».

11 Note sans objet dans la version en langue française des présentes conclusions.

IV. La question préjudicielle et la procédure devant la Cour

17. Par ordonnance du 31 mars 2016, parvenue à la Cour le 2 mai 2016, l'Oberster Gerichtshof (Cour suprême) a soumis à la Cour, en application de l'article 267 TFUE, la question préjudicielle suivante :

« Les articles 3, paragraphe 1, sous b), et 3, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 139/2004 doivent-ils être interprétés en ce sens que, en cas de passage d'un contrôle unique à un contrôle commun sur une entreprise déterminée, à l'occasion duquel l'entreprise exerçant auparavant seule le contrôle conservera une participation en exerçant conjointement un contrôle, n'entraîne une concentration que si cette entreprise présente de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome ? »

18. AA, l'agent fédéral des ententes et la Commission ont participé à la procédure devant la Cour en présentant des observations écrites ; ces mêmes parties étaient également représentées lors de l'audience du 22 mars 2017.

V. Appréciation

19. Par sa question, la juridiction de renvoi souhaite en substance savoir si une modification du contrôle d'une entreprise existante – dans le cas présent, le passage d'un contrôle unique à un contrôle commun de la centrale de mixage d'asphalte de Mürzzuschlag – peut être considérée comme une concentration entre entreprises au sens de l'article 3 du règlement n° 139/2004 également dans le cas où l'entreprise commune qui procède de cette transaction n'est pas une entreprise de plein exercice.

20. Le point de départ est incontesté : la notion de « concentration » s'entend, conformément à l'article 3, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 139/2004, de toute opération qui conduit à l'acquisition durable du contrôle unique ou commun d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise. L'articulation de cette disposition avec l'article 3, paragraphe 4, du règlement n° 139/2004 pose néanmoins problème. Cette dernière disposition fait en effet également entrer dans la notion de « concentration » la « création d'une entreprise commune », à condition toutefois que cette entreprise commune accomplisse « de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome », c'est-à-dire qu'il s'agisse d'une entreprise de plein exercice.

21. Cette formulation ainsi que la place qu'occupe l'article 3, paragraphe 4, du règlement n° 139/2004 dans l'économie du texte font naître un doute sur le point de savoir si les entreprises communes ne sont, de manière générale, soumises au contrôle des concentrations que lorsqu'il s'agit d'« entités économiques autonomes », c'est-à-dire – en d'autres termes – d'entreprises de plein exercice. Il serait en effet également concevable de comprendre l'article 3, paragraphe 4, du règlement n° 139/2004 en ce sens que cette référence restrictive au caractère de plein exercice ne vaut que pour la *création* de *nouvelles* entreprises communes, mais non en cas de *transformation* d'une entreprise *existante* en une entreprise commune contrôlée conjointement par deux groupes. Si cette seconde lecture était retenue, *toutes les opérations* se traduisant par une modification durable, au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 139/2004, du contrôle des entreprises (communes) existantes relèveraient en définitive du contrôle des concentrations, que celles-ci soient des entreprises de plein exercice ou – à l'instar de la centrale de mixage d'asphalte de Mürzzuschlag – de simples unités de production qui n'opèrent pas de façon indépendante sur le marché.

22. Il est intéressant de noter que la Commission, dans la présente procédure juridictionnelle, défend cette seconde lecture, alors même que précédemment, *dans la même affaire*, le service de la Commission compétent en matière de contrôle des concentrations avait adopté le point de vue diamétralement opposé¹². Il est extrêmement regrettable que, s'agissant d'une question de compétence aussi fondamentale et récurrente, la Commission n'établisse pas par avance une ligne claire et s'y tienne avec cohérence¹³. C'est alors seulement que les acteurs du marché pourraient faire fond sur les prises de position et conseils des services de la Commission compétents en matière de contrôle des concentrations – quand bien même ceux-ci seraient exprimés dans des courriers administratifs auxquels ne s'attache aucun effet obligatoire – et anticiper utilement leurs obligations au regard du droit de l'Union.

23. Il ne nous paraît pas très utile de nous engager maintenant dans une réflexion purement abstraite sur le point de savoir si l'article 3, paragraphe 4, du règlement n° 139/2004 conduit, pour le domaine des entreprises communes, à une extension, une restriction ou une simple précision de la notion de « concentration » figurant à l'article 3, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 139/2004. Il s'agit plutôt de trouver une solution qui fonctionne en pratique pour l'interprétation et l'application de l'article 3 du règlement n° 139/2004. Il convient à cette fin, conformément à la jurisprudence constante de la Cour, de tenir compte à la fois des termes, du contexte et des objectifs de cette disposition¹⁴.

A. Sur le libellé

24. Le libellé de l'article 3 du règlement n° 139/2004 ne donne pas de renseignement précis sur la question ici discutée. L'article 3, paragraphe 4, du règlement n° 139/2004 se borne à constater que la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome constitue une concentration au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous b), de ce même règlement. Cette formulation ne fait pas clairement apparaître si le caractère d'entreprise de plein exercice – c'est-à-dire le fait qu'il y ait accomplissement, de manière durable, de toutes les fonctions d'une entité économique autonome – est nécessaire uniquement en cas de création d'une *nouvelle* entreprise commune, ou si cette disposition vise également la transformation d'une entreprise déjà existante en une entreprise commune, si bien qu'une telle entreprise n'est soumise au contrôle des concentrations que lorsqu'elle est une entreprise de plein exercice.

25. Le litige porté devant la Cour est la parfaite illustration du fait que ces deux interprétations peuvent être défendues. On peut en effet comprendre l'article 3, paragraphe 4, du règlement n° 139/2004, conformément au point de vue exprimé par AA, en ce sens que, de manière très générale, *seules* relèvent du contrôle des concentrations les entreprises communes qui sont des entreprises de plein exercice, indépendamment du point de savoir si leur « création » correspond à la naissance d'une entreprise entièrement nouvelle ou procède de la transformation d'une entreprise existante en une entreprise commune. Il est toutefois également possible, au vu du libellé de l'article 3, paragraphe 4, du règlement n° 139/2004, de se ranger à l'opinion de la Commission et de considérer que c'est uniquement en cas de création d'une nouvelle entreprise commune que le caractère d'entreprise de plein exercice est une condition pour la mise en œuvre d'un contrôle des concentrations, alors que la modification du contrôle d'une entreprise déjà existante – par sa transformation en une entreprise commune – relèverait en toute hypothèse du contrôle des

¹² Voir à cet égard point 14 et note 10 des présentes conclusions.

¹³ La juridiction de renvoi attire l'attention sur le fait que, dans sa pratique décisionnelle portant sur des cas de passage d'un contrôle unique à un contrôle commun, la Commission, jusque tout récemment encore, parfois examine le critère du plein exercice, et parfois l'ignore.

¹⁴ Voir notamment arrêt du 8 septembre 2015, Espagne/Parlement et Conseil (C-44/14, EU:C:2015:554, point 44), et, dans le même sens, arrêt du 8 novembre 2016, Ognyanov (C-554/14, EU:C:2016:835, point 31).

concentrations, quand bien même le caractère d'entreprise de plein exercice ferait défaut ; en effet, ni l'article 3, paragraphe 4, ni l'article 3, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 139/2004 n'exige expressément qu'également des entreprises *existantes* accomplissent de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome.

26. Lorsque le libellé d'une disposition du droit de l'Union peut donner lieu – comme c'est le cas, en l'espèce, avec l'article 3 du règlement n° 139/2004 – à des interprétations différentes, il convient de rechercher l'interprétation correcte en fonction de la finalité de cette disposition et de la manière dont elle s'insère dans l'économie générale du texte. À titre complémentaire, la genèse de la disposition peut être prise en considération.

B. Sur les objectifs

27. Le considérant 20, deuxième phrase, du règlement n° 139/2004 apporte des précisions sur la disposition ici litigieuse de l'article 3, paragraphe 4, de ce même règlement. Il énonce qu'il convient d'inclure dans le champ d'application dudit règlement toutes les entreprises communes accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome – c'est-à-dire, en d'autres termes, toutes les entreprises communes ayant le caractère d'une entreprise de plein exercice.

28. Le règlement n° 139/2004 ne fait donc *pas* de distinction, dans ses considérants, entre les entreprises communes nouvellement créées et celles qui – comme en l'espèce – procèdent de l'opération consistant à faire passer sous le contrôle commun de deux groupes des entreprises déjà existantes et soumises jusqu'alors au contrôle unique d'un groupe. Dans ces conditions, il convient de considérer que l'article 3, paragraphe 4, du règlement n° 139/2004 ne connaît pas non plus cette distinction, mais qu'il établit de manière très générale l'exigence du plein exercice pour *toutes les entreprises communes*, que celles-ci aient été nouvellement créées ou que leur « création » résulte de la transformation d'une entreprise existante en une entreprise commune.

29. L'objectif général du contrôle des concentrations plaide au demeurant également en faveur d'une telle lecture. Ainsi qu'il ressort du considérant 8 du règlement n° 139/2004, ledit règlement devrait en effet s'appliquer aux *modifications structurelles importantes* dont l'effet sur le marché s'étend au-delà des frontières nationales d'un État membre. Dans le même esprit, le considérant 20, première phrase, énonce qu'il est utile de définir la notion de « concentration » de telle sorte qu'elle couvre les opérations entraînant un changement durable du contrôle des entreprises concernées et donc de la *structure du marché*.

30. Compte tenu de cet objectif, le contrôle des concentrations vise donc les opérations qui conduisent à un changement de la structure du marché. Or, la structure du marché n'est changée qu'en cas de modifications significatives du contrôle d'entreprises qui sont effectivement présentes sur le marché ou qui, à tout le moins, envisagent sérieusement de le devenir.

31. Il serait contraire à l'essence même du contrôle des concentrations que de soumettre à un contrôle ex ante obligatoire, effectué par la Commission au regard des critères du règlement n° 139/2004, une opération consistant à transformer en entreprise commune une entreprise existante sans caractère de plein exercice. En effet, lorsqu'une entité n'opère pas de façon indépendante sur le marché, une modification du contrôle de cette entité ne peut pas non plus conduire à une modification de la structure du marché.

32. Dans ces conditions, l'argument que la Commission tire de l'emploi du mot « *auch* » [« également »], au considérant 20, deuxième phrase, du règlement n° 139/2004, semble assez vain. En effet, d'une part, cette formulation ne figure que dans quelques versions linguistiques du règlement, telles que la version en langue allemande, alors qu'elle est en revanche totalement absente d'un bon nombre d'autres versions linguistiques, et notamment de la version en langues anglaise et française.

D'autre part, l'argument de la Commission n'est pas non plus très convaincant sur le fond. De prime abord, il se peut certes que la formulation selon laquelle « [également]* toutes les entreprises communes accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome »¹⁵ doivent être incluses dans le champ d'application du règlement n° 139/2004 n'exclue pas que le contrôle des concentrations porte en plus sur d'autres types d'entreprises communes – à savoir celles qui n'ont *pas* le caractère d'entreprise de plein exercice. En y regardant de plus près, toutefois, cela serait contraire à l'objectif général du règlement n° 139/2004 qui consiste à appliquer un contrôle ex ante aux projets conduisant à des modifications de la structure du marché.

33. Contrairement à ce que pense la Commission, la transformation en entreprise commune d'une entreprise sans caractère de plein exercice ne peut pas davantage être soumise au contrôle des concentrations au titre de l'article 3, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 139/2004. En effet, la définition générale de la notion de « concentration » figurant dans cette disposition suppose un changement durable du contrôle d'une *entreprise* ou d'une *partie d'entreprise*. La notion d'« entreprise » s'entend dans ce cadre – comme d'ailleurs généralement en droit de la concurrence de l'Union – dans son acception fonctionnelle et comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement¹⁶. Étant donné que constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné¹⁷, des entreprises communes qui n'opèrent *pas* de façon indépendante sur le marché – c'est-à-dire des entreprises sans caractère de plein exercice – sont d'emblée exclues du champ d'application de l'article 3, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 139/2004.

C. Sur le contexte

34. Le résultat n'est pas différent si l'on prend en considération le contexte dans lequel s'insère l'article 3 du règlement n° 139/2004.

35. Tant le règlement n° 139/2004 que son « cousin », le règlement n° 1/2003, contribuent en définitive à la mise en œuvre des règles de concurrence pour le marché intérieur prévues aux articles 101 et 102 TFUE, étant précisé que c'est toujours seulement l'un de ces deux règlements qui peut s'appliquer (voir, sur ce point, l'article 21, paragraphe 1, du règlement n° 139/2004).

36. Alors que, dans le champ d'application du règlement n° 139/2004, c'est un système préventif et obligatoire de contrôle ex ante des modifications de la structure du marché qui a été mis en place, le comportement des entreprises sur le marché – qu'il s'agisse de comportements collusoires ou d'abus unilatéraux de position dominante – relève par ailleurs exclusivement, en vertu du règlement n° 1/2003, d'un contrôle répressif ex post, dont la mise en œuvre dépend de surcroît du pouvoir discrétionnaire des autorités de concurrence.

* Ndt. : ajouté par nos soins.

¹⁵

Mise en italique par nos soins.

¹⁶ Arrêts du 23 avril 1991, Höfner et Elser (C-41/90, EU:C:1991:161, point 21) ; du 16 mars 2004, AOK-Bundesverband e.a. (C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, EU:C:2004:150, point 46), ainsi que du 17 septembre 2015, Total/Commission (C-597/13 P, EU:C:2015:613, point 33) ; voir déjà, de manière analogue, arrêt du 12 juillet 1984, Hydrotherm Gerätebau (170/83, EU:C:1984:271, point 11).

¹⁷ Arrêts du 18 juin 1998, Commission/Italie (C-35/96, EU:C:1998:303, point 36) ; du 12 septembre 2000, Pavlov e.a. (C-180/98 à C-184/98, EU:C:2000:428, point 75) ; du 10 janvier 2006, Cassa di Risparmio di Firenze e.a. (C-222/04, EU:C:2006:8, point 108) ; du 1^{er} juillet 2008, MOTOE (C-49/07, EU:C:2008:376, point 22), ainsi que du 23 février 2016, Commission/Hongrie (C-179/14, EU:C:2016:108, point 149).

37. Ainsi qu'il ressort de l'article 21, paragraphe 1, du règlement n° 139/2004, la notion de « concentration » au sens de l'article 3 du règlement n° 139/2004 trace la ligne de partage entre ces deux sous-domaines du droit de la concurrence de l'Union¹⁸. Une lecture de l'article 3 du règlement n° 139/2004 conforme à cette logique nécessite par conséquent d'interpréter la notion de « concentration » de manière à ce que seules de véritables modifications de la structure du marché soient soumises au contrôle des concentrations, et non, en revanche, le simple comportement d'entreprises sur le marché.

38. Par conséquent, l'article 3, paragraphe 4, du règlement n° 139/2004 devrait être interprété en ce sens que, y compris dans le cas d'une transformation d'une entreprise existante en une entreprise commune, il n'y a concentration au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 139/2004 que lorsqu'il s'agit d'une entreprise de plein exercice. C'est en effet dans cette hypothèse seulement qu'intervient une modification de la structure du marché pouvant justifier la mise en œuvre de la procédure de contrôle des concentrations. En revanche, si l'opération en question donne naissance à une entreprise commune *sans* caractère de plein exercice, il y a tout au plus lieu de craindre une coordination du comportement sur le marché des deux sociétés mères dans le cadre de leur coopération au sein de l'entreprise commune. Même si elle peut tout à fait s'avérer pertinente au regard des articles 101 et 102 TFUE, une telle coordination du comportement sur le marché est une question qui relève non pas du contrôle des concentrations, mais du règlement n° 1/2003.

39. L'agent fédéral des ententes rappelle que les autorités de concurrence, en cas de renonciation à un contrôle ex ante dans les cas tels que la présente affaire, ne pourraient plus intervenir aussi rapidement contre une éventuelle atteinte à la concurrence sur un marché déjà fortement concentré. Or, une telle conséquence s'inscrit dans la logique du système de mise en œuvre du droit des ententes introduit par le règlement n° 1/2003. C'est en pleine connaissance de cause que le législateur de l'Union a renoncé à une notification préalable obligatoire des ententes à partir du 1^{er} mai 2004, afin, d'une part, de responsabiliser davantage les acteurs du marché et, d'autre part, de libérer des ressources auprès des autorités de concurrence, ce qui, en définitive, élargit leur marge de manœuvre dans le cadre de la mise en œuvre du droit des ententes. Un accroissement, par le truchement d'une interprétation large de la notion de « concentration », du nombre de cas susceptibles de relever du champ d'application du contrôle des concentrations conduirait en définitive à méconnaître la nouvelle logique qui préside au système mis en place depuis le 1^{er} mai 2004, avec le règlement n° 139/2004 et le règlement n° 1/2003, pour faire respecter les règles de concurrence de l'Union. Rien n'empêche les autorités de concurrence nationales d'accorder, dans le cadre de leurs priorités pour la mise en œuvre du droit des ententes (articles 101 et 102 TFUE), une attention particulière à ce qui se passe sur les marchés fortement concentrés, tels que le marché ici litigieux.

D. Sur la genèse

40. Enfin, un coup d'œil sur la genèse de l'article 3, paragraphe 4, du règlement n° 139/2004 ne remet pas non plus en cause ce résultat.

41. L'article 3, paragraphe 4, du règlement n° 139/2004 remonte au règlement (CE) n° 1310/97¹⁹, qui avait déjà introduit une disposition identique dans la réglementation qui a précédé l'actuel règlement n° 139/2004.

¹⁸ La pratique antérieure d'une application sporadique aux concentrations d'entreprises de l'article 85 du traité CEE (devenu l'article 101 TFUE), ou de l'article 86 du traité CEE (devenu l'article 102 TFUE), ainsi que des règles de procédure adoptées pour leur mise en œuvre (aujourd'hui le règlement n° 1/2003) (voir arrêts du 21 février 1973, Europemballage et Continental Can/Commission, 6/72, EU:C:1973:22, ainsi que du 17 novembre 1987, British American Tobacco et Reynolds Industries/Commission, 142/84 et 156/84, EU:C:1987:490) est devenue obsolète avec l'entrée en vigueur de dispositions autonomes relatives au contrôle des concentrations, telles qu'elles sont désormais consignées dans le règlement n° 139/2004.

¹⁹ Règlement du Conseil du 30 juin 1997 modifiant le règlement (CEE) n° 4064/89 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (JO 1997, L 180, p. 1).

42. Or, déjà à cette époque, le législateur de l'Union avait veillé à ce que les modifications durables de la structure d'entreprises soient soumises au contrôle des concentrations. L'objectif déclaré de la nouvelle réglementation introduite à l'époque, dont le libellé a d'ailleurs conservé force de loi jusqu'à aujourd'hui²⁰, était d'inclure dans le champ d'application du contrôle des concentrations *toutes les entreprises communes de plein exercice*²¹.

43. De simples coopérations entre entreprises qui, certes, conduisent à la création d'entreprises communes, mais sans que celles-ci opèrent de façon autonome sur le marché, n'ont en revanche jamais fait l'objet du contrôle des concentrations, pas plus en vertu du règlement n° 139/2004 que de son prédécesseur²².

E. Observations finales

44. Tout bien considéré, la notion de « concentration » au sens de l'article 3 du règlement n° 139/2004 doit donc s'entendre en ce sens que la création d'entreprises communes – que ce soit en donnant naissance à des entreprises entièrement nouvelles ou en transformant des entreprises existantes en entreprises communes – ne relève du contrôle des concentrations que lorsqu'il s'agit d'entreprises de plein exercice.

45. En effet, ce qui vaut pour la création d'une entreprise commune entièrement nouvelle doit à plus forte raison s'appliquer également lors de la transformation d'une entreprise existante en une entreprise commune. Ce constat est encore plus vrai dans un cas où, comme en l'espèce, l'opération litigieuse, en raison du projet de création d'une nouvelle société commerciale²³, se rapproche fortement d'une création d'une nouvelle entreprise.

46. Nous comprenons difficilement la crainte exprimée par la Commission lors de l'audience, à savoir que l'application systématique du critère de l'entreprise de plein exercice puisse devenir le maillon faible dans la mise en œuvre efficace du contrôle des concentrations (« *enforcement gap* » en anglais). Il nous semble bien au contraire que la renonciation au critère de l'entreprise de plein exercice lors de la transformation d'entreprises existantes en entreprises communes, solution privilégiée par la Commission, pourrait conduire à une dilution de la notion de « concentration » au sens de l'article 3 du règlement n° 139/2004 et détourner l'attention de la Commission des opérations véritablement pertinentes pour la structure du marché.

47. À la différence de la Commission, nous considérons au demeurant qu'il n'est pas nécessaire, dans la présente procédure, de se prononcer sur le point de savoir à quelles conditions la possible disparition d'une entreprise commune du marché est soumise au contrôle des concentrations. En effet, le présent cas de figure concerne non pas la disparition mais, à l'exact opposé, la naissance d'une entreprise commune. S'il devait arriver qu'une entreprise, *après* sa transformation en une entreprise commune – c'est-à-dire *après* une modification du contrôle de cette entreprise – soit retirée du marché par ses sociétés mères, il s'agirait d'une question touchant davantage au comportement des sociétés mères sur le marché (article 101 ou article 102 TFUE) qu'à la modification des structures du marché.

20 L'adoption du règlement n° 139/2004 aujourd'hui en vigueur n'a donné lieu qu'à une simple renumérotation des dispositions pertinentes au sein de l'article 3 dudit règlement.

21 Voir, à ce sujet, considérant 5 du règlement n° 1310/97, qui est libellé de la manière suivante : « considérant qu'il convient de définir la notion de concentration, de telle sorte qu'elle couvre les opérations entraînant un changement durable dans la structure des entreprises concernées ; que, dans le cas spécifique des entreprises communes, il est indiqué d'inclure dans le champ d'application et la procédure du règlement (CEE) n° 4064/89 toutes les entreprises communes de plein exercice. [...] ».

22 D'après la règle initiale de l'article 3, paragraphe 2, du règlement n° 4064/89, les entreprises communes *coopératives* – à l'inverse des entreprises communes *concentratives* – ne relevaient *pas* du contrôle des concentrations.

23 Voir, à cet égard, point 13 des présentes conclusions.

VI. Conclusion

48. Au vu des considérations qui précèdent, nous proposons à la Cour de répondre à la demande de décision préjudicielle de l'Oberster Gerichtshof (Cour suprême, Autriche) de la manière suivante :

L'opération consistant à faire passer une entreprise existante, ou une partie d'entreprise existante, soumise jusqu'alors au contrôle unique d'un groupe, sous le contrôle commun de ce même groupe et d'un autre groupe, indépendant de ce premier groupe, ne constitue une concentration entre entreprises au sens de l'article 3 du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises que si l'entreprise commune qui procède de cette transaction accomplit de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome.