

### Concurrence

# La mise en commun d'outils de production n'est pas une « concentration »

La cour européenne clarifie le sort des opérations concernant des centrales d'enrobage.

Par **Nathalie Jalabert-Doury**, avocate associée, Mayer Brown

**P**ar un arrêt concernant la mise en commun d'une centrale d'enrobage (CJUE, 7 septembre 2017, « Austria Asphalt », aff. C-248/16), la Cour de justice de l'UE (CJUE) énonce clairement que les entreprises communes partageant uniquement des outils de production à l'usage principal de leurs sociétés mères ne sont pas soumises au contrôle des concentrations. Cette solution a le mérite de la clarté. Elle n'est pas forcément une bonne nouvelle.

#### Les règles sur les ententes, toujours d'application.

Rappelons que le règlement européen relatif aux concentrations du 20 janvier 2004 soumet à notification et autorisation préalable les créations d'entreprises communes contrôlées conjointement et accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entreprise autonome (dites « de plein exercice »). L'objectif est de ne traiter au titre des concentrations que les opérations qui modifient la structure de la concurrence sur le marché. Au contraire, les entreprises communes qui ne font que reprendre une fonction exercée par leurs sociétés mères et leur achètent/revendent essentiellement leur production ne sont pas soumises à ce régime.

Sur cette base, on considère de longue date que la mise en commun d'outils de production, dont la constitution de centrales

d'enrobage en commun, n'est pas une concentration. En effet, le plus souvent, ces centrales d'enrobage détenues en commun sont dans une large mesure approvisionnées par leurs sociétés mères et leur vendent prioritairement les quantités produites, même si des ventes aux tiers sont possibles.

Ceci étant, cette solution n'est pas toujours idéale : ces entreprises communes de production sont souvent constituées entre entreprises concurrentes sur ces marchés, ou en amont ou aval. A partir du moment où elles ne sont pas autorisées au titre du contrôle des concentrations, ces opérations peuvent être remises en question au titre des règles relatives aux ententes et abus de position dominante et faire l'objet d'enquêtes ou de contestations après leur constitution, avec les risques associés (amendes, nécessité de modifier l'opération, etc.).

Par ailleurs, quelques Etats membres requièrent par exception la notification préalable de ces entreprises communes qui ne sont pas de plein exercice au titre du contrôle des concentrations. Tel est notamment le cas de l'Allemagne, de l'Autriche, de la Pologne ou encore du Royaume-Uni, avec la nécessité parfois de notifier l'opération de manière parallèle dans plusieurs de ces Etats membres, tandis que d'autres autorités de concurrence se saisissent sur le fondement des règles relatives aux ententes.

**Le plein exercice, un critère déterminant.** Ceci explique pourquoi les parties à la constitution de telles entreprises communes ont exploité un autre alinéa du règlement européen, qui dispose que la prise de contrôle conjoint d'une entreprise existante est aussi une concentration, sans exiger à ce niveau la condition de plein exercice (article 3, 1, b du règlement). La Commission a rendu un certain nombre de décisions sur cette base concernant des entreprises existantes qui passaient sous contrôle conjoint, voire des sociétés nouvelles auxquelles les parties apportaient chacune des portions d'entreprises déjà existantes.

C'était peut-être aller trop loin. Et la CJUE vient de fermer totalement cette voie, en énonçant que, dans toutes les configurations d'entreprises communes, le critère du plein exercice est requis pour que le contrôle des concentrations européen s'applique. Tous les régimes nationaux alignés sur la définition européenne de la concentration ont vocation à connaître le même sort. Tel est notamment le cas du droit français. ●

## Comment déterminer le régime d'une entreprise commune

### Contrôle conjoint ?

► Les actionnaires devront-ils s'entendre sur la stratégie (50/50, droits de veto sur les décisions majeures) ?

Oui

Non

### Plein exercice ?

► L'entreprise commune réalisera-t-elle moins de 80% de ses achats et/ou ventes avec ses sociétés mères ou le fera aux conditions du marché de manière autonome ?

Oui

Non

### Seuils ?

► Les parties atteignent-elles les seuils européens ou, à défaut, nationaux dans un ou plusieurs Etats membres ?

Oui

L'opération est-elle notifiable dans les Etats membres qui requièrent plus largement la notification des entreprises communes non contrôlées conjointement et/ou qui ne sont pas de plein exercice (Allemagne, Autriche, Pologne, Royaume-Uni...)?

Oui

Opération soumise à autorisation préalable.

Non

Opération non soumise à autorisation préalable pouvant être contestée ou faire l'objet d'enquêtes au titre des ententes ou abus de position dominante => analyse de risque nécessaire.