

Mémoire professionnel — Master II Droit des Affaires et des Transports

2015-2016

Les concentrations d'entreprises dans le secteur aérien européen

Présenté et soutenu par :

Michael Gasparetto-Warburton

Sous la direction de :

DE LA ROSA Stéphane

Maitre de stage :

GIGLIO Armando

REMERCIEMENTS

Je tenais, avant de rentrer dans le vif du sujet, adresser mes plus sincères remerciements à plusieurs personnes sans qui ce mémoire n'aurait certainement jamais vu le jour.

En premier lieu, je voudrais remercier mon directeur de mémoire, Monsieur Stéphane DE LA ROSA. Tout d'abord le remercier de m'avoir apporté de précieux conseils dans la réalisation de cette étude et de m'avoir conseillé et aidé tant au niveau de l'élaboration du plan que dans la rédaction en elle-même. Ensuite, au-delà de l'encadrement chaleureux dont j'ai pu bénéficier dans la mise en oeuvre de ce mémoire, je voudrais surtout le remercier d'avoir fait de moi un amoureux du droit européen. Ses cours, tout au long de mon parcours à l'Université de Valenciennes et du Hainaut-Cambrésis, que ce soit en Licence ou en Master, ont été pour moi une véritable source de plaisir.

En second lieu, je remercie vivement l'entreprise *DELQUIGNIES* dans laquelle j'ai effectué mon stage de fin d'études en tant que juriste et plus précisément Messieurs Sébastien DELQUIGNIES et Armando GIGLIO ainsi que Madame Estelle SAPIN. Ces mois ont été pour moi très enrichissant aussi bien professionnellement qu'humainement.

En dernier lieu, je remercie tout particulièrement mes parents sans qui je ne serai pas arrivé jusqu'en Master II.

SOMMAIRE

PARTIE I — Le contrôle conjoint des concentrations par la Commission Européenne et les Autorités Nationales de Concurrence ————— **p.15**

TITRE I — La volonté de la Commission Européenne de mettre en avant les Autorités Nationales de Concurrence ————— **p.17**

TITRE II — L’appréciation de l’opération de concentration par la Commission Européenne et les Autorités Nationales de Concurrence ————— **p.35**

PARTIE II — Le contrôle européen des concentrations d’entreprises aériennes par la Commission Européenne : Entre exigence de protection du libre jeu de la concurrence et insuffisance du contrôle ————— **p. 63**

TITRE I — L’interdiction de l’opération de concentration : La dernière volonté de la Commission Européenne ————— **p. 65**

TITRE II — Le contournement du droit applicable en matière de concentration par les compagnies aériennes : La nécessaire refonte du règlement de 2004 ————— **p. 93**

INTRODUCTION

« *Il y a trop de compagnies aériennes [...] Aucune industrie n'est aussi fragmentée* »

C'est en ces termes, glaciales mais directes, que l'ancien président de l'Association Internationale du Transport Aérien (AITA) de 2002 à 2011, *Giovanni Bisignani*, dressait le bilan de la rentabilité des compagnies aériennes de par le monde dans une interview de 2008 accordée au quotidien suisse *Le Temps*.

À l'époque, même si les compagnies aériennes avaient déjà commencé un peu à « *se rapprocher* », par le biais d'alliance, les relations que celles-ci pouvaient entretenir entre elles n'étaient pas aussi poussées que ce qu'elles sont à l'heure actuelle. Sans doute renforcés par les constatations émises par l'ex-président de AITA, les transporteurs, toujours en continuant à se « *rapprocher* », ont commencé à se « *concentrer* », c'est-à-dire qu'ils ont entrepris de se regrouper grâce à des formes plus poussées d'intégration à savoir par le recours aux *fusions* entre deux ou plusieurs compagnies aériennes ou alors par des *prises de participations minoritaires* dans le capital d'autres compagnies aériennes. Ces fusions et ces prises de participations minoritaires ne pouvant revêtir la qualification de *concentration* qu'à partir du moment où s'opère un changement durable du contrôle d'une compagnie. Si pour le cas des fusions cette notion de changement durable du contrôle ne laisse pas de doute puisque cela suppose une acquisition à plus de 50% du capital de la compagnie cible. Les prises de participations minoritaires, elles, font l'objet d'un vif débat quant à savoir si celles-ci opèrent un changement durable car de part leur nature, elles sont inférieures à 50%.¹ Qu'importe cette préoccupation à l'époque, le mouvement de concentration était bel et bien né et en pleine expansion en Europe.² On distinguera les concentrations horizontales, c'est-à-dire celles entre des entreprises du même secteur d'activité, donc deux ou plusieurs compagnies aériennes

¹ Article 3, paragraphe 1, a) et b) du Règlement n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

² La concentration entre le groupe français *Air France* et le groupe néerlandais *KLM* en 2004 marque le début de ce processus (COMP/M.3280 *Air France/KLM*)

entre elles et les concentrations verticales, à savoir entre une entreprise et un de ses fournisseurs, par exemple entre une compagnie aérienne et une raffinerie.

Quoi qu'il en soit, les conseils d'administration et organes décisionnels qui composent les différents transporteurs aériens n'ont pas attendus les propos tenus par *Giovanni Bisignani* pour entreprendre ce mouvement de concentration. En effet, une autre considération, cette fois-ci d'ordre réglementaire, a été l'élément déclencheur de ce bouleversement de la structure organisationnelle des géants du secteur aérien. L'élément fondateur étant la libéralisation du secteur aérien européen, celle-ci suivant les traces laissées par les États-Unis qui ont eux procédé à cette libéralisation auparavant, entre 1978 et 1984. Intervenue véritablement le 1er avril 1997 après un processus engagé dès la fin des années 1980 et s'étalant donc sur dix ans par le biais de *trois phases* préalables; 1987 a vu l'assouplissement des conditions commerciales d'exploitation, puis avec 1990 on a assisté à la possibilité pour les États d'assurer des liaisons intérieures sur le territoire d'un autre État. Enfin, en 1993, les restrictions vis-à-vis de la liberté tarifaire ont été abolies. C'est donc véritablement grâce à l'accord sur le « *ciel unique européen* » qui vient reprendre tout le travail déjà engagé, que désormais, chaque compagnie dite européenne peut librement desservir n'importe quel aéroport de l'Union Européenne sans discrimination liée à sa nationalité à condition que celles-ci répondent à des conditions qui font d'elle une compagnie européenne³ et mettant par voie de conséquence, fin au cabotage.⁴ Notamment, une compagnie sera dite européenne à partir du moment où celle-ci est immatriculée dans un des vingt-huit États membres de l'Union. De plus, cet accord vient garantir la liberté tarifaire à toutes les compagnies aériennes dans l'exploitation des lignes intra-européennes.

Cette libéralisation a été synonyme d'accroissement de la concurrence pour chacun des transporteurs aériens de part et d'autre de l'Europe. Si avant la libéralisation totale ceux-ci bénéficiaient d'une sorte de quasi-monopole puisque l'organisation du secteur aérien était régie à l'échelle nationale et que donc seules les compagnies dites nationales pouvaient desservir le territoire de l'État à moins qu'il existe des accords bilatéraux entre deux États

³ Règlement n°1008/2008 du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aérien dans la Communauté

⁴ Article 15 de l'accord sur le « *ciel unique européen* »

visant à permettre aux compagnies aériennes de ces États d'assurer des liaisons et la desserte des aéroports des pays signataires de l'accord bilatéral. Depuis la libéralisation, les transporteurs nationaux peuvent potentiellement voir l'arrivée sur des liaisons intérieures toutes les compagnies qui répondent aux critères pour se voir décerner la nationalité européenne.

Par ailleurs, la concurrence entre les opérateurs du secteur aérien a été amplifiée par l'apparition en Europe, quelques années après cette libéralisation, des compagnies dites « *low-cost* » qui elles-mêmes étaient apparues aux États-Unis après la libéralisation. Celle-ci n'hésite pas à pratiquer une concurrence parfois très agressive vis-à-vis des compagnies dites « *traditionnelles ou historiques* ». Néanmoins, les compagnies *low-cost* ne fonctionnent pas sur le même modèle économique que les compagnies historiques. L'argument principal des compagnies *low-cost* réside sur le prix du billet d'avion. Elles ne sont pas là pour offrir le meilleur réseau de liaison à leur clientèle mais elles sont seulement là pour proposer le meilleur prix sur des routes en particulier. Le service fourni au client se traduit dans sa plus simple forme : vous transporter d'un point -A à un point -B le moins cher possible et ce dans une recherche permanente d'économie. Cela se traduit notamment par le fait qu'elles ne disposent, pour la majeure partie d'entre elles, que d'un seul type d'avion - même si cela rend difficile la recherche de partenaires, c'est un atout dans une fusion dans la mesure où si elle fusionne avec une entreprise ayant un autre modèle d'avion, ces entreprises seront donc en mesure de fournir une palette plus grande à leur clientèle. Toutefois les fusions ont moins lieu d'être dans la mesure où elles ont déjà fondé toutes leurs stratégies sur des bas coûts de fonctionnement.

Toutes ces raisons font du secteur aérien un secteur extrêmement concurrentiel où les marges sont faibles et les coûts auxquels font face les compagnies sont très élevées que ce soit au niveau de l'achat de la flotte aérienne puis de sa maintenance ou encore l'achat du carburant, nerfs de la guerre. Dans un contexte de rentabilité économique toujours plus important et avec la menace de la faillite qui n'est jamais très loin, la concentration représente un bon moyen pour les transporteurs de parvenir à une rentabilité économique par le biais d'économies d'échelles. Cependant, les concentrations ne présentent pas que des avantages et peuvent

potentiellement être de nature à porter atteinte au libre jeu de la concurrence. L'Union Européenne est très hostile à tout type d'accord que peuvent conclure les entreprises ayant pour effet de porter atteinte à la concurrence. L'intérêt que l'on tire du contrôle des concentrations est de permettre aux autorités compétentes en matière de concurrence, de réguler les changements qui s'opèrent dans les structures de marché en décidant si deux ou plusieurs entreprises commerciales peuvent se concentrer. En effet, en raison du principe même de la concentration, celle-ci vient, en quelque sorte, redessiner le marché commun européen bien plus encore que les ententes. Il est donc de la compétence des autorités concurrentielles d'identifier et d'interdire les concentrations qui auraient un impact négatif sur le marché. Dans tous les cas où une concentration présente des restrictions de concurrence, c'est toujours le consommateur qui va subir les conséquences négatives de celle-ci car c'est notamment sur le prix que les compagnies aériennes se livrent bataille. L'autre élément étant la qualité du voyage.

Lorsqu'on regarde les principales pratiques potentiellement anticoncurrentielles que sont l'entente illicite, l'abus de position dominante et la concentration portant atteinte au libre jeu de la concurrence. Ce qui est surprenant c'est qu'on constate que l'une de ces trois pratiques est absente des traités fondateurs de la Communauté Économique Européenne et de l'Union Européenne. Cette pratique, c'est la concentration portant atteinte au libre jeu de la concurrence. Cette absence est source d'interrogations dans la mesure où le traité instituant la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier, « *le traité CECA* » de 1954 contient un chapitre intitulé « *Ententes et concentrations* »⁵ alors que le traité originel instituant la Communauté Économique Européenne de 1957 et ses successeurs ont décidé de ne pas retenir la notion de concentration et d'y ajouter celle d'abus de position dominante à sa place. Par cette décision, les pères fondateurs de la construction européenne font le choix de se focaliser sur le comportement des entreprises plutôt que sur les concentrations qui, à terme, affectent de façon significative la structure du marché. On peut notamment expliquer cette omission par le fait que le Traité CECA se focalise sur les matériaux que sont le charbon et l'acier et qu'à ce titre seules les industries exploitant ces matériaux étaient visées par les dispositions du traité. Il était donc beaucoup plus facile pour les six pays formant la communauté de s'entendre à ce

⁵ Le chapitre VI regroupant les articles 65 et 66 s'intitule « *Ententes et concentrations* »

sujet. De plus, la faculté de contrôler les fusions dans ce domaine, et au sortir de la deuxième guerre mondiale, était considérée comme d'une extrême importance au regard des matériaux en question puisque indispensable à une guerre. Si l'on raisonne a contrario, le traité originel instituant la Communauté Économique Européenne avait pour but l'ouverture des économies⁶, la pensée des pères fondateurs était plutôt de faciliter cette ouverture, même si cela passait par des concentrations plutôt que de chercher, dès le début de la construction, à sanctionner les fusions. De plus il est extrêmement plus compliqué de trouver un consensus sur des règles en matière de concentrations relatives à tous les types d'industries des États membres composant la Communauté que des règles relatives à un ou plusieurs domaines. Quoiqu'il en soit, le choix des pères fondateurs de ne pas intégrer de règles spécifiques relatives aux concentrations d'entreprises a eu des conséquences vis-à-vis des entreprises elles-mêmes qui ont profité de cette absence de contrôle par les institutions européennes pour se livrer à des opérations de concentration en toute impunité et sur le comportement de la Commission européenne vis-à-vis de cette absence de contrôle.

Cependant, un peu avant le dixième anniversaire du traité instituant la Communauté Économique Européenne, le besoin d'avoir un véritable encadrement européen des concentrations d'entreprises s'est fait ressentir. Cette absence de contrôle commençant à être particulièrement mal vécue par la Commission puisque celle-ci avait déclaré qu'une certaine forme de contrôle communautaire des concentrations européennes était nécessaire. En effet la Commission avait de plus en plus le sentiment que son incapacité à contrôler les opérations de concentration l'empêchait de garantir un contrôle efficace sur la concurrence au sein du marché commun. C'est donc tout naturellement que celle-ci, en 1973, a élaboré et proposé un premier projet visant à lui donner compétence pour apprécier les opérations de concentration. La Commission Européenne s'est alors heurtée à la rigidité du Conseil qui ne partageait pas le même engouement qu'elle pour une législation spécifique en matière de concentration. Deux raisons sont ici à évoquer ; la première source de conflit se trouvant dans le fait que pour qu'un règlement soit adopté, il fallait, à l'époque, obligatoirement que le Conseil se prononce à l'unanimité de ses membres, mais entre les États qui ne percevaient pas nécessairement l'utilité d'un contrôle des concentrations et entre ceux qui y voyaient un intérêt mais qui

⁶ Article 2 du traité de Rome de 1957 instituant la Communauté Économique Européenne

étaient plus que frileux à l'idée de concéder un pouvoir à la Commission sur des questions affectant directement leur paysage industriel et commercial, le projet de règlement n'était pas près d'avancer.

En plus des querelles relatives à l'utilité de disposer d'un contrôle des concentrations, les États membres étaient également divisés sur les dispositions mêmes du règlement puisque celui-ci donnait, selon eux, un pouvoir discrétionnaire important, voire trop important, à la Commission pour déterminer si oui ou non une concentration avait une dimension européenne. Les États membres étaient précisément divisés sur le point de savoir quel critère substantiel devait être retenue pour appréhender les opérations de concentration et plus précisément de savoir s'il fallait se focaliser uniquement sur les effets sur la concurrence ou s'il fallait prendre, en plus des effets sur la concurrence, d'autres éléments extérieurs tels industriels ou sociaux. En plus de susciter ces interrogations, la question s'est très vite posé de savoir à partir de quand une opération de concentration relève de la compétence de la Commission Européenne ou relève d'un État membre et quelle relation doit-on envisager entre le droit communautaire et le droit des États membres. À cause de ces nombreux points d'interrogations, le premier projet de règlement élaboré par la Commission en 1973, et ceux qui suivront, seront tous systématiquement rejetés, jusqu'en 1989. Dans la foulée du premier refus, la Commission Européenne, d'ores et déjà frustrée par ce *veto politique* du Conseil de voir une réglementation spécifique naître et qui lui permettrait de contrôler les opérations de concentration au sein du marché commun, tout en continuant de faire pression sur le Conseil pour que celui-ci lève ses aprioris, commença à utiliser les outils existant et à sa portée pour procéder à ce contrôle, du moins à un soupçon de contrôle. Dans sa démarche d'apprécier de façon détournée les opérations de concentration, la Commission Européenne s'est tournée, en premier lieu, vers l'article 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) et par la suite l'article 101 TFUE pour prévenir les rachats et les acquisitions d'actions d'entreprises susceptibles d'avoir une incidence négative sur le marché commun.

Le recours à l'article 102 TFUE a très rapidement été légitimé par la Cour de Justice des Communautés Européennes⁷ (CJCE) puisque celle-ci a reconnu que le recours à l'article

⁷ CJCE, 21 février 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. contre Commission des Communautés européennes*. Affaire 6-72. paragraphe 28

pouvait être utilisé pour prévenir qu'une entreprise en position dominante sur le marché n'abuse de cette position dominante en rachetant une entreprise concurrente et, par voie de conséquence, renforce sa position dominante. Cependant, au vu du caractère détourné de l'application de l'article 102, le recours à cet article, pour le cas des concentrations, reste limité puisque l'entreprise souhaitant acquérir une autre entreprise doit être dans une situation de position dominante pour que l'article soit utilisable. L'utilisation de cet article est court-circuitée lorsque deux ou plusieurs entreprises désirent fusionner en vue de créer une position dominante ou encore lorsqu'une entreprise en position dominante est rachetée par une entreprise ne se trouvant pas en situation de position dominante. Dans le cadre de l'article 102, celui-ci ne permet de contrôler uniquement le renforcement d'une position dominante mais aucunement la création d'une position dominante.

Le recours à l'article 101 TFUE est quant à lui intervenu plus tardivement et un peu par surprise. En effet, la Commission Européenne semblait avoir écarté son utilisation dans la mesure où celui-ci ne se révélait pas particulièrement efficace pour le but recherché. Cette position étant justifiée par le fait que cet article ne vise que les ententes entre entreprises juridiquement indépendantes et qu'à ce titre il serait artificiel d'y avoir recours. Toutefois, à l'image d'un revirement de jurisprudence que pourrait effectuer la Cour de Justice, la Commission Européenne est revenue sur sa position initiale. Certainement guidée par le sentiment de frustration grandissant du fait qu'aucune réglementation spécifique n'avait encore été adoptée depuis le déclenchement du projet par ses soins. C'est donc tout naturellement que la Commission s'est mise à utiliser l'article 101 TFUE comme une nouvelle arme dans sa lutte pour contrôler les concentrations à tout prix et ainsi montrer au Conseil qu'elle n'était pas prête d'abandonner son combat. De la même manière que l'article 102 TFUE, le recours à l'article 101 TFUE a lui aussi été légitimé par la CJCE⁸ puisque celle-ci a eu l'occasion d'affirmer que l'article 101 TFUE pouvait être utilisé lorsqu'une entreprise acquiert une participation minoritaire dans une autre entreprise. Cette décision de la CJCE a eu un effet retentissant puisque suscitant des interrogations notamment pour savoir si l'article 101 TFUE devait être étendu aux concentrations de manière générale. La Commission Européenne n'a pas hésité une seule seconde pour s'engouffrer dans les incertitudes

⁸ CJCE, 17 novembre 1987, *British-American Tobacco Company Ltd et R. J. Reynolds Inc. c/ Commission*. Affaires jointes 142 et 156/84

provoquées par cette solution, celle-ci invitant, encore une fois, les États membres à (re)négocier un règlement en matière de concentration. Le feu vert fut alors donné par le Conseil à la Commission pour élaborer un nouveau projet de règlement.

De nos jours, c'est le règlement (CE) n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises qui constitue, à l'heure actuelle, la clef de voûte du régime. Le règlement européen en matière de concentration a pour but de préserver la compétition sur le marché et d'apporter des avantages aux clients de ce marché, en l'occurrence celui du transport aérien civil de passagers. Ces avantages passent par une variété de choix ; des biens et des services de qualité ou encore par la pratique de petits prix. En interdisant les concentrations qui porteraient atteinte au marché commun, le règlement a pour objectif d'empêcher la perte de ces avantages au profit des entreprises qui verraient leur pouvoir sur le marché considérablement augmenté. On entend par « *renforcement de leur pouvoir sur le marché* », le fait qu'ils pourraient notamment, pour reprendre nos exemples précédents, augmenter les prix sur ce marché où favoriser l'utilisation de biens et des services de mauvaises qualités dans la mesure où les usagers n'auraient pas d'autres choix que de recourir à leur service.

Avec ce règlement, il appartient donc à la Commission et aux Autorités Nationales de Concurrence d'établir si, oui ou non, le projet de concentration qui leur est soumis est de nature à porter atteinte au marché commun. Pour déterminer si la concentration entrainera un bouleversement négatif de la concurrence sur le marché, la concentration doit être placée dans un contexte où la position existe déjà et donc dans laquelle il s'agira d'analyser les conséquences d'une telle position. Pour établir une atteinte significative à la concurrence effective, il est nécessaire de démontrer un lien causal entre l'autorisation de la concentration et le préjudice concurrentiel. Afin de déterminer si une concentration d'entreprises est compatible avec le marché commun, la Commission doit parvenir à évaluer si celle-ci constituerait une atteinte significative à l'exercice d'une concurrence effective et donc si la concentration a pour but l'atteinte significative. Avant toute chose, la Commission et les Autorités Nationales de Concurrence doivent déterminer quel est le marché pertinent car c'est après avoir déterminé le marché pertinent en cause qu'elle sera en mesure de dégager les

informations essentielles au regard du pouvoir dont les parties disposeront une fois la concentration effectuée sur ce marché. La définition du marché pertinent est également cruciale pour comprendre comment s'opère la concurrence sur ce marché. Ainsi, elle met tous les éléments de son côté pour pratiquer le contrôle concurrentiel. L'utilité principale que l'on retire de la définition du marché pertinent est de permettre à la Commission et aux Autorités Nationales de Concurrence de dégager les contraintes concurrentielles auxquelles les concurrents des entreprises fusionnées feront face. Ce n'est pas une fin en soi mais un outil permettant à la Commission d'identifier différentes situations dans lesquelles un problème de concurrence pourrait survenir. Une fois le marché pertinent déterminé, elle sera alors en état d'identifier les principales conséquences anticoncurrentielles qui seront engendrés par la concentration, si la celle-ci présente trop de désavantage alors l'autorité de concurrence offre la possibilité aux compagnies de proposer des mesures correctrices pour rétablir l'équilibre concurrentiel.

Les questions qui se posent alors sont au nombre de trois :

- ◆ **Comment la Commission Européenne et les Autorités Nationales de Concurrence viennent-elles encadrer le contrôle des concentrations ?**
- ◆ **De quels outils disposent-elles ?**
- ◆ **Ces outils sont-ils toujours adaptés ?**

Il conviendra, dans un premier temps, d'envisager que le contrôle des concentrations n'est pas un contrôle centralisé dans la mesure où ce contrôle est exercé conjointement par la Commission Européenne et les Autorités Nationales de Concurrence à condition que certains critères soient réunis, notamment par rapport à la dimension de la concentration qui pourra être « communautaire » ou « nationale » et de seuils de chiffre d'affaires même si la grande majorité des affaires de concentration est traitée par la Commission de par la nature même du secteur aérien (*PARTIE I*). Dans un second temps, nous focaliserons notre attention sur le règlement n°139/2004 afin de comprendre si, après plus de dix ans en activité ou trente ans si l'on prend le règlement originel n°4064/89, celui-ci apparaît toujours à même de procéder à

un contrôle efficace des concentrations ou si celui-ci apparaît dépassé car ne répondant plus ou en partie aux pratiques des compagnies aériennes (*PARTIE II*).

**PARTIE I — Le contrôle conjoint des concentrations
par la Commission Européenne et les Autorités
Nationales de Concurrence**

Pour appréhender la notion de contrôle des concentrations entre entreprises, il est important de distinguer que ce contrôle peut être fait soit par la Commission Européenne elle-même, soit par une Autorité Nationale de Concurrence de l'un des États membres qui compose l'Union Européenne, ce qui n'a pas toujours été le cas. Une opération de concentration basculera de l'un ou de l'autre côté en fonction de certains critères, essentiellement au regard de seuils de chiffre d'affaires, de participations et, plus généralement, de considérations économiques. Depuis les règlements n°1/2003 et n°139/2004, le contrôle des concentration est exercé conjointement par la Commission et les Autorités Nationales de Concurrence, lesquels instaure des mécanismes de répartition des affaires et un réseau européen de la concurrence (*TITRE I*). Dans leurs études des opérations de concentrations qui leur sont soumises, la Commission Européenne ainsi que les Autorités Nationales de Concurrence vont utiliser un certain nombre d'éléments pour déterminer si oui ou non, l'opération soumise à leur approbation vient porter atteinte à la concurrence et donc être interdite. C'est ainsi qu'elles s'attacheront à déterminer quel marché pertinent doit être retenu pour évaluer les conséquences d'une telle opération sur le marché commun ou sur une part substantielle de celui-ci. À ce sujet, les transporteurs aériens sont divisés sur sa détermination car, plusieurs conception existes. Quoi qu'il en soit, après cette détermination fondamentale, l'autorité sera en mesure de dégager tous les atteintes concurrentielles que provoque l'opération sur le marché aérien. La répertorisation de ces atteintes sera dégagée grâce à ce que l'on appelle le test du marché, c'est-à-dire par la procédure d'enquête mise en place par l'autorité. Celle-ci passe par des demandes d'informations écrites, des entretiens auprès de tous les acteurs du secteur. Agences de voyages, concurrents, fournisseurs, associations de voyageurs pour ne citer qu'eux. Dans la mesure où les autorités n'en sont pas à leur début quant au contrôle de ces opérations, les éléments problématiques seront souvent les mêmes d'une affaire à l'autre (*TITRE II*).

TITRE I — La volonté de la Commission Européenne de mettre en avant les Autorités Nationales de Concurrence

Lorsque l'on regarde la législation européenne en matière de concentration et que l'on retrace toute son histoire, on constate que son apparition est une apparition tardive arpentant un chemin sinueux contrairement notamment aux autres pratiques anticoncurrentielles que sont l'entente illicite et l'abus de position dominante, qui ont-elles bénéficié de toutes les attentions dès le début de la construction européenne (**CHAPITRE I**). Aujourd'hui, le contrôle des concentrations se fait conjointement par les Autorités Nationales de Concurrence et par la Commission Européenne grâce aux nombreux mécanismes de renvoi institué par le règlement de n°139/2004 (**CHAPITRE II**). Ce contrôle conjoint, qui existe depuis plus de dix ans maintenant, fonctionne grâce à la mise en place préalable d'un véritable Réseau Européen de la Concurrence permettant d'assurer la cohésion du système de contrôle et les échanges entre les autorités (**CHAPITRE III**)

CHAPITRE I — La décentralisation du contrôle des concentrations : Les Autorités Nationales de Concurrence au premier plan

Dans la mesure où le contrôle des concentrations est occulté des traités fondateurs, c'est un règlement qui vient donner compétence à la Commission pour apprécier les concentrations entre entreprises qui répondent aux critères imposés par ledit règlement (**SECTION I**). Ce règlement organise également une navette entre la Commission Européenne et les Autorités Nationales de Concurrence des États membres pour que l'autorité de concurrence chargée du contrôle de la concentration soit celle qui soit la plus à même de la traiter (**SECTION II**). Enfin, en fonction des affaires et des problèmes concurrentiels identifiés et de leur intensité, la Commission pourra engager une procédure souple (*phase I*) ou une procédure plus poussée (*phase II*) (**SECTION III**)

SECTION I — Le règlement n°139/2004 : clef de voûte du contrôle européen des concentrations

1. - Le premier règlement en matière de concentration fut adopté par le Conseil des Ministres le 21 décembre 1989⁹ et est rentré en vigueur le 21 septembre 1990, ce dernier ayant pour base légale les articles 103 et 308 TFUE. Ce règlement et ses modifications postérieures posent les premières bases du règlement régissant actuellement les concentrations, à savoir le règlement de 2004.¹⁰ Celui-ci constitue véritablement la clé de voûte du système de contrôle des concentrations de dimension européenne.

2. - En premier lieu, le règlement vient nous donner une définition de ce que constitue, à ses yeux, une concentration.¹¹ Selon la lettre du texte, une concentration est réputée réalisée lorsqu'un changement durable du contrôle résulte : a) *de la fusion de deux ou plusieurs entreprises ou parties de telles entreprises*, ou b) *de l'acquisition, par une ou plusieurs*

⁹ Règlement (CEE) n°4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises

¹⁰ Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

¹¹ Article 3 paragraphe 1 du Règlement du Conseil n°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

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. On peut remarquer que le règlement fait le choix de ne pas définir précisément ce que le terme fusion signifie. Toutefois, elle distingue deux cas de fusion.

3. - L'hypothèse envisagée au point a) fait référence à la fusion entre deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes juridiquement l'une des autres et qui décident se regrouper ensemble et cesse d'exister séparément. L'autre hypothèse est celle de la fusion-absorption c'est-à-dire lorsqu'une entreprise, comme le terme l'indique, absorbe une autre entreprise de manière à ce que l'entreprise absorbée cesse d'exister, du moins juridiquement. La seconde hypothèse prévue au point b) fait quant à elle référence à l'acquisition par d'une entreprise du contrôle d'une autre entreprise. Cela va d'une entreprise qui acquiert le contrôle exclusif d'une autre entreprise ou lorsque deux ou plusieurs entreprises exercent un contrôle conjoint d'une tierce entreprise. On distinguera l'appropriation d'un contrôle par une seule entreprise agissant seule ou par plusieurs entreprises agissant conjointement.

4. - En second lieu, le règlement vient poser le principe selon lequel ses dispositions s'appliquent à toutes les concentrations qui revêtissent une dimension communautaire,¹² c'est-à-dire aux concentrations qui menacent de provoquer des changements structurels du marché commun, au-delà des frontières nationales des États membres. La question qui se pose alors est celle de savoir à partir de quand une concentration revêt-elle une dimension communautaire. Selon le règlement, une concentration est de dimension communautaire lorsqu'une de ces hypothèses se vérifie : a) le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 5 milliards d'euros, et b) le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communautaire par au moins deux entreprises concernées représente un montant supérieur à 250 millions d'euros, à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux

¹² Le règlement de 2004 vient en effet instaurer le système du « *guichet unique* » signifiant qu'à partir du moment où une concentration revêt un caractère communautaire, en principe seul la Commission est en mesure de procéder à son contrôle ; Livre blanc du 9 juillet 2014 « *Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE* », point 59

tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même État membre.¹³

5. - Le règlement poursuit en considérant qu'une concentration qui n'atteint pas les seuils fixés au paragraphe 2 est de dimension communautaire lorsque: a) le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 2,5 milliards d'euros ; b) dans chacun d'au moins trois États membres, le chiffre d'affaires total réalisé par toutes les entreprises concernées est supérieur à 100 millions d'euros ; c) dans chacun d'au moins trois États membres inclus aux fins du point b), le chiffre d'affaires total réalisé individuellement par au moins deux des entreprises concernées est supérieur à 25 millions d'euros, et d) le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 100 millions d'euros, à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même État membre.¹⁴

6. - À la lecture de ces dispositions, on constate que la définition de l'opération de concentration ainsi que les seuils de participation et de chiffres d'affaires entraînant ou non l'application de ce règlement sont les deux outils utilisés par les institutions pour déclencher une opération de notification et donc de contrôle. Le recours à des seuils de chiffres d'affaires permet tout simplement d'écarter les opérations de concentration qui ne présenteront aucune modification substantielle du marché et donc du libre jeu de la concurrence de manière à ne retenir que les opérations englobant des entreprises de taille relativement importante. C'est donc là que réside l'utilité du contrôle, déterminer si la concentration envisagée est de nature à entraîner des changements substantiels dans la structure du marché européen et si l'on peut prouver que ce changement est de nature à faire obstacle à un libre jeu de la concurrence.

¹³ Article 1, paragraphe 2 du Règlement du Conseil n°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises ; C'est notamment à ce titre que la Commission peut être amené à se prononcer sur l'opportunité de concentration entre deux compagnies aériennes américaines qui exercent des activités en Europe

¹⁴ Article 1, paragraphe 3 du Règlement du Conseil n°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

7. - Pour déterminer la conception qu'un État souhaite donner à son contrôle des concentrations, deux types de critères sont à prendre en compte. Tout d'abord des critères relatifs aux chiffres d'affaires des entreprises en cause et à leurs seuils de participation et enfin des critères plus généralement économiques qui permettent de mettre en adéquation la conception chiffrée avec la relation qui existe entre les parties à la concentration. L'instauration de seuils pour déterminer si une opération de concentration relève ou non d'une dimension communautaire est un critère que l'on peut qualifier d'objectif. Le règlement fixe comme seuil celui de 50% pour qu'un contrôle de l'opération soit envisagé. Toutefois, si l'Union Européenne fait ce choix, différentes approches sont choisies par les États membres ou encore des pays tiers à l'Union puisque ceux-ci envisagent des seuils qui vont de 5% jusqu'à 50%, c'est-à-dire de prises de participations minoritaires aux prises de participations majoritaires. Ces seuils dits objectifs sont ainsi appréciés subjectivement par les États membres et prouvent que la pertinence des seuils peut varier énormément d'un pays à l'autre sans jamais toutefois que ceux-ci basculent dans une détermination arbitraire dans la mesure où l'on doit toujours garder à l'esprit les conséquences potentielles de l'opération de concentration qui est soumise à l'étude.

8. - À côté de ce critère objectif qui est celui des seuils se trouve des critères plus économiques. Ces critères amèneront l'entité chargée du contrôle, la Commission Européenne ou une Autorité Nationale de Concurrence (ANC) si l'opération permettra à une ou plusieurs entreprises d'exercer une forme de contrôle sur une autre entreprise jusqu'à lors indépendante. On parlera, en fonction du degré d'intensité, « *d'influence déterminante* », « *d'influence significative* », « *d'influence substantielle* » ou encore « *d'influence significative sur le plan de la concurrence* ». À noter que le règlement n°139/2004 fait le choix du critère de « *l'influence déterminante* » qu'une entreprise pourrait avoir sur une autre. Les Autorités Nationales de Concurrences, comme énoncé plus haut, disposent de leurs propres seuils de chiffres d'affaires et de participation à partir duquel, les autorités de ces pays vont être compétentes pour procéder au contrôle.

9. - Pour ce qui est de la France, c'est l'Autorité Nationale de la Concurrence qui est chargée de procéder à la vérification de la compatibilité des opérations des concentrations avec les

dispositions légales en vigueur.¹⁵ Le champ d'application du contrôle des concentrations est inscrit dans le Code du commerce qui nous donne une définition¹⁶ de la concentration identique à la définition contenue dans le règlement européen de 2004 et fixe les seuils de chiffres d'affaires¹⁷ et de participations qui déterminent la compétence de l'autorité. Ces seuils sont différents de ceux prévus par le règlement à savoir que l'ANC est compétente lorsque trois conditions sont réunies : le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales partie à la concentration est supérieur à 150 millions d'euros ; le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé en France par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernées est supérieur à 50 millions d'euros ; l'opération n'entre pas dans le champ d'application du règlement n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

10. - Par opposition au régime institué par la France, on peut citer le cas de l'Allemagne qui retient une conception différente de la conception française. Selon le droit allemand¹⁸, celui-ci considère comme une opération de concentration le comportement d'une entreprise d'acquiescer une participation de 25% ou de 50% dans une autre entreprise ou le contrôle d'une autre entreprise ou encore une influence significative sur une autre entreprise sur le plan de la concurrence ou enfin la totalité ou une part substantielle des actifs d'une autre entreprise. On remarque ainsi que le système allemand fait le choix d'une conception large qui englobe un maximum d'opérations que son droit considère comme étant susceptibles de tomber sous la coupe de la concentration. De cette manière, en énumérant des définitions multiples, une opération pourra tomber dans une ou plusieurs de ces définitions et pas dans d'autres permettant ainsi de la contrôler dans la majeure partie des cas.

¹⁵ Avant la loi LME (Loi de Modernisation de l'Économie) du 4 août 2008 et l'ordonnance de modernisation de la régulation de la concurrence du 13 novembre de la même année, la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) et le Conseil de la Concurrence étaient toutes deux considérées comme des Autorités Nationales de Concurrence. Depuis, c'est l'Autorité Nationale de Concurrence qui est seule compétente pour appliquer les dispositions du droit européen de la concurrence

¹⁶ L. 430-1 du Code de Commerce

¹⁷ L. 430-2 du Code de Commerce

¹⁸ Article 37 du Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

SECTION II — La répartition des affaires entre la Commission Européenne et les Autorités Nationales de Concurrence

11. - En principe, le règlement prévoit qu'aucune de ses dispositions ne peut s'appliquer à une concentration qui ne revêt pas un caractère communautaire. Autrement dit, le règlement s'applique uniquement à des concentrations à dimension européenne.¹⁹ Si l'on raisonne a contrario, les dispositions légales de chaque État membre s'appliquent donc à toutes les concentrations qui ne disposent pas de dimension communautaire, donc qui ont une dimension nationale.²⁰ Pour renforcer cette affirmation, un État membre de l'Union ne peut d'ailleurs pas appliquer son droit de la concurrence national à une concentration qui relèverait du droit de l'Union.²¹ À la lecture de ces dispositions, on pourrait penser que la Commission et les Autorités Nationales de Concurrence sont cloisonnées chacun de leur côté au niveau du contrôle. Toutefois, Il n'en est rien puisqu'à côté de ces dispositions, le règlement prévoit, à l'image de la navette parlementaire existant entre l'Assemblée Nationale et le Sénat, un mécanisme de renvoi dans laquelle la Commission et les Autorités Nationales de Concurrences se répartissent le contrôle. Le principe de réattribution est motivé par le fait que l'Autorité qui sera en charge du contrôle sera celle qui est la plus à même d'exercer ce contrôle au regard des caractéristiques particulières de l'opération et les moyens qui seront déployés par l'autorité dans ce contrôle. Ainsi une concentration de dimension nationale pourra tout à fait être étudiée par la Commission Européenne²² selon le droit européen et une concentration de dimension communautaire pourra être examinée par une Autorité Nationale de Concurrences selon le droit national d'un État membre. Cette navette se fait soit préalablement à la phase de notification, soit postérieurement à cette phase et peut demander à

¹⁹ Article 21, paragraphe 1 du Règlement du Conseil n°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

²⁰ Il convient d'invoquer le caractère international du transport aérien. De par le modèle économique des compagnies aériennes et l'évolution de la législation en matière d'ouverture des cieux, notamment celui européen en 1997, toutes les concentrations potentielles entre des compagnies aériennes ont vocation, par défaut, à être de dimension communautaire puisque les acteurs du secteur ne se contentent plus de voyager à l'intérieur des frontières étatiques

²¹ Article 21, paragraphe 3 du Règlement du Conseil n°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

²² Article 22 du Règlement du Conseil n°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

l'initiative ou à l'invitation de la Commission elle-même, d'un ou plusieurs États membres voire même par les parties elle-mêmes dans le cadre d'un renvoi pré-notification.

12. - Le règlement prévoit, préalablement à la notification de l'opération de concentration par les parties, la possibilité de renvoyer une affaire de la Commission à une Autorité Nationale de Concurrence et d'une Autorité Nationale de Concurrence à la Commission. En effet, il est prévu la possibilité pour les parties à la concentration, en lieu et place de notifier l'opération qui revêt une dimension communautaire à la Commission, de lui faire part, par le biais d'un mémoire, que cette concentration est susceptible d'affecter de façon significative tout ou partie d'un marché distinct à l'intérieur du territoire d'un État membre et qu'à ce titre elle devrait plutôt être examinée par l'Autorité Nationale de Concurrence de l'État en question.²³ Par opposition à cette possibilité, on trouve un autre mécanisme²⁴ qui offre l'opportunité pour les parties à une concentration qui ne présente aucune dimension européenne mais qui toutefois est appréciable dans aux mois trois États membres de l'Union, de demander, toujours par le biais d'un mémoire, à ce que cette concentration soit examinée par la Commission et non pas par les Autorités Nationales de Concurrence compétentes. Dans les deux cas, la Commission va transmettre les mémoires aux États membres qui devront ou non manifester leur accord quant au transfert de l'affaire, et ce dans un délai de quinze jours.

13. - Dans le cas où l'opération aurait déjà été notifiée par les parties à la Commission, le règlement offre la possibilité, à l'instar du renvoi pré-notification, d'un renvoi post-notification, de la Commission, sur décision, aux Autorités Nationales de Concurrences à même de procéder à cet examen.²⁵ En effet, cet article permet à un État membre de faire savoir de son propre chef à la Commission, soit sur invitation de celle-ci, que son Autorité Nationale de Concurrence est plus à même de procéder au contrôle de l'opération car cette concentration menace d'entraver de façon significative la concurrence à l'égard d'un marché

²³ Article 4, paragraphe 4 du Règlement du Conseil n°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

²⁴ Article 4, paragraphe 5 du Règlement du Conseil n°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

²⁵ Article 9, paragraphe 1 du Règlement du Conseil n°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

à l'intérieur de cet État présentant les caractéristiques d'un marché distinct²⁶ ou lorsque le marché présentant toutes les caractéristiques d'un marché distinct ne constitue pas une part substantielle du marché commun.²⁷

14. - Pour ce qui est de la première hypothèse (*article 9, paragraphe 2, point a*), une fois la requête adressée par un État membre à la Commission, celle-ci doit déterminer si l'État a préalablement déterminé que, effectivement, un marché distinct existe bel et bien et que la concentration menace de façon significative la concurrence au sein de cet État. Une fois qu'elle a déterminé ces éléments, la Commission conserve tout de même un pouvoir discrétionnaire lui permettant soit de traiter elle-même l'affaire²⁸ soit de procéder à la réattribution, totale ou partielle, de l'affaire à l'Autorité Nationale de Concurrence compétente pour que celle-ci s'en occupe conformément à son droit national.²⁹ Pour ce qui est de la seconde hypothèse (*Article 9, paragraphe 2, point b*) dans laquelle l'État membre a déjà apporter des éléments permettant de démontrer l'atteinte à la concurrence, la Commission se voit obligée de transférer tout ou partie de l'affaire à l'Autorité Nationale de Concurrence compétente.³⁰ On peut donc constater que cette disposition est largement en faveur des États membres car celle-ci leur permet d'exprimer leurs inquiétudes concernant certains cas de concentration qui menacerait le paysage industriel et commercial de leur territoire et ainsi, lorsqu'il prouve la menace à la concurrence, de les étudier par leurs soins.

15. - Enfin, le règlement instaure un mécanisme qui permet à un ou plusieurs États membres de demander à la Commission d'examiner une concentration qui ne présente pas de dimension communautaire et d'y appliquer les dispositions du règlement. Toutefois, même si cette concentration ne présente pas de dimension communautaire, elle doit tout de même affecter le

²⁶ Article 9, paragraphe 2, point a) du Règlement du Conseil n°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

²⁷ Article 9, paragraphe 2, point b) du Règlement du Conseil n°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

²⁸ Article 9, paragraphe 3, point a) du Règlement du Conseil n°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

²⁹ Article 9, paragraphe 3, point b) du Règlement du Conseil n°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

³⁰ Article 9, paragraphe 3, dernier alinéa du Règlement du Conseil n°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

commerce entre plusieurs États membres et où il a été préalablement démontré que cette concentration aurait des conséquences significatives dans le territoire de l'État qui fait la demande.³¹ Dans la mesure où, de nos jours, la quasi-totalité des États membres disposent d'une législation suffisamment aboutie en matière de concentration et d'organes de concurrence bien établis, il est extrêmement rare de voir cette situation arrivée. Cela pourra néanmoins arrivé si par exemple un État estimerait que la Commission est mieux placée qu'elle pour apprécier l'opération. La Commission reste tout de même à l'affût puisqu'elle a la possibilité d'inviter les États membres à recourir à cette pratique.³² Cela ne doit pas toutefois être un motif pour les États de renvoyer systématiquement des opérations de contrôle à la Commission pour désengorger leurs propres Autorités Nationales de Concurrence mais seulement lorsque certaines conditions sont réunies notamment si des doutes sérieux existent sur la concurrence dans un marché qui affecte non pas un État membre mais plusieurs. Autrement dit lorsque la concentration bouleverse l'équilibre des marchés du domaine visé dans un périmètre couvrant plusieurs États. Cette dimension transfrontalière des concentrations inquiète la Commission car en effet, si la concentration affecte les marchés de plusieurs pays, ce sont autant d'Autorités Nationales de Concurrence qui sont compétentes pour apprécier l'opération de concentration et donc autant de possibilités que la concentration soit déclaré compatible dans un ou plusieurs États membres et incompatible dans un ou plusieurs autres États membres. Cette multiplication des contrôles est une source potentielle de problème juridique pour la constitution de l'entreprise concentrée.

16. - À noter que le livre blanc de 2014 de la Commission prévoit une simplification de la procédure de renvoi dans l'hypothèse où le règlement viendrait à être modifié.³³

³¹ Ce mécanisme, déjà présent dans le premier règlement de 1989, permet à un État ne disposant pas d'une législation en matière de concentration qui soit suffisamment aboutie de pouvoir bénéficier d'un outil lui permettant d'apprécier les concentrations présentant des difficultés particulières à son/ses Autorité(s) Nationale de Concurrence

³² Article 22, paragraphe 5 du Règlement du Conseil n°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

³³ Livre blanc du 9 juillet 2014 « *Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE* », section 4.2, points 64 à 75

SECTION III — La procédure d'étude d'une concentration par la Commission Européenne

17. - En vertu du règlement n°139/2004, la procédure à laquelle les concentrations de dimension communautaire sont assujettis se trouve être très précise³⁴ dans la mesure où il s'agit de déterminer le plus tôt possible, et pour être sûr de garantir un contrôle effectif de l'opération, si sa réalisation est potentiellement anticoncurrentielle. Ainsi, toute opération de concentration doit faire l'objet d'une notification auprès de l'autorité compétente dès lors qu'elle dépasse un certain seuil d'importance, que ce soit l'autorité de la concurrence au niveau national ou la Commission au niveau européen. Cette notification doit être faite avant qu'un accord ne produise de liens juridiques entre les parties à la concentration car si elles ne le font pas, elles s'exposent à d'énormes sanctions financières. La notification peut même être faite à partir du moment où les parties ont l'intention de procéder à la concentration, à condition qu'elles soient de bonne foi. Cette obligation est centrale dans l'application du règlement et dans la régulation des concentrations. Les concentrations peuvent être soit horizontales lorsqu'elles consistent en un contrôle par absorption d'entreprises productrices de mêmes biens, mais elles peuvent également être verticales lorsque le contrôle se fait en amont et en aval, que ce soit au niveau des fournisseurs ou des débouchés. On peut donc distinguer divers procédés amenant à une concentration, et ces procédés sont énumérés par le règlement à son article 4.

18. - Dans les conditions fixées par règlement, la concentration devra faire l'objet d'une notification à l'autorité compétente en charge de son contrôle. Cette obligation a fait l'objet d'une systématisation, le principal changement ayant été induit par la loi NRE de 2001 posant le caractère obligatoire de la notification préalable de l'opération à l'état de projet (*dès lors que la ou les parties concernées sont en mesure de présenter un projet suffisamment abouti*) auprès de l'autorité nationale compétente ou, le cas échéant, de l'autorité européenne de contrôle, en l'espèce la Commission. Suivant les dispositions du règlement n°139/2004, les concentrations de dimension européenne doivent être notifiées à la Commission avant leur réalisation et après la conclusion de l'accord, de l'offre publique d'achat ou d'échange ou

³⁴ Article 4 du Règlement du Conseil n°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

l'acquisition d'une participation de contrôle. Elles peuvent également être faites lorsque les entreprises concernées démontrent leur intention de conclure un accord ou lorsqu'elles ont annoncé publiquement leur intention de faire une telle offre, aboutissant à une concentration de dimension communautaire.

19. - Concernant l'engagement de la procédure d'examen. Suite à la réception de la notification, la Commission dispose alors d'un délai de 25 jours de travail pour analyser le projet de concentration. C'est l'ouverture de ce que l'on appelle *la phase un*. En premier lieu, la Commission va chercher à savoir si la concentration notifiée relève ou non du règlement, si la réponse est négative, la commission le constatera par voie de décision et la renverra à l'Autorité Nationale de Concurrence compétente.³⁵ En second lieu, si la concentration notifiée relève bel et bien du règlement, la Commission dispose alors de certains pouvoirs d'investigations. Elle peut notamment demander des renseignements aux parties concernées par la concentration que ce soit au niveau des statuts de la nouvelle entreprise, organiser des entretiens avec les représentants des entreprises concernées et même demander à des concurrents et/ou clients leurs opinions sur le projet. À l'occasion de la mise en place de ces investigations, la Commission va chercher à vérifier si la concentration ne soulève pas de doute sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun. Un peu avant la fin des 25 jours de travail que constituent *la phase un*, la Commission rencontre une nouvelle fois les représentants des parties à la concentration pour leur donner le verdict des investigations. À l'occasion de cette réunion, les parties à la concentration ont la possibilité d'offrir, dans l'hypothèse où la Commission annonce une incompatibilité de la concentration, des mesures correctrices visant à rendre compatibles la concentration et qui permettront de garantir un libre jeu de la concurrence équitable pour tous les acteurs du secteur économique concerné. Cette proposition rallonge le délai de *la phase un* de 10 jours de travail. Si ces propositions sont acceptées par la Commission, elles deviendront être respectées par les parties sous peine de sanctions. Si la concentration ne soulève pas ou plus de doute sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun, alors la Commission décidera de ne pas s'y opposer et déclarera la concentration compatible.³⁶

³⁵ Article 6, paragraphe 1, point a) du Règlement du Conseil n°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

³⁶ Article 6, paragraphe 1, point b) du Règlement du Conseil n°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

20. - Enfin, si la Commission constate que la concentration relève du présent règlement et soulève des doutes sérieux quant à compatibilité avec le marché commun, même après la proposition de mesures correctrices, la commission engagera *la phase deux*³⁷ de la procédure qui s'ouvre le jour même de la décision d'incompatibilité de *phase un*. Elle aura alors 90 jours de travail pour prendre sa décision définitive. Cette période pourra être rallongée de 15 jours de travail si les parties proposent une nouvelle fois des mesures correctrices et ce avant le 54ème jour de travail. Enfin, la période pourra être rallongée de 20 jours soit sur proposition des parties elles-mêmes ou de la Commission mais avec le consentement des parties. Ce qui fait donc une période maximum de 125 jours de travail en *phase deux*. La Commission dispose également d'un pouvoir de suspension de ces délais dans les cas où les parties ne parviendraient pas par exemple à transmettre à la Commission des informations dans des temps impartis. Selon le règlement, là encore, la Commission a la possibilité d'obtenir, de la part des parties mais également de tiers à la concentration, des informations. Ces renseignements peuvent être demandés directement aux parties ou si celle-ci refusent, par décision de la Commission.³⁸ Les tiers jouent un rôle indispensable dans le processus d'évaluation de la concentration. Il peut s'agir des consommateurs, des fournisseurs et même des concurrents.

21. - Pour assurer le respect du présent règlement, la Commission a le pouvoir d'infliger des sanctions de nature différente telles que des amendes ou des astreintes.³⁹ Ce pouvoir permet à la Commission d'avoir un réel pouvoir de persuasion sur les entreprises qui contreviendraient à ses demandes et décisions pour obtenir des informations pertinentes dans l'appréciation du contrôle, que ce soit en *phase un* ou en *phase deux*. Elle a la capacité d'infliger des amendes qui peuvent aller jusqu'à 1% du chiffre d'affaires total réalisé par l'entreprise en cas de renseignement inexact, incomplet, ou en dehors du délai imposé. Le montant peut aller jusqu'à 10% en cas d'omission de notification d'une concentration ou de réalisation d'une

³⁷ Article 6, paragraphe 1, point c) du Règlement du Conseil n°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

³⁸ Article 11 du Règlement du Conseil n°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

³⁹ Articles 14 et 15 du Règlement du Conseil n°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations d'entreprises

concentration malgré une décision défavorable de la Commission. Concernant les astreintes, elles peuvent aller jusqu'à 5% du chiffre d'affaires total journalier. Cette procédure et ce pouvoir de sanction font de la Commission la garante du bon fonctionnement du marché commun et de la bonne effectivité d'une concurrence au sein de ce marché. Par le biais de son pouvoir, la Commission vient dégager des critères afin d'apprécier si une concentration est compatible ou non avec le marché commun. C'est notamment le cas avec le critère prépondérant de l'entrave significative à la concurrence. À l'issue de la période d'investigation de la *phase deux*, c'est-à-dire entre 90 et 125 jours de travail après le refus en *phase un*, la Commission a le choix entre plusieurs options. Soit elle déclare que la concentration est compatible avec le marché commun⁴⁰, soit la concentration n'est toujours pas compatible mais elle l'accepte à condition que les entreprises se plient aux nouvelles mesures correctrices à laquelle elles se sont engagées et qui permettent de rétablir une concurrence saine au sein du marché commun⁴¹ ou alors elle déclare que la concentration est incompatible avec le marché commun avec ou sans les mesures correctrices proposées.⁴²

⁴⁰ Article 8, paragraphe 1 du Règlement du Conseil n°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations d'entreprises

⁴¹ Article 8, paragraphe 2 du Règlement du Conseil n°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations d'entreprises

⁴² Article 8, paragraphe 3 du Règlement du Conseil n°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations d'entreprises

CHAPITRE III — Le Réseau Européen de la Concurrence

22. - Dans le but de renforcer et de faciliter la communication et les échanges existant entre la Commission Européenne et les Autorités Nationales de Concurrence des vingt-huit États membres, les institutions de l'Union Européenne, sous l'impulsion notamment de la Commission, ont amorcé la tâche de donner à ces échanges un véritable socle légal. Cela a finalement vu le jour avec l'entrée en vigueur d'un règlement⁴³ relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité instaurant la Communauté Européenne (qui sont devenus par la suite les articles 101 et 102 TFUE). Ce règlement met en place un véritable réseau entre la Commission et les Autorités Nationales de Concurrence en donnant la compétence à ces dernières pour qu'elles puissent veiller à l'application et au respect des articles 101 et 102 TFUE. En octroyant ce pouvoir aux Autorités Nationale de Concurrence, le règlement vient instituer un contrôle décentralisé des opérations de concentration. Ainsi, les Autorités Nationales de Concurrence se retrouvent à niveau égal avec la Commission pour veiller au respect du libre jeu de la concurrence et à la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles des entreprises qui justement portent atteinte au commerce intra-européen.

23. - C'est en outre à travers une étroite coopération entre ces acteurs que réside l'efficacité de ce système. Depuis l'entrée en vigueur du règlement, le 1er mai 2004, les Autorités Nationales de Concurrences se sont mises à jouer un rôle beaucoup plus important dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles à laquelle les entreprises peuvent se livrer.⁴⁴ Avant toute chose, cette délégation du contrôle a été motivé, comme dans de nombreux autres domaines, par une volonté de désengorger le juge européen et notamment lui éviter de devoir se prononcer sur des affaires aux solutions similaires notamment quand une entreprise introduit une nouvelle plainte qui a déjà été traitée. Le problème c'est que le règlement ne précise pas ce qui doit être

⁴³ Règlement (CE) n°1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité

⁴⁴ Article 5 du Règlement n°1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité

compris par cette notion de « *déjà traité* ». ⁴⁵ C'est le Tribunal de l'Union Européenne ⁴⁶ qui est venu délimiter cette notion en évoquant que la Commission est en droit de refuser d'étudier une plainte si celle-ci le justifie vis-à-vis de la justification donnée par l'État membre en premier lieu. ⁴⁷

24. - Il n'en est pas moins que la mise en place de ce réseau vise à répondre à deux objectifs principaux; un pouvoir d'application et l'instauration d'une coopération.

25. - *Primo*, il s'agit, comme exposé précédemment d'octroyer aux Autorités Nationales de Concurrence le pouvoir de venir directement mettre en oeuvre les dispositions européennes en matière de concurrence, à savoir les articles 101 et 102 TFUE. La *conditio sine qua non* étant que la pratique anticoncurrentielle caractérisée doit avoir pour effet d'affecter le marché et le commerce de l'État membre qui procède au contrôle de l'entente ou de l'abus de position dominante. Néanmoins, la Cour de Justice de l'Union Européenne est venue interpréter cette opportunité de sanction de façon restrictive. ⁴⁸ En effet, elle énonce que les Autorités Nationales de Concurrence ne peuvent pas prendre des décisions dans lesquelles elles concluent à la non-violation de l'article 101 ou, en l'espèce, 102 TFUE. ⁴⁹ Par ailleurs, une Autorité Nationale de Concurrence ne peut prendre une décision allant dans le sens contraire des intérêts de la Commission et de sa pratique décisionnelle, ⁵⁰ cela aurait notamment pour conséquence de court-circuiter le principe même du réseau.

⁴⁵ Article 13, paragraphe 2 du Règlement n°1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité

⁴⁶ Voir Partie II, Titre I, Chapitre III

⁴⁷ Trib. UE, 21 janvier 2015, aff. T-355/13, *EasyJet c/ Commission* dans laquelle EasyJet avait déposé une plainte devant une Autorité Nationale de Concurrence et s'était vue rejeter celle-ci. Le transporteur a donc saisi la Commission qui a confirmé la décision de l'ANC. Un recours en annulation est donc formé par la compagnie contre la décision de la Commission

⁴⁸ CJUE, 3 mai 2011, *Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów c/ Tele2 Polska sp. z o.o.*, devenue *Netia SA.*, Affaire C-375/09

⁴⁹ CJUE, 3 mai 2011, *Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów c/ Tele2 Polska sp. z o.o.*, devenue *Netia SA.*, Affaire C-375/09, point 30

⁵⁰ Article 16, paragraphe 2 du Règlement n°1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité

26. - *Secundo*, lorsque la Commission souhaite implémenter des dispositions relatives au droit de la concurrence comme par exemple lorsqu'elle souhaite la refonte d'un règlement, l'opportunité de mettre en place tel ou tel instrument pour lui permettre de lutter contre une pratique anticoncurrentielle ou même lorsqu'elle souhaite imposer des sanctions individuelles, elle associera les Autorités Nationales de Concurrence dans le cadre d'un comité consultatif.⁵¹ Elle y est d'ailleurs obligée lorsqu'il s'agit pour la Commission d'adopter une décision individuelle au titre des articles du traité.⁵² Ainsi, chaque autorité sera alors invitée à donner son avis et formuler des remarques sur l'opportunité pour la Commission de prononcer des sanctions, des astreintes. La Commission apporte une oreille attentive aux considérations émises par les autorités des États membres car celles-ci peuvent être mieux armées, du moins plus susceptibles de fournir un avis éclairé. En effet, vingt-huit autorités spécialisées en matière de concurrence face à une autorité européenne de concurrence, il ne peut être que judicieux pour la Commission d'au moins écouter ce que les autorités nationales ont à dire, sans pour autant être liée par leurs appréciations puisqu'il ne s'agit que d'un comité consultatif.⁵³ Ce rôle de consultation se retrouve être encore plus important quand la Commission souhaite amorcer des changements dans le droit de la concurrence: projet de législation, lignes directrices, livre vert, livre blanc que la Commission pourrait rendre publics.

27. - Toutefois, lorsqu'on regarde de plus près la lettre du règlement n°1/2003 et rien que son titre à savoir de règlement « *relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité* » on constate que celui-ci ne vise que l'entente et l'abus de position dominante puisque les concentrations ne bénéficient pas d'une base légale dans les traités. La question qui se pose alors est donc celle de savoir ce qu'il en est du contrôle des concentrations au sein du réseau européen de la concurrence. Le règlement n°139/2004 vient

⁵¹ Article 4 du Règlement n°1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité

⁵² Article 4, paragraphe 1 du Règlement n°1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité

⁵³ Article 12, paragraphe 1 du règlement n°1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité

nous donner un élément de réponse.⁵⁴ Effectivement, celui-ci déclare que « *la Commission et les autorités compétentes des États membres devraient former ensemble un réseau d'autorités publiques utilisant leurs compétences respectives en étroite coopération à l'aide de mécanismes efficaces d'échange d'informations et de consultation, en vue de garantir qu'une affaire est traitée par l'autorité la plus appropriée, à la lumière du principe de subsidiarité et de manière à garantir que des notifications multiples d'une concentration donnée sont évitées dans toute la mesure du possible. Les renvois de concentrations de la Commission aux États membres et des États membres à la Commission devraient être effectués avec efficacité et de manière à éviter, dans toute la mesure du possible, les cas de renvoi d'une concentration à la fois avant et après sa notification* ».

28. - À la lecture de ce considérant, on constate que celui-ci énonce ce qui ressemble étroitement à ce qui est mis en place au sein du réseau européen de la concurrence à deux différences près. La première est qu'il est ici question d'un « *réseau d'autorités publiques* » et non pas d'un « *réseau européen de la concurrence* », la seconde réside dans la formulation employée qui laisse entendre que ceci n'est qu'une recommandation. Effectivement, le conditionnel est ici utilisé : « *devraient former* » ce qui remet en cause l'essence même de cette considération. Néanmoins, le règlement n°139/2004 vient instaurer une méthode pour assurer la cohérence dans le traitement des affaires et faire en sorte que celle-ci soit traitée par l'autorité la plus compétente.

⁵⁴ Considérant 14 du Règlement du Conseil n°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations d'entreprises

TITRE II — L'appréciation de l'opération de concentration par la Commission Européenne et les Autorités Nationales de Concurrence

Lorsqu'une opération de concentration est soumise à une Autorité Nationale de Concurrence ou à la Commission Européenne, celles-ci ne vont pas l'appréhender de la même façon selon que les entreprises parties à cette concentration relèvent du secteur pharmaceutique, de la téléphonie, de l'énergie ou de l'aérien, ce dernier étant l'objet de notre étude. Elles vont appréhender l'opération au regard du marché pertinent qui sera retenu pour l'étude de cette même opération. Il existe donc autant de marchés pertinents qu'il existe de secteurs d'activité. Plus encore, à l'intérieur d'un secteur d'activité peuvent se trouver plusieurs marchés pertinents (*CHAPITRE I*). Une fois le marché pertinent déterminé par l'autorité en charge du dossier, celle-ci va procéder à l'analyse de l'opération à travers un certain nombre de tests qui lui permettront de déterminer si, oui ou non, l'opération envisagée vient restreindre le libre jeu de la concurrence (*CHAPITRE II*).

CHAPITRE I — La détermination du marché pertinent dans le cadre d'une opération de concentration entre compagnies aériennes

Dans le cadre d'une opération de concentration, la Commission et les Autorités Nationales de Concurrence doivent systématiquement démarrer l'étude de l'opération par la détermination du marché pertinent qui permettra par la suite de faire apparaître les éventuels problèmes concurrentiels que la concentration engendrerait (**SECTION I**). En ce qui concerne le secteur aérien, la Commission Européenne a, depuis un certain nombre d'années et une jurisprudence bien établie, adopté le réflexe de raisonner en terme de « *point de départ/point de destination* », aussi appelé « *Origine et Destination* »⁵⁵ pour qualifier le marché pertinent en matière de transport aérien civil de passagers (**SECTION II**). Toutefois, celle-ci n'a pas toujours raisonné ainsi, en adoptant parfois l'approche, notamment au début du mouvement de concentration qu'a connue le secteur européen, une approche dite « *en réseau* » qui est invoquée par bon nombre de compagnies aériennes comme étant l'approche la mieux adaptée (**SECTION III**).

SECTION I — La méthode suivie par les Autorités Nationales de Concurrence et par la Commission Européenne pour déterminer le marché pertinent

29. - En matière de contrôle des concentrations, la Commission et les Autorités Nationales de Concurrence doivent toujours commencer par définir le marché pertinent dont relève l'opération de concentration qui leur est soumise. Si l'on souhaite être en mesure de jauger correctement l'impact qu'une opération de concentration pourrait avoir sur la concurrence et donc déterminer si oui ou non, l'opération porte atteinte de façon significative au marché commun⁵⁶ en permettant à des entreprises d'acquérir ou de renforcer une position dominante, encore faut-il définir le marché pertinent.

⁵⁵ En anglais, « *Origin & Destination approach* » ou « *O&D approach* ».

⁵⁶ Voir Partie I, Titre II, Chapitre II, Section II

30. - Cette détermination est essentielle⁵⁷ puisqu'elle va permettre à la Commission et aux Autorités Nationales de Concurrence de dégager un certain nombre d'éléments leur permettant d'apprécier l'opération. Ainsi, elles seront en mesure de comprendre de quelle façon la concurrence s'exerce sur le marché, de savoir quelle part de marché les entreprises parties à la concentration détiendront si cette concentration venait à être autorisée et par voie de conséquence de proposer des mesures pour rétablir la concurrence dans le cas où l'opération viendrait restreindre cette dernière. La détermination du marché pertinent ne constitue donc pas une finalité mais un outil au service des autorités leur permettant de soulever toutes les situations anticoncurrentielles qu'une opération concentration entraînerait.

31. - Dans la plupart des cas de concentration entre compagnies aériennes, les entreprises chercheront à argumenter que le marché pertinent du produit/service ainsi que le marché géographique, sont des marchés plus vastes que ce que la Commission et les Autorités Nationales de Concurrence on pue déterminer et que, par voie de conséquence, les parts de marché des entreprises sur ces marchés sont moins importantes que celles calculées par les autorités. Et pour cause, il sera beaucoup plus difficile, même si possible, pour les parties à une concentration de militer en faveur de l'opération alors que la Commission ou l'Autorité Nationale de Concurrence a évalué à plus de 80% la part de marché de l'entreprise concentrée et ce grâce à une définition précise du marché pertinent tandis que s'il s'agit d'une définition beaucoup plus large dans laquelle la part de marché de l'entreprise concentrée est évaluée à 35%.

32. - Avant de commercer son analyse du marché de produit/service et du marché géographique, la Commission et les Autorités Nationales de Concurrence vont examiner dans quels secteurs les activités des compagnies aériennes parties à la concentration se chevauchent. C'est-à-dire les activités pour lesquelles ces compagnies fournissent chacune des prestations. Bien souvent il s'agira de prestations telles que le transport de passagers, le transport de cargo, l'assistance pour les escales ou encore des services en matière de

⁵⁷ CJCE, 31 mars 1998, *France c/ Commission et Société Commerciale des Potasses et de l'Azote (SCPA) c/ Commission.*, Affaires jointes C-68/94 et C-30/95 dans lesquelles la Cour vient considérer qu'une définition correcte du marché pertinent est une condition préalable nécessaire en vue d'effectuer l'étude des effets d'une concentration sur la concurrence. point 143.

maintenance, réparation et révisions des avions qui composent les flottes. Il conviendra, pour ce qui est de notre étude, de se pencher essentiellement sur la détermination du marché pertinent pour le transport civil de passagers. Dans ce domaine, on constate que deux méthodes antagonistes sont envisageables et que les autorités ont, ces dernières années, fait un choix en faveur de l'une de ces deux méthodes.

SECTION II — L'approche point d'origine/point de destination

33. - Pour ce qui est des opérations de concentration auxquelles les compagnies aériennes peuvent se livrer depuis la fin des années 1990 début 2000, la Commission et les Autorités Nationales de Concurrence suivant ses pas⁵⁸ semblent avoir adopté comme élément principal de détermination du marché pertinent en matière de transport civil de passagers, l'approche point d'origine/point de destination.⁵⁹

34. - L'originalité de la méthode réside notamment dans le fait que l'approche point d'origine/point de destination fusionne le marché de produit/service et le marché géographique alors qu'on distingue généralement les deux. En effet, un marché de produits se constitue de tous les produits et/ou service qu'un consommateur estime être interchangeable ou substituable notamment en raison des caractéristiques propres du produit/service, du prix auquel il est vendu/proposé ou encore de l'usage que le consommateur souhaite faire du produit/service tandis que le marché géographique comprend lui le territoire à l'intérieur duquel les entreprises parties à la concentration offrent les biens et les services déterminés dans le cadre du marché de produit/service et qui sont suffisamment homogènes pour pouvoir être

⁵⁸ Point 22 de la Décision n°09-DCC-17 du 7 juillet 2009 relative à *la prise de contrôle conjoint de la société Financière LMP SAS par les sociétés Financières Linair SAS et Brit Air SA* pour l'Autorité Nationale de Concurrence (France); Point 4.2 de la Décision n°2004-C/C-69 du 24 décembre 2004, *SN Airholding II/Virgin Express.*, Affaire Conc-C/C-04/0064 pour le Conseil de la Concurrence (Belgique), voir *NASSOGNE* Charlotte et *WELLINGER* Markus, 2005. « Actionnariat commun pour SN Brussels Airlines et Virgin Express » : Revue Lamy de la Concurrence. N°3, p.94-94

⁵⁹ La Commission reste fidèle à l'approche point d'origine/point de destination dans les affaires : COMP/M.5830 *Olympic/Aegean Airlines*; COMP/M.5889 *United Air Lines/Continental Airlines*; COMP/M.5747 *Iberia/British Airways*; COMP/M.5440 *Lufthansa/Austrian Airlines*; COMP/M.5403 *Lufthansa/BMI*; COMP/M.5364 *Iberia/Vueling/Clickair*; COMP/M.5335 *Lufthansa/SN Airholding*; COMP/M.5181 *Delta Air Lines/Northwest Airlines*; COMP/ M.3770 *Lufthansa/Swiss*; COMP/M.3280 – *Air France/KLM*; COMP/M.6828 *Delta Air Lines/Virgin Group/Virgin Atlantic Limited*; COMP/M.7333 *Alitalia/Etihad*

différenciés d'autres zones géographiques car la concurrence se base sur des éléments autres que ceux du marché géographique considéré.

35. - On qualifie l'approche point d'origine/point de destination d'approche par paire de villes. Ainsi, chaque ville existant sur laquelle une compagnie aérienne opère est susceptible de constituer une ville d'origine et/ou une ville de destination. De cette façon, chaque ligne exploitée par une compagnie aérienne, c'est-à-dire, chaque avion décollant d'une ville d'origine et atterrissant dans une ville de destination, constituent une paire de villes. En raisonnant de la sorte, la Commission individualise chaque paire de villes faisant ainsi que chacune des paires de villes qui sera retenue dans l'étude de la concentration constituera autant de marchés pertinents distincts les uns des autres.

36. - Alors pourquoi individualiser les paires de villes et les considérer comme des marchés pertinents à part entiers ? En procédant ainsi, la Commission et les Autorités Nationales de Concurrences tiennent mieux en compte l'impact sur les consommateurs. Celles-ci, lorsqu'elles déterminent le marché pertinent où dans l'hypothèse des concentrations entre compagnies aériennes, les marchés pertinents puisque forcément, les concentrations intervenant entre plusieurs compagnies aériennes de dimension régionale voire mondiale, ces compagnies exploitent un nombre important de liaisons, se place dans cette hypothèse, du point de vue du consommateur c'est-à-dire du point de vue de la demande. Par ce biais, l'autorité tient en compte la démarche qui serait entreprise par le consommateur pour voyager d'un point d'origine à un point de destination et qui, en plus d'envisager un trajet par avion envisage également d'autres possibilités de transport lui permettant de se rendre de ce point d'origine au point de destination. Hormis pour les vols directs qui peuvent être effectués entre aéroports, cela peut comprendre des vols à destination d'aéroports qui se situent à proximité du de l'aéroport d'origine ou de destination, les vols indirects permettant de rejoindre l'aéroport d'origine ou de destination et même les autres moyens de transport comme le transport par route, ferroviaire et maritime.

37. - Une fois que la Commission ou l'Autorité Nationale de Concurrence a retenu l'approche point d'origine/point de destination, elle va creuser, encore plus en profondeur, à l'aide de

critères complémentaires notamment en distinguant les types de voyageurs, les vols directs des vols indirects, la substituabilité des aéroports aux yeux du voyageur dans le but de déterminer si ces éléments appartiennent au même marché, s'ils ont une incidence sur l'approche qui est retenue pour qualifier ce marché et si la distinction nécessite d'être arrêtée ou peut rester en suspens.

38. - Ainsi la Commission pourra distinguer, lorsqu'elle opte pour l'approche point d'origine/point de destination, deux types de voyageurs.⁶⁰ En effet, elle distingue les usagers qui sont sensibles au facteur temps de ceux qui ne le sont pas.⁶¹ Elle va différencier les consommateurs qui voyagent dans un but commercial, d'affaires et ceux qui ne voyagent pas dans ce but, donc ceux qui voyagent principalement pour se rendre en vacances, voir des amis/parents ou encore à titre de loisir. La distinction trouve son utilité dans le fait que les consommateurs qui sont attachés à ce facteur temps voyagent pour le travail et donc ont besoin d'une flexibilité importante concernant l'achat des billets car ceux-ci peuvent être amenés à modifier leurs horaires de vol voire même d'annuler leurs billets à tout moment et donc souhaitent bénéficier de la possibilité de modifier ou d'annuler ces billets sans coûts supplémentaires. À contrario, ceux qui voyagent uniquement à des fins de loisir, ne sont pas vraiment attachés à la flexibilité car prenant leurs billets des mois avant le départ pour réduire au maximum le prix du billet. En plus du facteur temps, on peut également catégoriser les voyageurs en fonction du prix. Cette catégorisation se fait selon des éléments divers tels que la durée de réservation, la flexibilité offerte par la compagnie, les services proposés à l'aéroport, le confort en cabine, les files d'attentes prioritaires, la durée de vol entre le départ et l'arrivée, si le vol se fait avec escale ou non. Le *businessman* sera plus regardant sur le nombre de vol proposé, si ces vols sont à fréquences journalières, la localisation des aéroports ou encore le confort à bord tandis qu'un voyageur dit touriste focalisera essentiellement son attention sur le prix du billet plutôt que sur les services qui sont proposés autour et pendant la durée du transport.

⁶⁰ La Commission retient cette distinction dans un grand nombre d'affaires : COMP/M5889 *United Air Lines/Continental Airlines*; COMP/M.5440 *Lufthansa/Austrian Airlines*; COMP/M.5335 *Lufthansa/SN Airholding*; COMP/M.5364 *Iberia/Vueling/Clickair*; COMP/M.3280 *Air France/KLM*; COMP/M.3770 *Lufthansa/Swiss*

⁶¹ En anglais, la Commission les désigne soit par le terme de *time sensitive passengers (TS)* et de *non-time sensitive passengers (NTS)* ou de *premium passengers* et de *non-premium passengers*

39. - Lorsque la Commission retient la distinction entre les passagers *premium* et ceux qui ne le sont pas, les compagnies aériennes ont tendance à ne pas trouver que cette distinction soit pertinente car la frontière entre ces deux types de voyageurs n'a jamais clairement été définie par la Commission et aussi car il existe une chaîne de substitution entre ces deux types de voyageurs. En effet, selon certains acteurs du secteur, les businessmen sont de plus en plus sensibles au facteur prix et réservent de plus en plus de billets en classe économique et ce notamment sous l'impulsion de l'émergence des compagnies low-cost. Selon d'autres acteurs, cela ne remet pas en cause le principe même de la distinction.

40. - La Commission peut aussi considérer, toujours en se plaçant du point de vue du voyageur, que des aéroports situés à proximité l'un de l'autre sont susceptibles de ne pas être différenciés par le voyageur. Dans ce cas-là, l'autorité considère que ces routes sont identiques et ne constitue qu'un seul et même marché. En revanche, si les aéroports sont substituables aux yeux du voyageur, c'est-à-dire des aéroports qui peuvent se voir substituer d'autres vols directs, alors il faudra les dissocier et les envisager comme des marchés distincts car considérés comme des liaisons distinctes.⁶² Cette hypothèse se retrouve pour la plupart du temps lorsqu'une ville dispose de plusieurs aéroports. Afin de comprendre les effets concurrentiels qui peuvent être exercés entre des vols à destination et à l'arrivée de deux aéroports différents, la Commission effectuera une analyse détaillée tenant compte des caractéristiques propres aux routes et aux parties à la concentration.

41. - Une distinction est pareillement faite par la Commission entre les vols directs et les vols indirects⁶³ avec correspondance, précisément dans le cadre de vols long-courriers. Dans sa démarche de se placer du point de vue de la demande et donc du voyageur, celle-ci tient compte de tous les moyens possibles à sa disposition pour se rendre de son point d'origine à son point de destination. En règle générale, les vols indirects ne représentent pas un mode alternatif de voyage sous réserve de certaines circonstances exceptionnelles. En effet, plus le

⁶² COMP/M.7541 *IAG/Aer Lingus*; dans cette affaire, la Commission a considéré que les aéroports de Londres à partir duquel Aer Lingus opère des vols, à savoir *Heathrow*, *Gatwick* et *City* étaient substituables et devaient donc faire une analyse au cas par cas car représentant des marchés distincts; COMP/M.3280 *Air France/KLM* dans lequel la Commission énonce que les aéroports de Roissy-Charles-de-Gaulle et Orly sont substituables

⁶³ En anglais, la Commission parle de *direct flights* et de *indirect flights* voire de *non-stop flights* et de *one-stop flights*

temps du vol direct sera élevé, plus le voyageur cherchera à trouver un moyen de transport alternatif et plus attractif que le vol direct. Cela signifie que dans cette hypothèse et d'un point de vue concurrentiel, un vol indirect pourra constituer une alternative à un vol direct. Il faudra néanmoins que ces vols soient situés sur la même paire de villes.

42. - La Commission va jusqu'à envisager la substituabilité du transport aérien au profit d'un transport multimodal, alliant une part de transport par voie aérienne et une part par voie terrestre, voiture ou train. Dans ce cas, il faudra que le déplacement, par voiture ou train, fasse partie du même point d'origine/point de destination que le déplacement par avion et que les deux soient comparables tant en terme de prix et de qualité du transport, tant en terme de durée du transport sinon cela n'a pas d'intérêt de considérer la substitution comme une alternative viable.

43. - À côté de l'approche point d'origine/point de destination, coexiste une autre approche qui est celle dite « *en réseau* » et qui pourrait également être retenue par la Commission ou par les Autorités Nationales de Concurrence pour appréhender le marché pertinent.

SECTION III — L'approche en réseau

44. - La Commission a également pu se baser sur l'approche en réseau, du moins des éléments de celle-ci, pour déterminer le marché pertinent. Toutefois, cette approche est relativement marginalisée dans la mesure où l'approche point d'origine/point de destination est désormais profondément ancrée dans la pratique de la Commission lorsque celle-ci envisage une opération de concentration dans le secteur aérien. Approche qui ne s'est vue confirmée par aucune autre que la Cour de Justice⁶⁴, lui donnant ainsi une légitimité supplémentaire.

45. - Néanmoins, cette approche reste utile à aborder car celle-ci représente, du point de vue des transporteurs aériens en réseau, l'approche pertinente et ce au détriment de l'approche point d'origine/point de destination. Cette revendication constitue d'ailleurs le premier grief

⁶⁴ CJCE, 11 avril 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen et Silver line Reisebüro GmbH c/ Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs.*, aff. C-66-86 ; Trib. CE, 19 mai 1994, *Air France c/ Commission (TAT)*, aff. T-2/93 ; Trib. UE, 4 juillet 2006, *easyJet c/ Commission*

que les compagnies aériennes peuvent avancer pour contester le refus de l'opération de concentration lorsque la compagnie aérienne est elle-même impliquée dans l'opération ou même encore l'autorisation lorsque la compagnie aérienne est un concurrent direct des compagnies qui sont parties à la concentration. Pour appuyer le bien-fondé de l'approche en réseau, il est vrai que les éventualités pour qu'un point d'origine constitue également un point de destination sont très grandes, l'interconnexion est systématique ce qui rend rébarbatif voire agaçant le travail d'étude des liaisons aériennes pertinentes. À côté de cette répétition, l'étude devient de plus en plus en plus complexe car il faut tenir compte d'un grand nombre de critères subjectifs comme, à titre principal, le type de voyageurs et la substituabilité des aéroports. En raison de tous ces éléments, et de la concurrence sans relâche sur les routes directes et indirectes, ne faudrait-il pas prendre plus en considération le réseau d'une compagnie aérienne pour déterminer le marché pertinent ? Les différentes liaisons aériennes qui sont exploitées par une compagnie ne constituent que la sous-catégorie de son réseau. Ne serait-ce pas plus juste d'envisager une approche en terme de réseau pour éviter la complexité de l'analyse point d'origine/point de destination pour chaque route ?

46. - Il faut savoir que les principales compagnies aériennes mondiales et européennes ont choisi de baser leur organisation selon le modèle dit du « *hub-and-spoke*⁶⁵ » ou « *moyeu et rayons* » par opposition aux compagnies low-cost qui pour leur part ne propose que du point à point sans jamais offrir de correspondance et dont les réseaux sont considérés comme linéaires. Ce type d'organisation vise à atteindre un double objectif. Il permet aux compagnies aériennes, tout en garantissant une certaine part de dessertes en moyen-courriers, d'éviter la multiplication de ces dessertes locales qui sont parfois inutiles et surtout de s'assurer que les vols long-courriers soient toujours remplis. En effet, les dessertes, quelles qu'elles soient, mobilisent des ressources financières importantes pour les compagnies, tant au niveau de la mise à disposition d'appareils qu'au niveau du remplissage de ces appareils. Grâce à cette organisation, les compagnies aériennes en réseau sont en mesure de réduire une partie de leurs coûts puisque si moins d'appareils sont mobilisés, la gestion du personnel s'en retrouve facilitée puisque celui-ci sera plus facilement malléable et pourra rapidement être affecté à un vol. Il en va de même pour la maintenance de la flotte. Puisque beaucoup moins d'avions

⁶⁵ En français, on emploiera le terme de « *plateforme aéroportuaire de redistribution* » ou « *aéroports-plaques tournantes* »

seront mobilisés et utilisés, ceux-ci auront une durée de vie plus conséquente et leur entretien plus facile à planifier.

47. - Pour parvenir à un tel modèle, une compagnie aérienne devra choisir un aéroport principal voire plusieurs et y faire graviter toutes les liaisons qu'elle dessert à long-courrier. Cela lui permettra d'atteindre les objectifs précités, à savoir l'optimisation de ses coûts et un taux de remplissage élevé de ses vols long-courriers. Il est bien sûr important que l'aéroport principal ou les aéroports principaux soient situés au centre du réseau de la compagnie aérienne, c'est pour ça que l'on parlera aussi de réseau en étoile. Il s'agira de ramener les passagers des endroits les plus éloignés jusqu'où la compagnie opère des liaisons vers le centre de son réseau pour ensuite dispatcher les passagers sur des vols long-courriers. L'idée pour une compagnie aérienne étant de maintenir les dessertes régionales ou à moyen courrier à partir du moment où celles-ci permettent le remplissage des vols à long-courriers. À partir du moment où les profits réalisés par la compagnie sur un vol long-courrier ne permettent plus de compenser les pertes liées à l'exploitation des dessertes régionales ou à moyen courrier, la compagnie a tout intérêt à abandonner les liaisons sur cette ligne pour trouver une autre solution lui permettant d'acheminer les passagers des vols long-courriers à condition que l'éventuelle nouvelle liaisons soit connectée à l'aéroport principale de la compagnie. Les liaisons régionales ou à moyen courrier ne constituant que des liaisons d'apport pour la compagnie. Toutefois, la pratique du hub présente des inconvénients. Assurément, il participe à la congestion des aéroports. Puisqu'une compagnie fera passer la quasi-totalité voire la totalité de sa flotte dans un aéroport, l'attribution de créneaux aéroportuaires deviendra de plus en plus difficile, notamment pour les autres compagnies car renforçant la position de la compagnie dans l'aéroport et créant des barrières significatives à l'entrée. Si l'aéroport se trouve congestionner, alors on pourra voir arriver une perte d'attractivité du hub de l'aéroport principal au profit des liaisons point à point que desservent les compagnies low-cost.

48. - Pour ce qui est de l'approche en elle-même et contrairement à l'approche point d'origine/point de destination qui se place du point de vue de la demande, donc des voyageurs, l'approche en réseau se place elle du côté de l'offre donc des transporteurs. La Commission a notamment pu envisager et choisir de se positionner autrement que par

l'approche point d'origine/point de destination dans quelques affaires, notamment au début des années 1990⁶⁶ et 2000.⁶⁷

49. - Ainsi, la Commission a déjà pu opter pour une distinction claire et précise entre d'un côté le marché de produit et de l'autre le marché géographique. C'est le cas de l'affaire *British Midlands/Aer Lingus* du début des années 1990. Dans cette affaire opposant *British Midlands*, compagnie britannique et *Aer Lingus*, compagnie irlandaises, la Commission avait explicitement distingué⁶⁸ que le Royaume-Uni et l'Irlande devaient être considérés comme des marchés géographiques distincts. Cela avait été justifié par le fait qu'à l'époque, le transport aérien de passagers était fortement encadré au niveau national et notamment que la libéralisation du secteur aérien n'avait pas encore eu lieu, que les compagnies aériennes low-cost n'existaient pas et que la monnaie unique n'avait pas encore vu le jour. Concernant le marché de produit, il s'agissait de la fourniture et la vente de services aériens sur la liaison *Londres Heathrow-Dublin*⁶⁹ que ce soit au départ ou à destination de ces villes. Le nerf de l'affaire résidait dans le fait que les tarifs proposés et les parts de marché variaient considérablement d'une compagnie à l'autre en fonction de la ville de départ ou de destination et ce notamment en raison de l'absence d'accord d'interligne entre les deux compagnies.

50. - Les premières véritables revendications pour que l'approche en réseau soit retenue par la Commission sont apparues à l'occasion de l'affaire concernant la concentration entre *Air France* et *KLM* et ce après la libéralisation du transport aérien en Europe et toutes les conséquences qu'on lui connaît. Selon les transporteurs, l'approche en réseau permettrait une meilleure appréciation des effets de la concentration sur la concurrence entre compagnies aériennes puisque la concurrence se faisant dans sa globalité, c'est-à-dire sur un réseau et non individuellement, route par route. Pour un certain nombre d'acteurs du transport aérien, la méthode point d'origine/point de destination ne permet pas d'appréhender la nature et

⁶⁶ Décision 92/213 de la Commission du 26 février 1992 relative à une procédure d'application des articles 85 et 86 du traité CEE dans l'affaire IV/33.544 — *British Midland contre Aer Lingus*

⁶⁷ COMP/M.3280 *Air France/KLM*

⁶⁸ Point 15 de la décision 92/213 de la Commission du 26 février 1992 relative à une procédure d'application des articles 85 et 86 du traité CEE dans l'affaire IV/33.544 — *British Midland contre Aer Lingus*

⁶⁹ Point 16 de la décision 92/213 de la Commission du 26 février 1992 relative à une procédure d'application des articles 85 et 86 du traité CEE dans l'affaire IV/33.544 — *British Midland contre Aer Lingus*

l'ampleur de la concurrence entre les compagnies aériennes puisque celles-ci, opérant selon le modèle du « *hub-and-spoke* », se livrent concurrence par réseau interposé. Cela se vérifie également selon certains par la part croissante et l'étendue que peuvent avoir de nos jours les alliances entre compagnies aériennes sur la concurrence entre transporteurs aériens.⁷⁰

51. - La Commission a cependant du mal à ne pas se référer au comportement qu'aurait le consommateur dans la mesure où c'est son point de vue qui est déterminant pour parvenir à définir le marché de produits.⁷¹ De ce point de vue, l'approche en réseau n'est pas pertinente aux yeux du voyageur dans la mesure où si les prix qui lui sont proposés pour l'achat d'un billet sur une liaison point d'origine/point de destination le sont en raison d'un monopole détenu par une compagnie, le voyageur n'aura que faire du fait que ces prix élevés résultent de la concurrence que peuvent se livrer les compagnies à l'échelle mondiale pour développer leurs réseaux respectifs et donc obtenir des monopoles. Pour contester l'approche en réseau, la Commission fait également savoir que les compagnies aériennes en réseau, même si elles sont importantes dans le domaine, ne représentent qu'une seule partie du secteur. Il ne faut pas oublier les compagnies low-cost ou les transporteurs régionaux qui pour leur part majoritairement d'accord avec l'approche point d'origine/point de destination. Pour la défense des compagnies aériennes en réseau, il est compréhensible que les compagnies low-cost ne voient pas d'intérêt à ce que l'approche en réseau puisse être envisagée puisque leur modèle économique n'est pas bâti de la même façon.

52. - Il est inscrit dans la nature du consommateur que de chercher à examiner toutes les possibilités qui s'offre à lui, y compris pour voyager d'un point d'origine à un point de destination. Le consommateur pourra être amené à prendre en compte le réseau d'une compagnie aérienne seulement dans l'hypothèse où la compagnie assure une liaison d'un point d'origine à un point de destination sur laquelle le consommateur souhaite acheter un billet. Par ce biais, l'approche par rapport au réseau ne constitue qu'une sous-partie de l'approche point d'origine/point de destination qui l'englobe.

⁷⁰ Voir Partie II, Titre II, Chapitre II

⁷¹ Point 5 de la Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence du 9 décembre 1997 (97/C 372/03)

53. - Néanmoins, lorsqu'on s'intéresse à l'approche en réseau, une catégorie particulière de voyageur doit être envisagée, il s'agit de toutes les personnes voyageant dans le cadre d'accords entre la société qui les emploie et les compagnies aériennes. Ces sociétés ont tendance à privilégier l'étendue géographique sur laquelle la compagnie opère des liaisons plutôt que de s'attacher à la méthode point par point, tel un voyageur que l'on pourrait qualifier de lambda. En effet, des ristournes sur les prix sont souvent proposées dans le cadre de ces accords en fonction de la fréquence de vol des personnes concernées. Toutefois, les contrats conclus entre les sociétés et les compagnies aériennes ne sont quasiment jamais des contrats d'exclusivité car aucune compagnie aérienne ou alliance internationale ne dispose d'un rayonnement géographique tel que la compagnie ou l'alliance est à même de desservir les quatre coins du monde. Même dans cette hypothèse, les voyageurs employés par la société seront amenés un jour ou l'autre, si ce n'est pas toujours, à envisager un transport d'un point d'origine à un point de destination car c'est ce qui est pertinent au regard des besoins de chaque personne qui voyage par avion et pour l'entreprise. Dans le cadre de ces accords entre la société et la compagnie aérienne, toutes les fois où un trajet sera effectué d'un point d'origine à un point de destination, la société considérera particulièrement le prix du billet mais surtout la ristourne qui pourrait être consentie sur celui-ci. Plus la ristourne est importante et le réseau de la compagnie répondant au mieux aux besoins du consommateur alors il y aura très peu de chance pour que la société change de partenaire. Ainsi, le choix du consommateur est motivé à la fois par le réseau et point par point.

54. - Toutefois, une voix dissidente peut être entendue en la personne de l'Autorité Nationale de Concurrence allemande⁷² qui tend à ne pas partager la même analyse que la Commission puisqu'ayant eu l'occasion de faire valoir que l'approche en réseau permet une approche globale qui se trouve être conforme à la réalité en matière de marché non-domestiques, c'est-à-dire non-intérieur à un État.

55. - On remarque donc, que l'approche en réseau ne risque pas, pour les opérations de concentration entre compagnies aériennes à venir, d'être retenue, du moins dans sa globalité par la Commission ou par les Autorités Nationales de Concurrence. Seuls certains aspects

⁷² Bundeskartellamt, 19 septembre 2001, Affaire B9-147/00 *Lufthansa/Eurowings*

pourront éventuellement être pris en compte, la Commission restant toujours fidèle à l'approche point d'origine/point de destination qui est, selon elle, la méthode la plus complète pour envisager l'étude des effets potentiellement anticoncurrentiels que la concentration pourrait avoir. Postérieurement à cela, une fois l'étape essentielle de la détermination du marché pertinent terminée, l'autorité en charge du dossier va passer à l'étude en profondeur de l'opération et faire ressortir tous les éléments problématiques grâce notamment au test du marché. Dans de nombreuses hypothèses, ces éléments problématiques seront similaire d'un cas à un autre.

CHAPITRE II — Les moyens mis en oeuvre par les Autorités Nationales de Concurrence et par la Commission Européenne pour procéder à la vérification de la compatibilité de l'opération de concentration entre compagnies aériennes

Pour être en mesure d'apprécier les effets que la concentration entre les compagnies aériennes engendrerait sur le marché pertinent, l'autorité en charge de l'enquête doit effectuer un travail minutieux tout au long du temps qui lui ait imparti pour procéder à cette enquête. Ce travail passe par l'analyse quantitative et qualitative d'éléments qu'elle collecte auprès d'un grand nombre d'acteurs du secteur aérien - compagnies aériennes parties mais aussi compagnies concurrentes, associations de consommateurs, autorités civiles d'aviations, agences de voyages - par le biais de demandes simples ou décisionnelles et par voie d'auditions (**SECTION I**). À partir du moment où l'autorité en charge du contrôle a effectué le test du marché, celle-ci est en état de dégager les atteintes à la concurrence, s'il y en a. Dans le secteur aérien, comme dans les autres secteurs, ces restrictions de concurrence sont souvent liées au fait que l'entité concentrée disposerait de parts de marché trop importantes sur des routes aériennes si la concentration venait à être autorisée mais également par la présence de barrières significatives à l'entrée sur ces mêmes liaisons aériennes ne permettant pas à d'autres transporteurs de pouvoir livrer concurrence à l'entité concentrée (**SECTION II**).

SECTION I — Le test du marché

56. - Pour être en mesure d'assurer une analyse précise et détaillée des effets économiques que pourrait avoir la concentration sur le marché commun, national ou régional, les Autorités Nationales de Concurrence et la Commission mènent des investigations poussées qui permettront d'aboutir à une évaluation au plus proche de ce que pourrait être la réalité, c'est-à-dire en considérant que la concentration ait déjà eu lieu et que l'entité émanant de cette concentration propose déjà ses services et exerce ses activités au sein du marché commun.

57. - La Commission dispose, pour l'exercice de cette mission, de plusieurs pouvoirs qui lui sont conférés par le règlement de 2004.⁷³ En effet, pour mener à bien cette mission, la Commission possède un pouvoir d'investigation important qui passe par l'obtention d'informations auprès de plusieurs types d'acteurs du secteur. Les informations pourront être obtenues par l'autorité en charge du dossier soit par simple demande si les parties ont décidé de coopérer ou par décision si celles-ci ne jouent pas le jeu de la transparence.⁷⁴ Dans l'hypothèse où les parties sont dans une approche hostile vis-à-vis des demandes de la Commission, celle-ci peut aller jusqu'à procéder à des inspections⁷⁵ qui pourront parfois être inopinées.

58. - Il s'agira en premier lieu d'obtenir ces informations à la source, à savoir des compagnies aériennes parties à la concentration elles-mêmes. Elle pourra également recueillir des informations auprès de tiers. Il faut entendre par la notion de tiers les consommateurs et clients de ces compagnies, les représentants et associations de consommateurs concernées, les fournisseurs mais aussi les compagnies aériennes concurrentes. On pourrait penser que les informations les plus utiles à l'autorité sont celles transmises par les parties elles-mêmes. Néanmoins, les informations fournies par les tiers jouent un rôle tout aussi important voire encore plus déterminant. En effet, à la vue de la particulière complexité des affaires de concentration entre compagnies aériennes, la Commission ne peut se satisfaire d'une analyse en surface, c'est-à-dire se contenter des informations fournies par les compagnies aériennes parties, les consommateurs de tous types ou encore les concurrents directs de ces compagnies. Toutefois, en matière de concentration entre compagnies aériennes, ce sont les consommateurs lambda, individuels qui sont en première ligne. Le problème pour la Commission se trouve dans le fait qu'il est pratiquement impossible pour elle de recueillir l'avis de chacun d'entre eux puisque ces consommateurs se mesurent en million et qu'elle ne

⁷³ Articles 11 et 13 du Règlement du Conseil n°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

⁷⁴ Article 11 paragraphe 1 du Règlement du Conseil n°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

⁷⁵ Articles 12 et 13 du Règlement du Conseil n°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

peut les contacter un par un par appels téléphoniques ou sous la forme de questionnaires à renvoyer. Elle obtiendra plus facilement des renseignements de la part des clients professionnels, des business man car ceux-ci sont représentés par leurs entreprises.⁷⁶ En plus de cela, étant donné que ces différents types de passagers sont sensibles à des éléments divergents, les opinions qu'expriment les clients professionnels ne sont pertinentes que pour certains éléments.⁷⁷ Pour pallier à cela, la Commission se tournera généralement vers les agences de voyages pour recueillir l'avis des consommateurs individuels⁷⁸ ou alors détachera spécialement un consultant indépendant auprès d'un aéroport pour mener une enquête sur la façon dont les consommateurs choisissent leur billet sur une ou plusieurs liaisons.⁷⁹

59. - À l'image d'une analyse microéconomique, celle-ci va jusqu'à prendre contacte et demander des informations, soit sous la forme d'écrits ou soit obtenues par le biais de réunions, à des infrastructures particulières comme par exemple à des autorités régulatrices des transports, des autorités civiles d'aviations qui peuvent être nationales et/ou supranationales⁸⁰ en allant jusqu'à des autorités gérantes de la coordination et de l'attribution des créneaux aéroportuaires. En règle générale, et dans le secteur aérien, les informations sont recueillies sur simple demande par voie écrite et également lors d'entretiens oraux avec les personnes concernées.

60. - Qu'il s'agisse d'une simple demande d'information ou d'une décision, la Commission précisera toujours la base juridique sur laquelle sa demande s'appuie, le but de cette demande et les renseignements qu'elle souhaite obtenir ainsi que les sanctions qui pourront être encourues dans l'hypothèse où des renseignements erronés ou falsifiés seraient fournis⁸¹ ou

⁷⁶ COMP/M.4439 *Ryanair/Aer Lingus*, point 35, note de bas de page 25

⁷⁷ COMP/M.4439 *Ryanair/Aer Lingus*, point 36

⁷⁸ COMP/M.6663 *Ryanair/Aer Lingus III*, point 32

⁷⁹ COMP/M.4439 *Ryanair/Aer Lingus III*, point 36

⁸⁰ C'est ainsi qu'à l'occasion de l'examen d'une opération de concentration, l'Association Internationale du Transport Aérien (IATA), l'Agence Européenne de la Sécurité Aérienne (AESA) et d'autres organismes pourront être consultés à partir du moment où leurs témoignages ont un intérêt pour l'enquête

⁸¹ Article 11, paragraphe 2 du Règlement du Conseil n°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

elle sanctionne directement et indique le droit de recours possible contre cette sanction.⁸² Dans le cadre des investigations que la Commission a pu effectuer en matière de concentration entre compagnies aériennes, celle-ci n'a jamais eu à se servir de son pouvoir de sanction⁸³, les parties et acteur du secteur étant relativement transparents et coopératifs. À supposer que cela arrive, la Commission sanctionnerait le manque de transparence et de coopération par des amendes ne dépassant pas un certain pourcentage du chiffre d'affaires des compagnies aériennes concernées par la concentration et également par des pénalités. En effet, fournir des informations inexactes, trompeuses contribuent à une appréciation incorrecte des effets concurrentiels de la concentration et, par voie de conséquence, à une analyse partiellement voire totalement impertinente de l'opération. Toutefois, une décision autorisant la concentration sur la base d'informations altérées par les compagnies aériennes parties pourra être révoquée.⁸⁴

61. - À côté de cela, les informations peuvent également être recueillies par voie orale. Celles-ci sont collectées dans le cadre de réunions qui sont traditionnellement organisées entre les services de la Commission et les représentants des compagnies aériennes parties à la concentration afin de favoriser la transparence et la communication et ce dans le but d'aboutir à une décision qui soit la plus juste et efficace possible. Parfois, ces rencontres pourront voir la présence d'une troisième partie en la personne des tiers à la concentration, il pourra donc y avoir des représentants d'associations de consommateurs, de fournisseurs voire des compagnies aériennes concurrentes. Néanmoins, ces rencontres triangulaires se feront sur la base du volontariat. Les échanges bipartites, eux, interviendront selon une fréquence plus ou moins soutenue en fonction des interrogations que pourraient avoir les services de la Commission. Ainsi, les rencontres entre services de la Commission et représentants des compagnies aériennes seront plus répétées en *phase II* qu'en *phase I*. Au minimum, ces rencontres interviendront à cinq reprises échelonnées sur le temps réservé à la Commission pour étudier la concentration.

⁸² Article 11, paragraphe 3 du Règlement du Conseil n°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

⁸³ Articles 14 et 15 du Règlement du Conseil n°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

⁸⁴ Article 6, paragraphes 3 et 8 paragraphe 6 du Règlement du Conseil n°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

62. - Toutefois, le travail d'investigation de l'opération n'est pas à sens unique. En effet, au cours de la procédure d'étude de l'opération de concentration, particulièrement lors de la phase II, toutes les objections qui pourraient être soulevées par les services de la Commission vis-à-vis de la concentration⁸⁵, que ce soit en matière d'effets anticoncurrentiels, de parts de marché, d'exploitation de tel ou tel service, de calculs du chiffre d'affaires, les compagnies aériennes parties à la concentration disposent d'un droit de réponse à ces objections de la Commission.⁸⁶ Ainsi, la Commission doit donner accès aux divers types de documents écrits qu'elle a déjà pu réunir.⁸⁷ Ceux-ci permettront aux représentants des compagnies aériennes, à leur tour et dans un certain délai⁸⁸, de fournir par écrit une réponse aux objections de la Commission afin de calmer les doutes de celle-ci sur les sujets épineux. Cette période d'étude des documents écrits⁸⁹ pourra s'accompagner d'une phase orale.⁹⁰ Il s'agira d'une audition au cours de laquelle les représentants des compagnies aériennes auront la possibilité de présenter les griefs en réponse aux objections de la Commission. Dans certaines hypothèses, des tiers à la concentration pourront également avoir leur mot à dire et se voir transmettre les objections écrites de la Commission afin qu'eux aussi y répondent par écrit et les présentent oralement lors de l'audition.

⁸⁵ En anglais la Commission regroupe toutes ces objections sous la dénomination de « *Statement of Objections; SO* »

⁸⁶ Article 18, paragraphes 1 et 2 du Règlement du Conseil n°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

⁸⁷ Article 18, paragraphes 3 du Règlement du Conseil n°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises complété par l'article 17 du Règlement de la Commission n°802/2004 du 21 avril 2004 concernant la mise en oeuvre du Règlement du Conseil n°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

⁸⁸ Article 18 paragraphe 3 du Règlement du Conseil n°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises complété par l'article 13 paragraphe 2 du Règlement de la Commission n°802/2004 du 21 avril 2004 concernant la mise en oeuvre du Règlement du Conseil n°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

⁸⁹ La divulgation des informations écrites réunies par la Commission est très encadrée. Il s'agira souvent, pour les compagnies aériennes d'avoir accès à ces documents dans le cadre de *data rooms*. Il s'agit soit d'un lieu physique, le plus généralement une salle, dans laquelle sont rassemblés des documents comptables, financiers, juridiques et économiques ayant trait à la concentration soit, plus fréquemment, d'un espace virtuel sécurisé où ces mêmes données sont stockées. Cette technique permet non seulement à la Commission de contrôler précisément qui a accès à l'information et quand, mais aussi de faire évoluer les informations communiquées au fur et à mesure de l'avancement de l'opération.

⁹⁰ Articles 14 et 15 du Règlement de la Commission n°802/2004 du 21 avril 2004 concernant la mise en oeuvre du Règlement du Conseil n°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

63. - Il faut, à juste titre, rappeler que l'étude d'une concentration est une étude extrêmement compliquée. Il s'agit pour la Commission d'accumuler un maximum de documents, de preuves, de témoignages pour ensuite analyser méticuleusement et continuellement tous ces éléments afin de décider si oui ou non la concentration est potentiellement dangereuse pour le marché. Tous les points d'obscurité que la Commission pourrait mettre en lumière le sont au regard d'analyses légales et économiques globales, à la fois quantitatives, c'est-à-dire techniques et qualitatives, non-techniques. Ces analyses ne sauraient être remises en cause par le simple fait qu'un document, un témoignage, une opinion exprimée, ne corrobore pas telle ou telle objection.⁹¹ Dans la mesure où la Commission dispose d'un temps restreint pour effectuer son enquête, il est pratiquement impossible pour elle de mettre en oeuvre tous les moyens d'investigation existants. En fonction de l'affaire et de ses particularités, la Commission choisira de recourir à des méthodes plutôt qu'à d'autres, toujours en gardant à l'esprit que cela doit ajouter une plus-value aux éléments qu'elle a déjà réunis.⁹² Ainsi, la Commission sera amenée à consulter les acteurs du secteur pour savoir quelle approche quant au marché pertinent doit être retenue, savoir si les compagnies aériennes qui sont parties à la concentration se livrent ou ne se livrent pas concurrence, savoir si les consommateurs pourraient choisir de voyager avec une autre compagnie aérienne sur les liaisons desservies par l'entité concentrée dans l'hypothèse où celle-ci serait autorisée, savoir si tel ou tel aéroport est substituable avec un autre, savoir à quelle fréquence les vols ont lieu, et d'innombrables autres questions qu'elle estime nécessaires à l'affaire.

64. - Par ailleurs, les informations qui sont collectées au cours de l'enquête auprès de toutes les personnes physiques ou morales ne lient en aucun cas la Commission dans son appréciation.⁹³ Le fait qu'un certain nombre d'acteurs du secteur partagent la même opinion sur une question posée par la Commission, par exemple sur la détermination du marché pertinent et précisément sur l'approche qui doit être retenue pour apprécier l'opération, n'oblige aucunement la Commission à suivre elle aussi cette opinion. La Commission reste seule aux commandes de l'orientation qu'elle souhaite donner à l'évaluation de l'opération.

⁹¹ COMP/M.4439 *Ryanair/Aer Lingus*, point 38; COMP/M.6663 *Ryanair/Aer Lingus III*, point 27, note de bas de page 17

⁹² COMP/M.6663 *Ryanair/Aer Lingus III*, point 31, note de bas de page 22

⁹³ COMP/M.4439 *Ryanair/Aer Lingus*, point 39; COMP/M.6663 *Ryanair/Aer Lingus III*, point 28

65. - L'avis des personnes consultées n'est qu'un avis simple et non un avis conforme. Ceci s'explique en partie par le fait que la Commission ne peut faire confiance aveuglement à toutes les personnes qu'elle consulte dans le cadre de son enquête. Notamment aux vues du fait que certaines demandes peuvent être mal comprises par les personnes consultées conduisant à des réponses erronées mais de bonne foi, que les réponses peuvent être vagues ou encore que les réponses pourraient être biaisées de la part des compagnies aériennes concurrentes dans le but d'influencer la décision de la Commission en leur faveur puisque celles-ci pouvant avoir un intérêt à ce que la concentration soit ou ne soit pas autorisée. Il n'empêche que pour pallier à cela, dans tous les cas où les réponses varieraient considérablement d'un transporteur à une autre, d'associations de consommateurs entre elles, la Commission essaiera toujours de clarifier ces situations hasardeuses en transmettant d'autres demandes d'information, en menant des entretiens plus poussés avec les personnes concernées.⁹⁴

66. - Dans le secteur aérien, le test du marché permet donc de mettre en évidence les atteintes à la concurrence. Ainsi, Lorsqu'un projet de concentration est envisagé entre deux compagnies aériennes, les atteintes à la concurrence seront relativement identiques d'une affaire à une autre selon les caractéristiques des compagnies aériennes parties et notamment de leur modèle économique.

SECTION II — Les éléments caractéristiques d'une atteinte à la concurrence

67. - Au fur et à mesure que l'Autorité Nationale de Concurrence ou que la Commission mène son enquête sur l'éventuelle compatibilité de l'opération de concentration; celle-ci est en état de dégager les problèmes concurrentiels que pose l'opération. Une concentration deviendra problématique lorsque les inconvénients qu'elle engendre sont plus nombreux que ses avantages. L'autorité doit, en réalité, déterminer si la concentration porte *une atteinte significative à l'exercice d'une concurrence effective* sur le marché ou dans une partie substantielle de celui-ci.

⁹⁴ COMP/M.4439 *Ryanair/Aer Lingus*, point 40

68. - Ce qui est important pour la Commission, spécifiquement dans le secteur aérien, c'est de savoir si les activités des parties se chevauchent c'est-à-dire si les compagnies aériennes qui souhaitent procéder à la concentration proposent des services identiques et si ces transporteurs fournissent ces services sur des liaisons qu'elles exploitent simultanément, chacune de leur côté. Si les activités des parties ne se chevauchent pas, ou très peu, alors la concentration ne devrait pas poser de problèmes particuliers. Bien souvent, les avantages seront plus nombreux que les inconvénients. En effet, si les transporteurs offrent des services différents l'un de l'autre, par exemple la concentration entre d'un côté une compagnie aérienne qui s'illustre essentiellement dans le transport de marchandises et de l'autre une compagnie qui ne se consacre qu'au transport de personnes; dans ce cas-là, la concentration est de nature à améliorer leur efficacité puisque les réseaux sur lesquelles elles opèrent sont fondamentalement différents. Cependant, cela n'est pas sans risque. Cela pourra conduire au renforcement de la position des parties par l'élimination de la concurrence et la mise en place de barrières à l'entrée. En revanche, c'est dans l'hypothèse où les activités des parties se chevauchent que les risques anticoncurrentiels sont le plus susceptibles d'être mis en lumière. Véritablement, si les compagnies aériennes fournissent des services uniquement en matière de transport de passagers, alors leurs réseaux sont, à peu de chose près, similaires ce qui va, assurément, engendrer des interrogations. Si les réseaux sont identiques, alors les compagnies offrent très certainement des services sur un grand nombre de liaisons en commun. Cela signifie que la concentration pourrait renforcer le réseau de ces compagnies ainsi que leurs parts de marché à un tel point que l'entité concentrée sera dans une position dominante sur le marché. Les concurrents de ces compagnies ne pourront fournir de services car la part de marché de l'entité concentrée est beaucoup trop élevée pour qu'une autre compagnie vienne lui disputer le monopole. Les barrières dressées sont trop hautes pour les concurrents.⁹⁵

69. - C'est pourquoi, l'autorité en charge d'évaluer l'opération de concentration ne peut se permettre de mener des investigations poussées⁹⁶ sur chacune des liaisons qui sont exploitées par les parties à la concentration. L'autorité mènera une analyse concurrentielle non-

⁹⁵ OCDE, *Airline Mergers And Alliances*, 1999, page 67 point 3

⁹⁶ Voir PINÇON Jean-Baptiste et BITTON Esther, 2010. « *La fusion entre United Airlines et Continental Airlines donne naissance à la première compagnie aérienne mondiale* » : Revue Lamy de la Concurrence. N°25, p.14-15

exhaustive, c'est-à-dire en se focalisant principalement sur les liaisons où les transporteurs aériens assurent une liaison directe et particulièrement lorsque ces liaisons sont sans escale ou sur un même tronçon car les risques de distorsion de concurrence sont très fréquents. Toujours est-il que, si, sur une liaison, une des compagnies partie à la concentration assure une liaison directe et l'autre compagnie n'assure pas de liaison directe alors l'autorité pourra quand même mener une enquête à la condition que la part de marché cumulée des parties est supérieure à 25% et l'addition de part de marché est supérieure ou égale à 2%.⁹⁷ Néanmoins, la Commission peut également être amenée, si le temps lui permet et si elle estime être pertinent, à envisager les liaisons sur lesquelles les parties à la concentration proposent des services indirects. Ainsi, à chaque fois que l'autorité identifiera des chevauchements sur des liaisons, elle analysera méticuleusement celles-ci. Sur les liaisons directes, la Commission effectuera une catégorisation de ces liaisons en fonction du point d'origine et du point de destination mais également en fonction du type de vol; court-courrier, moyen-courrier ou long-courrier, mais aussi, lorsque cela existe, en tenant compte du fait que les parties à la concentration peuvent également être intégrées au sein d'une entreprise commune.⁹⁸

70. - Par conséquent, deux éléments principaux semblent caractériser une atteinte significative à la concurrence. La première mettant en lumière le second. En premier lieu, les taux de parts de marché dont l'entité concentrée disposera sur les liaisons qui ont été jugées problématiques ainsi que le taux de concentration déjà existant dans le secteur constitue un bon moyen d'apprécier cette atteinte.⁹⁹ Que ce soit la Commission ou les Autorités Nationales de Concurrences, les pourcentages de parts de marché sur une liaison sont généralement obtenus par la somme du nombre de billets vendus sur une période ou par le nombre de passagers qui

⁹⁷ Voir PINÇON Jean-Baptiste et BITTON Esther, 2010. « *La fusion entre United Airlines et Continental Airlines donne naissance à la première compagnie aérienne mondiale* » : Revue Lamy de la Concurrence. N°25, p.14-15

⁹⁸ COMP/M.5540 *Lufthansa/Austrian Airlines*, point 107, (i), (ii), (iii), (iv), (v), (vi); dans cette affaire, la Commission distingue bien d'un côté les liaisons directes (23) entre l'Autriche et l'Allemagne qui sont exploitées dans le cadre de l'entreprise commune (i); Les liaisons directes (3) entre l'Autriche et la Suisse (ii); La liaison directe entre l'Autriche et la Belgique (iii); La liaison directe entre l'Autriche et le Royaume-Uni (iv) et de l'autre, les liaisons sur lesquelles une partie offre un service direct et l'autre partie un service indirect (v) puis enfin les liaisons sur lesquelles les parties ne proposent uniquement que des services indirects (vi); Voir GIRGENSON Ianis, 2010. « *Lufthansa acquiert trois compagnies aérienne* » : Revue Lamy de la Concurrence. N°23, p.13-14 ; COMP/M.7541 *IAG/Aer Lingus*; dans cette affaire, 3 liaisons sont étudiées avec attention par la Commission car présentant des risques de parts de marché élevées; *Londres-Dublin, Belfast-Londres et Dublin-Chicago*

⁹⁹ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, Journal Officiel n° C 031, 5 février 2004, point 14

ont transités par la liaison sur cette même période, donc en terme de fréquence.¹⁰⁰ Ces pourcentages seront déduits de tous les éléments que l'autorité aura pu réunir, dans certains cas son calcul sera fondé sur une montagne de documents, dans d'autres sur une simple pile. En second lieu, la présence de barrières significatives à l'entrée sur ces liaisons, empêchant les autres compagnies aériennes concurrentes de proposer leurs services est un autre moyen de conclure à cette atteinte.

71. - L'étude de ces éléments ressort plus nettement dans les affaires où la Commission s'est prononcée en défaveur de l'opération de concentration. L'interdiction d'une opération de concentration est relativement rare dans le secteur du transport aérien. En effet, on ne compte à l'heure actuelle que trois opérations refusées. Le premier projet de concentration entre *Olympic* et *Aegean Airlines* s'est vu refuser en 2011, entre l'interdiction des deux projets de concentration entre *Ryanair* et *Aer Lingus*, respectivement en 2007 et 2013.¹⁰¹ C'est grâce à ces décisions d'interdiction¹⁰² que l'on appréhende plus facilement ce que constitue une atteinte significative à la concurrence, dans la mesure où cela est plus flagrant que dans les affaires d'autorisations. Dans ces espèces, les parties à la concentration sont quasi identiques quant aux services fournis et disposent d'un réseau lui aussi très similaire. Pour ce qui est des affaires *Ryanair/Aer Lingus I* et *III*¹⁰³, en plus de ces spécificités, il faut savoir que c'était la première fois que la Commission devait se prononcer sur une concentration entre deux compagnies aériennes *low-cost* et, qui plus est, opérant à partir du même aéroport principal d'attache, Dublin. C'est donc sans surprise que la Commission a identifié 35 liaisons à destination et en provenance d'Irlande sur lesquelles les activités des parties se chevauchaient.

¹⁰⁰ Dans l'affaire COMP/M.5540 *Lufthansa/Austrian Airlines*, la Commission s'est fondée sur la fréquence des vols effectués pour calculer les parts de marché; Dans l'affaire B9-147/00 *Lufthansa/Eurowings* de 2001, l'Autorité Nationale de Concurrence allemande s'est quant à elle basée sur le nombre total de passagers sur le marché pertinent du transport de passagers par avion en Allemagne en 2000. À titre complémentaire, l'Autorité Nationale de Concurrence britannique raisonne de la même manière dans les affaires *BMI/United Airlines*, *BA/City Flyer* et *Air Canada/Canadian Airlines*, en se fondant à la fois sur le nombre de passagers et la fréquence des vols sur les routes directes

¹⁰¹ COMP/M.5830 *Olympic/Aegean Airlines*; COMP/M.4439 *Ryanair/Aer Lingus*; COMP/M.6663 *Ryanair/Aer Lingus III*

¹⁰² Voir GRARD Loïc, 2008. « *Ryanair c/ Aer Lingus, premier épisode d'une nouvelle série judiciaire* » : Revue Lamy de la Concurrence. N°5, p.37-38 ; CHAPSAL Antoine et SPECTOR David, 2008. « *La décision Ryanair/Aer Lingus : un nouveau standard de qualité* » : Revue Lamy de la Concurrence. N°14, p.12-13

¹⁰³ Les affaires *Ryanair/Aer Lingus* passent de l'affaire *I* à l'affaire *III* dans la mesure où, certes une seconde tentative avait été envisagée début 2009 mais celle-ci avait été retiré par Ryanair quelques semaines plus tard, avant même que la Commission ne commence son travail d'investigation; COMP/M.5434 *Ryanair/Aer Lingus II*

En plus du fait que l'opération créerait une situation de monopole sur 22 de ces liaisons, soit un taux proche de 100% en terme de parts de marché pour une liaison, l'entité concentrée disposerait de parts de marché entre 60% et 80%¹⁰⁴ sur les 13 autres routes aériennes restants en raison du fait que *Ryanair* et *Aer Lingus* constituent les concurrents les plus proches.¹⁰⁵ Plus encore, lorsque la Commission a réexaminé le projet de fusion lors de la troisième tentative - *qui n'est en réalité que la seconde* - celle-ci a constaté que ce nombre avait largement augmentée, passant de 35 liaisons à 46. En effet, si en 2006 les parties se seraient retrouvées en position de monopole sur 22 routes, ceux-ci se seraient partagé pas moins de 28 routes en 2012.¹⁰⁶ De même pour les liaisons sur lesquelles les parties auraient des parts de marché oscillant entre 60% et 80%, leur nombre passant de 13 à 18.¹⁰⁷ Cette augmentation s'explique notamment par le fait que la position des parties s'est considérablement renforcée sur le marché.

72. - En outre, en plus d'être susceptible de provoquer la création ou la consolidation d'une situation de monopole, qui est un signe avant-coureur permettant de déterminer à quel point l'opération porte une atteinte suffisamment néfaste pour la concurrence au sein du marché, une concentration peut également être de nature à empêcher l'émergence ou à mettre un terme à la concurrence de la part d'autres compagnies aériennes, justement à cause du fait que l'entité concentrée détiendrait des parts de marché beaucoup trop importantes.¹⁰⁸ Dans la mesure où la Commission se place du point de vue de la demande et donc du consommateur pour déterminer le marché pertinent, elle se place également du point de vue du consommateur pour caractériser les éléments qui portent atteinte à la concurrence. Le fait qu'une concentration puisse conduire des entreprises à acquérir une position dominante restreint considérablement le choix des voyageurs quant à l'éventualité de recourir à une autre

¹⁰⁴ Selon le paragraphe 17 des lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, des parts de marché équivalentes à 50% ou supérieures à 50% constituent un premier indice permettant de traduire l'existence d'une position dominante sur le marché

¹⁰⁵ COMP/M.4439 *Ryanair/Aer Lingus I*, points 341 à 347

¹⁰⁶ Voir BITTON Esther, 2013. « Nouvelle décision d'interdiction pour Ryanair » : Revue Lamy de la Concurrence. N°36; p.18-19

¹⁰⁷ COMP/M.6663 *Ryanair/Aer Lingus III*, points 1008 à 1026

¹⁰⁸ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, Journal Officiel n° C 031, 5 février 2004, point 68

compagnie aérienne pour voyager d'un point d'origine à un point de destination en allant jusqu'à une augmentation du prix du billet puisque seule l'entité concentrée serait en mesure d'assurer les liaisons. Si les parties constituent, avant l'opération de concentration, la principale source de pression concurrentielle sur le marché alors il est certain que si la concentration venait à être autorisée, l'éventualité de l'arrivée d'un concurrent sur ce ou ces marchés seraient quasi nuls puisque l'autorisation aurait pour conséquence de mettre fin à cette pression concurrentielle.

73. - La Commission va s'attacher aux spécificités de la ou les compagnies qui sont susceptibles de concurrencer l'entité concentrée. Il s'agira d'éléments structurels, régulateurs et comportementaux. On entend par éléments structurels des éléments propres à la compagnie tel que son pouvoir financier, la gestion des routes qu'elle dessert déjà, la fréquences des vols. Le comportement d'une compagnie joue un grand rôle, il s'agira de savoir si celle-ci est agressive sur le marché, principalement en terme de prix. Mais surtout, l'élément permettant de conclure, quais-systématiquement, à la présence de barrières significatives à l'entrée d'un concurrent sur une liaison est un élément de régulation, celui-ci se retrouve généralement dans la marge la manoeuvre dont dispose l'éventuel concurrent quant à l'obtention de créneaux aéroportuaires, c'est-à-dire l'obtention d'autorisations de décollage et/ou d'atterrissage à partir d'un aéroport. En effet, il faut savoir que la grande majorité des principaux aéroports européens est complètement saturé. La demande des compagnies aériennes qui souhaitent assurer des liaisons à partir des aéroports européens est supérieure à ce que les aéroports peuvent supporter, en terme de capacité d'accueil pure. Ce qui n'est pas chose aisée pour les potentiels nouveaux entrant sur une liaison étant le fait que l'attribution des créneaux aéroportuaire se fait selon un droit d'antériorité. Si une compagnie est présente sur un aéroport depuis une ou plusieurs années, alors elle sera en pole position pour obtenir à nouveau ce créneau l'année suivante, ce système d'antériorité peut être critiqué sur le fait que la compagnie qui dispose du créneau n'est pas forcément la compagnie qui rentabilisera l'utilisation de ce créneau au maximum. Par ailleurs, ce système ne favorise pas la coordination des réseaux entre les compagnies aériennes mais ne valorise que la compagnie qui exploite ce créneau, particulièrement dans la gestion de ses dessertes, puisque libre de gérer le créneau comme elle le souhaite. Toutefois, l'échange de créneaux aéroportuaires est

possible et encouragé par les instances et notamment la Commission. Cette possibilité d'échange de créneaux sera envisagée ultérieurement, dans le cadre des mesures correctrices que peuvent avancer les compagnies aériennes dans l'hypothèse où des problèmes de concurrence se poseraient.¹⁰⁹ Tous ces facteurs, structurels, régulateurs et comportementaux doivent être déterminés pour absolument chaque route qui est à l'étude dans le cadre de l'opération de concentration.

74. - Enfin, la Commission pourra identifier une autre source susceptible de conduire à un comportement anticoncurrentiel de la part des compagnies aériennes. En effet, il n'est pas rare mais plutôt fréquent qu'une ou plusieurs compagnies aient conclu entre elles des accords de partage de code.¹¹⁰ Ces accords de partage de code sont en réalité une sous-catégorie de ce que l'on appelle plus généralement *les alliances* entre compagnies aériennes. Grâce à ces accords de partage de code, les compagnies aériennes membres de l'alliance seront en capacité de partager un même vol. Ce début d'explication semble ambigu de prime à bord; comment deux ou compagnies aériennes peuvent-elles partager un vol ? Il s'agit en réalité d'un vol où la liaison entre un point d'origine et un point de destination sera effectuée par l'une des compagnies aériennes membre de l'alliance. Plus précisément, le billet d'avion sera vendu sous les numéros de vol des transporteurs aériens¹¹¹, c'est-à-dire que si une compagnie X assure un vol et que cette compagnie X est liée par un accord de partage avec une compagnie Y alors il est possible pour la compagnie Y de commercialiser des billets sur le vol opéré par la compagnie X, dans la limite des accords convenus entre les parties à l'accord. Le problème qui peut dès lors se poser lorsqu'une opération de concentration est envisagée par des compagnies aériennes, c'est que ces parties pourront opter, une fois la concentration autorisée, pour un comportement anticoncurrentiel qui consisterait à mettre du plomb dans l'aile des accords de partage de code.¹¹² Effectivement, un certain nombre de voyageurs passent par des vols avec correspondance pour se rendre d'un point d'origine à un point de

¹⁰⁹ Voir Partie II, Titre I, Chapitre II, Section I

¹¹⁰ En anglais, on utilisera le terme de « *code share* » ou « *code sharing* »

¹¹¹ Chaque compagnie aérienne dispose de deux lettres, qui caractérise la compagnie (ex: AF pour Air France) et d'un nombre de quatre chiffres maximum représentant chaque vol assuré par la compagnie. Ces codes sont délivrés par l'Association Internationale du Transport Aérien (IATA)

¹¹² C'est notamment une des préoccupations dégagée par la Commission dans l'affaire COMP/M.7541 *IAG/Aer Lingus*

destination. Dans certains cas, ces voyageurs n'auront pas recours aux services de la même compagnie aérienne pendant la totalité de leur trajet. Ce comportement anticoncurrentiel pouvant se traduire de façon plus subtile par une réduction voire même un refus d'accès aux vols court-courriers ou de façon plus subtile par une augmentation du prix du billet pour les voyageurs en correspondance qui ne recourent pas aux services d'une des compagnies parties à la concentration mais à un de ses concurrents.

75. - On constate ainsi qu'en matière aérienne, le contrôle des concentrations est essentiellement effectué par la Commission en raison de la nature internationale du secteur.

PARTIE II — Le contrôle européen des concentrations d'entreprises aériennes par la Commission Européenne : Entre exigence de protection du libre jeu de la concurrence et insuffisance du contrôle

L'autorité européenne de concurrence n'est pas, dans toutes les affaires qu'elle a à traiter, méfiante lorsqu'une opération de concentration est portée à sa connaissance. Ces concentrations n'étant, pour la plupart, qu'une réponse aux spécificités du secteur et une conséquence de la recherche de rentabilité pour les compagnies aériennes dans un secteur fortement concurrentiel. Elle invite, antérieurement à l'opération de concentration, les transporteurs civils de passagers à adopter des programmes de conformité au droit de la concurrence visant à prévenir toute atteinte potentiellement anticoncurrentielle et dans l'hypothèse où une atteinte serait constatée, pouvoir l'endiguer le plus rapidement possible. Par ailleurs, pendant l'étude du projet, la Commission laisse la possibilité aux compagnies, lorsqu'elle a repéré des problèmes anticoncurrentiels, de venir proposer des remèdes visant à rétablir l'équilibre concurrentiel. Bien plus encore, les compagnies en la possibilité de faire jouer la théorie de « l'entreprise défaillante » pour se voir autoriser une concentration qui porterait atteinte à la concurrence et dont les mesures correctrices proposées seraient inefficaces (*TITRE I*). Toutefois, depuis un peu moins d'une dizaine d'années, une nouvelle pratique concurrentielle maintenant fortement usitée par les compagnies aériennes, en particulier étrangères, a fait son apparition au sein de l'Union Européenne. Il s'agit des prises de participations minoritaires. Or la Commission ne dispose pas du pouvoir légal pour procéder au contrôle de ces prises de participation, du moins à tous les types. Elle milite ainsi pour se voir reconnaître ce pouvoir car selon l'autorité, elles sont toutes aussi dangereuses que les fusions. En outre, la concentration n'est pas la seule pratique susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiels. Il y a notamment les alliances aériennes internationales de transporteurs et les entreprises communes qui peuvent être créées par plusieurs compagnies. La frontière entre ces différents modèles intégrationnistes est ambiguë et selon la qualification retenue, la Commission n'interviendra pas sur la même base légale (*TITRE II*)

TITRE I — L'interdiction de l'opération de concentration : la dernière volonté de la Commission Européenne

La Commission Européenne ne cherche pas systématiquement à interdire une concentration lorsque celle-ci présente des problèmes anticoncurrentiels. Lorsqu'elle examine l'opération qui lui est soumise, son comportement ne se résume pas à sanctionner à tout prix, bien au contraire. En premier lieu, en amont, elle encourage les transporteurs civils de passagers européens à adopter des « *compliance programs* » c'est-à-dire des programmes de conformité au droit de la concurrence de l'Union qui visent à prévenir toutes les atteintes qui pourraient être faites vis-à-vis de la concurrence (**CHAPITRE I**). En second lieu, en aval, lorsqu'elle procède à l'étude de l'opération de concentration et qu'elle détecte une atteinte au droit de la concurrence, elle laisse toute de même l'opportunité aux parties à cette concentration de proposer des mesures correctives afin de rétablir une concurrence effective dans l'hypothèse où l'opération venait à être autorisée (**CHAPITRE II**). Enfin, si la Commission décide de refuser l'opération au motif que celle-ci présente trop d'inconvénients pour le marché commun et que les mesures correctrices sont insuffisantes, les parties pourront toujours faire appel de la décision devant le Tribunal de l'Union Européenne (**CHAPITRE III**).

Chapitre I — L'élaboration par les compagnies aériennes de programmes de conformité au droit de la concurrence européen

La Commission Européenne ainsi que les Autorités Nationales de Concurrence encourage les entreprises européennes comme les compagnies aériennes à adopter des programmes de conformité au droit de concurrence en insistant sur l'utilité de ceux-ci à la fois pour les compagnies elles-mêmes mais également pour l'ensemble de l'économie de l'Union (**SECTION I**). Il faudra tout de même veiller à ce qu'un programme de conformité soit en adéquation avec l'entreprise qui le met en place et avec sa politique générale. On distinguera généralement les programmes de conformité à destination des compagnies traditionnelles et ceux à destination des compagnies *low-cost* (**SECTION II**).

SECTION I — L'effet bénéfique d'un programme de conformité au droit de la concurrence sur l'entreprise

76. - Avec le développement du droit européen de la concurrence et particulièrement au regard du durcissement des sanctions en matière de non-respect des dispositions européennes en la matière, le recours à l'élaboration de programmes de conformité au droit de la concurrence par les transporteurs aériens s'est vue fleurir depuis la fin des années 2000 - début des années 2010. Ces adoptions ont été motivées par la constante augmentation d'amendes prononcées par la Commission, notamment dans le cadre d'ententes illicites, allant parfois jusqu'à 10% du chiffre d'affaires annuel pour une compagnie. Dans certains cas, des condamnations pourront être prononcées à l'égard des représentants de ces compagnies en tant que personne physique. De plus, toutes ces affaires nuisent à la réputation des compagnies qui se retrouvent embourbées dans une tempête médiatique et judiciaire, longue et coûteuse, liée à ces infractions au droit de la concurrence.¹¹³

77. - Il n'est que mélioratif pour une entreprise que de connaître plus ou moins précisément les règles de droit auxquelles elle est assujettie. De plus, ces règles s'appliquent directement,

¹¹³ Point 2.4 de la brochure de la Commission « Compliance matters : What companies can do better to respect EU competition rules », 2012 et l'annexe 2 du programme de conformité au droit de la concurrence d'Air France/KLM

sans qu'une transposition dans l'ordre juridique d'un État membre soit nécessaire ce qui rend encore plus important la connaissance de ce droit pour les entreprises. Ce n'est certainement pas parce que les entreprises ignorent les dispositions légales qui leur sont applicables, nationales ou européennes, qu'elles seront automatiquement protégées de l'application de ces mêmes dispositions. À ce titre, l'adage « *nul n'est censé ignorer la loi* » illustre parfaitement notre propos.

78. - Le droit européen de la concurrence s'applique à toutes les entreprises, alliances d'entreprises ou tout autre forme de groupement entre entreprises, quelle que soit la taille, petite ou grande, et exerçant des activités au sein de l'Union européenne.¹¹⁴ Les compagnies aériennes n'échappent donc pas à cette règle. L'élaboration d'un programme de conformité à la concurrence vise vraiment à venir façonner le comportement de l'entreprise vis-à-vis d'elle-même et des autres entreprises. Plus particulièrement, il s'agit de lutter contre la tentation que pourraient avoir les entreprises de recourir à des pratiques anticoncurrentielles. Ces programmes ont pour objectif de lutter contre deux types de pratiques anticoncurrentielles bien connues des institutions européennes à savoir les ententes illicites et les abus de position dominante.¹¹⁵

79. - En effet, certaines entreprises peuvent, à court ou moyen terme, revêtir des comportements prohibés car celles-ci estiment notamment que ce n'est que par l'adoption d'un comportement proscrit qu'elles atteindront un ou des objectifs synonymes de retombées positives comme par exemple des gains économiques. Ainsi sont prohibées les ententes, formelles ou informelles, qui ont pour objet de venir restreindre le libre jeu de la concurrence telle que des ententes sur la fixation du prix, l'échange de parts de marché et l'abus d'une position dominante sur un marché de telle sorte qu'une autre entreprise ne pourrait venir exercer son activité sur ce marché mais également les concentrations d'entreprises qui auraient pour objet de venir porter une atteinte significative au libre jeu de la concurrence. En matière de pratiques anticoncurrentielles, il vaut mieux prévenir que guérir. Il s'agit alors pour les entreprises de développer un programme de conformité qui réponde à deux considérations

¹¹⁴ Point 1 de la brochure de la Commission « *Compliance matters : What companies can do better to respect EU competition rules* », 2012

¹¹⁵ Respectivement les articles 101 et 102 TFUE

principales. La première étant la prévention, si non, la minimisation des atteintes à la concurrence et la seconde de permettre, si jamais une atteinte venait à être identifiée, la réparation des conséquences de cette atteinte. C'est pourquoi, que ce soit la Commission ou les Autorités Nationales de Concurrence, notamment la France, ceux-ci donnent des indications sur des éléments qui, selon elles, doivent figurer dans un programme de conformité afin que celui-ci soit bénéfique, à la fois pour l'entreprise qui l'élabore, en interne, et dans les relations avec les autres entreprises du secteur, concurrentes ou partenaires, en externe.¹¹⁶ Pour qu'un programme de conformité puisse être efficace et particulièrement dans le domaine du transport aérien, il faut que ce programme soit adapté à la compagnie aérienne, à tous ses rouages. C'est-à-dire à son modèle organisationnel, structurel, économique ou d'un point de vue plus large, à sa culture. Autrement dit, il s'agit, pour les rédacteurs de ce genre de programme, d'élaborer une rédaction qui soit du sur-mesure¹¹⁷ en tenant compte de toutes les spécificités de l'entreprise et de ne surtout pas chercher à copier sur un autre modèle.

80. - Le succès d'un programme de conformité repose sur deux piliers; D'un côté, l'importance pour celui-ci de se voir véhiculer au sein de la compagnie, que ce soit auprès des personnes qui sont directement concernées par le programme mais aussi à d'autres membres de l'entreprise, ne serait-ce qu'à titre informatif. L'idée essentielle étant d'instaurer une véritable culture de la conformité au droit de la concurrence. La mise en place de cette culture de la conformité passe également par un autre facteur tout aussi important, à savoir l'information de l'employé par ses dirigeants, particulièrement à chaque fois qu'un événement marquant est amené à bouleverser la vie de l'entreprise. Ce programme, pour être viable, doit donc être appuyé par les organes exécutifs de l'entreprise et bénéficier du soutien de tout le personnel.¹¹⁸ En outre, la véhiculisation du programme s'accompagne d'un processus de

¹¹⁶ Ces éléments se retrouvent au point 4 la brochure de la Commission « *Compliance matters : What companies can do better to respect EU competition rules* », 2012 et à la page 9 du guide de l'Autorité Nationale de Concurrence « *La conformité avec les règles de concurrence : Des outils et des réflexes pour protéger les entreprises* ». On peut citer la mise en place d'une stratégie claire et précise, des procédures de communication et de formation ou encore des mesures disciplinaires.

¹¹⁷ Point 4.1 et 4.6 1er carré de la brochure de la Commission « *Compliance matters : What companies can do better to respect EU competition rules* », 2012

¹¹⁸ Point 4.2 de la brochure de la Commission « *Compliance matters : What companies can do better to respect EU competition rules* », 2012

formation continue¹¹⁹ des membres de l'entreprise afin que ceux-ci assimilent et comprennent réellement les enjeux de la mise en place d'un tel programme. Il ne s'agit pas de faire un programme pour faire un programme, il faut que celui-ci soit actualiser. Cette actualisation se traduira par l'organisation de séminaires dans lesquelles seront abordés des études de cas, mises en pratique avec les personnes les plus à même d'être confronté à des situations anticoncurrentielles.

81. - De l'autre côté, pour assurer la longévité du programme, il est nécessaire de mettre en place des mesures d'investigation¹²⁰ et la possibilité de prendre des mesures disciplinaires¹²¹, équivalentes à ce que pourrait prononcer la Commission, visant à assurer le bon fonctionnement du programme et surtout à ce que toutes les distorsions de concurrence ne restent pas impunies. Ainsi, pour mettre en lumière ces éventuelles distorsions, des enquêtes devront être organisées, internes ou externes à l'entreprise, de façon répétée afin de déterminer si le département qui fait l'objet d'une enquête s'est bien conformé aux dispositions du programme dans la conclusion d'accords avec une autre compagnie par exemple. Néanmoins, pour permettre une meilleure appréhension des potentielles atteintes à la concurrence, il peut être judicieux de ne pas prendre en compte les méthodes conventionnelles d'audit mais notamment de s'adonner à la mise en place d'enquêtes surprises, de vérification de données informatiques et disques durs ou autres moyens de stockage informatique car c'est lors de ces enquêtes inopinées que les enquêteurs sont le plus susceptible de tomber sur des documents compromettants présentant des risques pour la concurrence. Cela passe aussi par des entretiens poussés avec les différents employés suspectés. Ces méthodes sont équivalentes à ce qui peut être fait en terme de lutte anti-corruption. Afin de veiller au respect de la bonne application des dispositions du programme, un département dédié à sa gestion doit soit être créé avec à sa tête un chef de service qui sera amené à mettre en oeuvre un certain nombre de missions comme des missions d'assistante auprès des employés chargés d'appliquer le programme. En particulier, une mission de

¹¹⁹ Point 4.3 de la brochure de la Commission « *Compliance matters : What companies can do better to respect EU competition rules* », 2012

¹²⁰ Point 4.4 de la brochure de la Commission « *Compliance matters : What companies can do better to respect EU competition rules* », 2012

¹²¹ Point 5, article 6 du programme de conformité au droit de la concurrence d'Air France/KLM intitulé « *Consequences of Non-Compliance or of an infringement* » et article 5 intitulé « *Reporting* »

délimitation de la frontière entre ce que les employés peuvent effectuer librement dans le cadre de leur relation de travail et lorsque ceux-ci doivent contacter le service de gestion de la conformité. Si ce n'est pas le cas, alors le service juridique de l'entreprise semble le plus à même pour occuper cette fonction.

82. - Toutefois, il faut mettre en évidence le caractère facultatif d'un programme de conformité. En effet, son adoption ne repose que sur la bonne volonté de la compagnie et son degré d'implication quant au respect du droit de la concurrence. Elle est tout à fait libre de ne pas en élaborer un. Cependant, la Commission encourage les compagnies à recourir à cette pratique même si l'existence d'un tel programme n'est pas de nature à être considéré comme une circonstance atténuante.¹²² Quoiqu'il en soit, même si les compagnies aériennes partie à une concentration n'ont pas de programme de conformité au droit de la concurrence, la Commission laissera toujours la possibilité aux compagnies, dans le cas où il aurait été identifié des atteintes au libre jeu de la concurrence, de proposer des mesures correctrices visant à rétablir l'équilibre entre l'atteinte à la concurrence et les inconvénients soulevés par l'opération.

SECTION II — Les programme de conformité au droit de la concurrence à destination des compagnies aériennes

83. - Parmi les transporteurs aériens, on distingue généralement les programmes de conformité entre les compagnies aériennes en réseau, traditionnelles, historiques et les compagnies *low cost*.¹²³ Si les rédacteurs d'un programme de conformité se basent sur un programme destiné à une compagnie *low cost* alors que le programme qu'ils sont entrain de façonner est à destination d'une compagnie opérant en réseau, alors le succès du programme est fortement compromis si ce n'est mort-né en raison du fait que les besoins ne sont pas les mêmes pour les deux grands types de transporteurs. Néanmoins, il existe un socle commun à tous les programmes de conformité élaborées par les compagnies aériennes, qu'elles soient

¹²² La Cour de Justice a eu l'occasion de se prononcer sur le sujet dans les affaires jointes T-101/05 et T-111/05 du 12 décembre 2007, *BASF AG et UCB SA c/Commission*, paragraphe 52 et dans l'affaire T-138-07 du 13 juillet 2011, *Schindler Holding c/ Commission*, paragraphe 282

¹²³ Norton Rose Group, June 2010, « *Competition compliance policies for airlines* », tableau de la page 4 à 6

low cost ou *hub-and-spoke*. C'est notamment le cas pour quatre considérations que l'on retrouvera dans l'organisation du programme; tout d'abord, avant de rentrer dans les détails du programme, celui-ci doit définir clairement la stratégie générale de la compagnie aérienne et l'orientation qu'elle souhaite donner à son programme (i). Il s'ensuit une partie conséquente et non des moindres à savoir l'identification des personnes concernées par le programme, comment et par qui la conformité va-t-elle être surveillée et comment seront sanctionnées les éventuelles situations de non-conformité vis-à-vis du droit de la concurrence (ii). Un élément important d'un programme de conformité passe par la diffusion et la compréhension de ce programme par toutes les personnes travaillant dans la compagnie aérienne et il est important d'effectuer un travail régulier de sensibilisation pour que le programme ne tombe pas en désuétude. (iii). Enfin, des modalités concernant des procédures d'enquêtes au sein de la compagnie doivent être incluses (iv). Toutes ces règles seront édictées sur la base du droit applicable à l'entreprise.

84. - Pour ce qui est des similitudes entre les programmes de conformité à destination des compagnies organisées selon le modèle du *hub-and-spoke* et celles *low cost*, il faudra tout d'abord identifier qui sont les destinataires¹²⁴ du programme et la façon dont doivent se comporter¹²⁵ ces destinataires à l'égard de la concurrence. Il est évident que les pilotes, les membres d'équipage ou encore le personnel au sol et opérateurs de maintenance ne sont pas susceptibles d'être visés directement par le programme dans la mesure où ceux-ci ne disposent pas de responsabilités particulières du point de vue concurrentiel.¹²⁶ Un programme de conformité au droit de la concurrence est en réalité destiné à tous les autres employés de la compagnie, ceux qui disposent de responsabilités commerciales, quelle qu'elle soit comme bien sûr le personnel dirigeant mais aussi le service des ressources humaines. Il existe cependant la possibilité de prévoir des exonérations au principe de conformité à condition que le nombre de personnes exonérées soit relativement faible et suffisamment bien encadré. Dans

¹²⁴ Point 5, article 2 du programme de conformité au droit de la concurrence d'Air France/KLM intitulé « *Scope* » dans lequel il est énuméré a) et b) qui sont les destinataires du programme.

¹²⁵ Point 5, article 3 du programme de conformité au droit de la concurrence d'Air France/KLM intitulé « *Compliance* » dans lequel il est énoncé le principe général de non-violation du droit de la concurrence a) et les comportements, dans les grandes lignes que les employés visés à l'article 2 doivent adopter b) et c)

¹²⁶ Point 5, article 1 du programme de conformité au droit de la concurrence d'Air France/KLM intitulé « *Responsability* ». Il semblerait que le groupe Air France/KLM ait fait le choix d'inclure tout le personnel de l'entreprise quelque soit le domaine d'activité.

le programme, cette détermination du comportement prendra la forme d'une énumération d'interdictions et, par opposition, de bonnes pratiques qui devront être proscrites/suivies par les employés à responsabilités. Ainsi, pour ne citer qu'elles, on pourra retrouver une liste énumérant un certain nombre d'actions qui ne doivent pas être faites par les employés de la compagnie dans leurs relations d'affaires avec des concurrents, fournisseurs, distributeurs ou tout autre acteur du secteur.¹²⁷ On retrouvera aussi des conseils quant à la marche à suivre dans l'hypothèse où un employé suspecte une atteinte à la concurrence ou un comportement inapproprié de la part d'un collègue ou d'un tiers.¹²⁸ Également, des conseils de langage¹²⁹ dans le cadre de ces relations d'affaires pourront également être dispensés puisque le choix des mots utilisés dans le cadre de relations de travail est extrêmement important. En effet, ce choix est de nature à entraîner une autre partie à croire que celle-ci se livre à une pratique illégale. C'est pourquoi certains mots sont à proscrire du langage de manière à éviter toute ambiguïté.

85. - À cela pourra être ajoutée des considérations spécifiques en fonction de l'environnement dans lequel la compagnie aérienne évolue mais surtout selon son modèle économique. Pour les compagnies opérant en réseau, on peut retenir le fait par exemple que celles-ci fassent partie d'une alliance. Cette spécificité est de nature à engendrer un ensemble de mesures relatives à cette alliance dans le programme. On peut aussi rajouter le fait pour une compagnie d'être membre à part entière d'une entreprise commune avec une autre compagnie dans

¹²⁷ Point 1.1 du programme de conformité au droit de la concurrence d'Air France KLM intitulé « *Contacts between competitors* » dans lequel l'entité concentrée dispose un certain nombre de « *Do* » et de « *Do not* » c'est-à-dire des comportements à avoir et à ne pas avoir vis-à-vis des compagnies aériennes concurrentes. Parmi les comportements à avoir, on peut citer le fait pour un employé de refuser d'engager des discussions avec une compagnie concurrente qui aurait pour but de voler des secrets professionnels ou encore l'enregistrement de ses conversations. Parmi les comportements bannis, plus nombreux, on peut souligner le fait de discuter ou de conclure des accords concernant la fixation de prix, des restrictions de marché ou le boycott de tous types de voyageurs.

¹²⁸ Point 4, article 4 du programme de conformité au droit de la concurrence d'Air France/KLM intitulé « *Mandatory Consultation Legal Services* » dans lequel il est rendu obligatoire le fait pour un employé de contacter le service juridique dans l'hypothèse où celui-ci suspecte qu'une atteinte à la concurrence existe (a ou encore si, toujours selon l'employé, des déclarations sont susceptibles de laisser penser que le groupe Air France/KLM est impliqué dans une pratique anticoncurrentielle).

¹²⁹ Point 3 du programme de conformité au droit de la concurrence d'Air France/KLM intitulé « *Mind your language* » dans lequel le groupe Air France/KLM énumère un certain nombre de mots ou phrases qui doivent être proscrites de toutes relations commerciales entre les services internes d'Air France/KLM car susceptibles de laisser penser que le groupe se livre à des pratiques anticoncurrentielles. Parmi cette liste, non exhaustive, on retrouve des phrases telles que « *notre* » marché », « boycott », « dominer », « dominer le marché », « contrôler » « éliminer la compétition » ou encore « fixer ou contrôler les prix ».

laquelle les compagnies se partagent les coûts et les recettes sur certaines liaisons, il peut donc être nécessaire d'envisager l'organisation de la conformité au droit de la concurrence dans le cadre de cette entreprise commune. En outre, une compagnie aérienne en réseau rayonne, de par ses alliances, dans des zones géographiques ou pays qui n'appréhendent pas de la même manière le droit de la concurrence, il est donc utile de marquer une distinction entre ces zones géographiques ou pays dans le programme. Ceci n'est pas chose aisée puisque de nos jours, bon nombre d'États à travers le monde disposent d'un droit de la concurrence qui leur est propre. Enfin, si la compagnie est basée dans un aéroport congestionné, ce qui est fortement probable pour une compagnie aérienne en réseau, alors il est opportun de préciser quel comportement les employés en charge de l'obtention des créneaux aéroportuaires doivent adopter dans leur négociation pour l'obtention de créneaux. Pour les compagnies aériennes *low cost*, celles-ci ne proposant que des vols court et moyen courriers, elles sont donc sous l'emprise d'un droit de la concurrence régional comme celui de l'Union européenne, il n'est pas donc nécessaire de marquer une distinction comme pour les compagnies en réseau. On peut aussi citer la gestion de la relation entre les représentants de la compagnie *low cost* et les représentants des autorités publics, semi-publics et aéroportuaires ou encore l'attitude à adopter face aux enquêtes des autorités étatiques ou européennes.

86. - En revanche, comme énoncé précédemment, les programmes de conformité entre les compagnies en réseau et les compagnies *low cost* ne peuvent être totalement identiques en partie à cause du modèle organisationnel et économique de la compagnie. En effet, une distinction majeure réside dans l'interaction que peut avoir une compagnie avec les autres transporteurs du secteur. Précisément, une compagnie aérienne en réseau aura tendance à nouer beaucoup plus de liens avec des autres transporteurs aériens dans le cadre notamment d'alliances internationales ou d'entreprises communes alors qu'une compagnie *low cost*, de par son modèle économique, n'a pas vraiment besoin d'interagir avec d'autres compagnies car ne proposant que du point-par-point sur des vols court et moyen-courriers. Disposer d'un réseau international ne fait pas partie de ses plans. On pourrait, en quelque sorte, dire qu'une compagnie *low cost* se suffit à elle-même. Cela semble se confirmer lorsqu'on regarde les principales compagnies *low cost* opérant en Europe, celles-ci ne sont pas membres d'alliances internationales. La distinction entre les deux types d'organisations se traduit sur trois points.

En premier lieu, puisqu'une compagnie *low cost* n'a pas réellement besoin de nouer des accords de coopération par le biais d'alliances ou d'entreprises communes avec d'autres transporteurs, les échanges d'information et les contacts avec ces derniers sont relativement limités et sont dans de nombreux cas, non justifiés. C'est pourquoi les compagnies *low cost* ont la possibilité d'adopter un programme beaucoup plus contraignant pour ses employés au niveau des échanges d'information avec d'autres compagnies aériennes puisque n'ayant aucun intérêt à ces échanges comme énoncé plus haut. En second lieu, les compagnies *low cost* bénéficie généralement d'un soutien financier non négligeable de la part d'organisme public ou semi-public lequel irrigue bon nombre des activités de ce type de compagnies, c'est ce que l'on appelle communément les aides d'État. Il est donc indispensable d'aborder cette spécificité dans un programme de conformité au droit de la concurrence, notamment dans le cadre de problèmes liés à ces aides. Enfin, une dernière différence se trouve dans la façon de manager les services au sein de ces types de compagnies aériennes; les compagnies *low cost* ont fait le choix d'un modèle plus hétérogène de management de cette conformité.

CHAPITRE II — La possibilité pour les compagnies aériennes de proposer des mesures correctrices lorsque l'opération de concentration porte atteinte à la concurrence

Dans bon nombre d'affaires de concentration entre compagnies aériennes, la Commission a dégagé des problèmes de concurrence qui, en tant que tel, auraient porté gravement atteinte au libre jeu de la concurrence. C'est pourquoi, plutôt que de refuser d'emblée l'opération, elle laisse la possibilité aux parties de proposer des remèdes à ces atteintes. Il existe un certain nombre de remèdes pour pallier les effets négatifs d'une concentration, dont certains sont beaucoup plus efficaces que d'autres et auxquelles la Commission est plus sensible selon les affaires (*SECTION I*). Plus encore, il est, de circonstance exceptionnelle, l'opportunité pour la Commission de prononcer la validité d'une opération de concentration entre compagnies aériennes alors même que celle-ci provoquerait une altération négative de la concurrence, c'est l'hypothèse notamment de « *l'entreprise défaillante* » (*SECTION II*).

SECTION I — Les différentes propositions des compagnies aériennes pour remédier à l'atteinte à la concurrence

87. - Il est plutôt rare qu'une affaire de concentration entre deux compagnies aériennes ne pose absolument aucun problème d'un point de vue concurrentiel.¹³⁰ En effet, pour se voir autoriser l'opération qu'ils avaient entreprise, les transporteurs se retrouvent bien souvent dans l'obligation¹³¹ de proposer des mesures correctrices permettant de rétablir le bon équilibre concurrentiel ou afin de dissiper les doutes sérieux de la Commission.¹³²

¹³⁰ Petite nuance tout de même; tout dépendra du type de concentration, horizontale ou verticale. Les concentrations horizontales étant les plus susceptibles de poser des problèmes de concurrence

¹³¹ Il ne s'agit pas d'une obligation au sens stricte du terme. Toutefois les parties savent très bien que s'ils ne proposent aucune mesure correctrice alors leur opération sera refusée. Ils sont donc dans une situation qui les oblige à faire des propositions pour le bien de leur projet, à moins qu'elles aient, entre-temps, abandonné cette idée de concentration

¹³² Pour se voir autoriser l'opération de concentration, les parties ont notamment proposer des mesures correctrices dans les affaires: COMP/M.3280 *Air France/KLM*; COMP/M.7541 *IAG/Aer Lingus*; COMP/M.6447 *IAG/BMI*; COMP/M.5440 *Lufthansa/Austrian Airlines*; COMP/M.5335 *Lufthansa/SN Airholding* et COMP/M.6607 *US Airways/American Airlines*; COMP/M.7333 *Alitalia/Etihad*

88. - En matière de concentration dans le secteur aérien, le fait de trouver des remèdes adéquats à la distorsion de concurrence préalablement établie n'est pas une mince affaire. Bien au contraire, au regard des caractéristiques que peuvent présenter les transporteurs sur les marchés identifiés par la Commission comme problématiques, c'est précisément la marge de manoeuvre laissée aux autres compagnies pour venir proposer leurs services sur une liaison qui est un facteur décisif permettant d'apprécier le type de mesures nécessaires pour rétablir une marge de manoeuvre suffisamment optimale pour les autres transporteurs concurrents. Lorsque la Commission se penche sur l'étude d'une liaison, il s'agira pour elle de déterminer si, dans les cas où une atteinte est caractérisée, la concentration provoque une sorte de congestion du marché empêchant les autres compagnies de venir s'y installer. À l'image qu'un programme de conformité au droit de la concurrence doit être élaboré spécifiquement en fonction des caractéristiques de la compagnie aérienne qui le met en place, les mesures correctrices n'échappent pas à cette considération. En effet, il n'existe aucune hiérarchisation entre les différentes mesures correctrices. Tout dépendra des problèmes concurrentiels qui auront été dégagés. Par ailleurs, les remèdes envisagés doivent répondre aux problèmes de concurrence qui se posent sur les marchés affectés par la concentration et ne doivent pas déborder sur des marchés sur lesquels la Commission n'a pas de doute particulier.¹³³

89. - En matière de mesures correctives, on distingue deux catégories; les mesures dites structurelles et les mesures dites comportementales.¹³⁴ Parmi ces types de remèdes, il semblerait que certaines soient plus efficaces que d'autres même si ces remèdes doivent être adaptés au cas par cas.¹³⁵ Néanmoins dans le secteur aérien, la Commission semble attacher beaucoup plus d'importance aux remèdes structurels par rapport aux remèdes comportementaux. C'est pourquoi les compagnies proposeront quasi systématiquement des remèdes structurels. Le plus susceptible de remédier aux problèmes de concurrence étant la libération de créneaux aéroportuaires dans les aéroports considérés comme congestionnés pour garantir la réduction voire l'élimination des barrières à l'entrée d'un concurrent sur une liaison avec pour conséquence l'acquisition par ce même concurrent des droits d'exploitation

¹³³ Trib. CE, 4 juillet 2006, *EasyJet Airline Co. Ltd c/ Commission*, aff. T-177-04, point 134

¹³⁴ Voir *PRIETO Catherine*, 2004. « *Les restrictions de concurrence des compagnies aériennes* » : Recueil Dalloz Sirey. N°29, p.2134-2138

¹³⁵ Trib. CE, 4 juillet 2006, *EasyJet Airline Co. Ltd c/ Commission*, aff. T-177-04, point 182

de ces créneaux après un certain temps.¹³⁶ En complément de ce remède extrêmement efficace, on trouve d'autres remèdes tout aussi importants comme l'engagement des compagnies de réduire sur une période donnée voire de stopper le nombre de vols sur une liaison, l'engagement de conclure des accords sur le partage de codes entre compagnies pour permettre l'implantation de concurrents, l'ouverture du programme de fidélité des parties à la concentration aux transporteurs concurrents, l'engagement de réduire le prix des billets sur des routes aériennes et même la conclusion d'accords intermodaux entre une compagnie aérienne et une compagnie ferroviaire. Ainsi, le rétablissement de l'équilibre concurrentiel passera par la proposition d'un ou plusieurs de ces remèdes. Parfois, la simple libération d'un nombre de créneaux aéroportuaires suffira pour procéder à ce rétablissement mais souvent, les compagnies devront s'engager à apporter des remèdes complémentaires.

90. - La libération de paires de créneaux aéroportuaires constitue donc un excellent remède pour les compagnies aériennes d'apaiser les maux de tête de la Commission, ainsi que ceux des Autorités Nationales de Concurrence¹³⁷ lorsqu'il s'agit de permettre l'arrivée d'un concurrent pour l'exploitation d'une liaison aérienne qui n'aurait pas réussi à obtenir, selon la procédure commune d'allocation de créneaux aéroportuaires, un ou plusieurs de ces créneaux soit à l'aéroport considéré comme point d'origine, soit à celui considéré comme point de destination ou aux deux. Il faut cependant souligner le caractère congestionné du ou des aéroports en cause sans quoi, ce genre de remède a peu de chances d'être accepté.¹³⁸ Il n'y a pas de chiffres précis quant au nombre de créneaux journaliers qu'une compagnie doit céder au profit du nouvel entrant, tout dépendra du nombre de liaisons sur lesquelles des problèmes

¹³⁶ COMP/M.3280 *Air France/KLM*; COMP/M.7541 *IAG/Aer Lingus*; COMP/M.6647 *IAG/BMI*; COMP/M.5440 *Lufthansa/Austrian Airlines*; COMP/M.5335 *Lufthansa/SN Air Holding*; COMP/M.6607 *US Airways/American Airlines*; COMP/M.5335 *Lufthansa/SN Airholding*

¹³⁷ Bundeskartellamt, 19 septembre 2001, Affaire B9-147/00 *Lufthansa/Eurowings*, paragraphe 157

¹³⁸ Dans l'affaire COMP/M.5830 *Olympic/Aegean Airlines*, les compagnies s'étaient engagées à libérer des créneaux aéroportuaires mais cela avait été refusé par la Commission au motif que les aéroports en cause n'étaient pas qualifiés de congestionnés

de concurrence. Ce chiffre doit donc être adapté aux particularités de l'affaire.¹³⁹ Ce qui importe c'est que ce chiffre soit suffisant pour que les nouveaux entrants puissent opérer un nombre de vols synonyme de libre jeu de la concurrence. Parallèlement, il n'existe pas de période idéale pendant laquelle les créneaux devront être cédés, celle-ci pouvant même être illimitée.¹⁴⁰ Ce remède s'accompagne généralement de l'acquisition des droits d'exploitation de ces créneaux par la compagnie qui bénéficie du transfert de son exploitation. Cela signifie que la compagnie acquiritrice devient totalement libre d'exploiter le créneau de la façon qu'elle souhaite. Elle pourra donc utiliser ce créneau pour desservir la même liaison que la compagnie cédante du créneau, comme initialement prévu, mais elle pourra très bien décider de l'exploiter pour une tout autre liaison. L'acquisition de ce droit d'exploitation ne se fait pas immédiatement mais au terme d'une période d'utilisation.¹⁴¹ Dans l'hypothèse où elle cesserait d'exploiter un créneau alors celui-ci devra être rétrocédé à l'entité en charge de l'allocation des créneaux horaires aéroportuaires.¹⁴²

91. - En parallèle de cette mesure, la Commission ou une Autorité Nationale de Concurrence pourra voir d'un bon oeil le fait pour une compagnie de réduire voire de stopper ses vols pendant une certaine durée sur une ou plusieurs liaisons afin de garantir l'attractivité du marché. Il s'agit aussi d'éviter que les parties à la concentration réagissent de façon agressive quant à l'arrivée d'un nouvel entrant sur une ou plusieurs liaisons. Toutefois, il faut veiller à

¹³⁹ De ce fait, et pour ne citer qu'eux, dans l'affaire COMP/M.6607 American Airlines/US Airways la Commission avait identifié une liaison problématique à savoir celle entre *Londres (Heathrow)* et *Philadelphie*, c'est donc naturellement que les parties à la concentration avait proposé de libérer un créneau par jour dans ces aéroports pour qu'un concurrent puisse fournir ses services sur cette liaison. Dans l'affaire COMP/M.7541 IAG/BMI, IAG avait proposé d'offrir cinq paires de créneaux quotidiens sur les deux liaisons Dublin-Londres et Belfast-Londres. Encore, l'affaire COMP/M.5335 *Lufthansa/SN Airholding* quatre liaisons avait été jugées problématiques, *Bruxelles-Zurich*, *Bruxelles-Francfort*, *Bruxelles-Munich* et *Bruxelles-Hambourg* et donc *Lufthansa* avait donc décidé de céder des créneaux sur toutes ces liaisons. Pour le cas de la concentration entre *Lufthansa* et *Austrian Airlines* (COMP/M.5440) c'est sur cinq liaisons que Lufthansa avait consenti à octroyer des créneaux à des concurrents; *Vienne-Stuttgart*, *Vienne-Cologne*, *Vienne-Munich*, *Vienne-Francfort* et *Vienne-Bruxelles*

¹⁴⁰ Trib. CE, 4 juillet 2006, *EasyJet Airline Co. Ltd c/ Commission*, aff. T-177-04, point 16, quatrième tiret dans laquelle le Tribunal de l'Union Européenne rappelle que les parties à la concentration — Air France et KLM — devront céder des créneaux horaires aéroportuaires de façon illimitée

¹⁴¹ Cette période d'utilisation du créneau se compte en « saisons IATA ». On distingue la saison d'été de la saison d'hiver. La saison d'été court du dernier samedi de mars jusqu'au dernier samedi d'octobre et la saison d'hiver s'étend donc du premier dimanche d'avril qui suit le dernier samedi d'octobre au vendredi précédant le dernier de mars. Ainsi, la période d'été s'étend sur 7 mois et celle d'hiver sur 5 mois. Dans l'affaire COMP/M.7541 *IAG/Aer Lingus*, l'acquisition des créneaux se fait au bout de six saisons d'utilisation

¹⁴²Trib. CE, 4 juillet 2006, *EasyJet Airline Co. Ltd c/ Commission*, aff. T-177-04, point 16

ne pas museler le comportement que pourrait avoir une compagnie aérienne en l'empêchant de répondre à ses concurrents par l'accroissement de la fréquence de vol. Cet éventuel comportement agressif peut en réalité n'être qu'une simple réponse légitime au comportement d'un autre transporteur et qui entre dans la notion globale qui est celle du libre jeu de la concurrence. Lorsque l'on décide de brider le comportement de la compagnie, il est primordial de déterminer la période durant laquelle cette réduction ou interdiction doit prendre effet car cela peut avoir des conséquences néfastes sur la compagnie en terme de revenus.¹⁴³

92. - Un autre remède visant à permettre la pénétration du marché par les concurrents passe par la réorganisation des accords de partage de codes dans le cadre des alliances internationales entre compagnies aériennes. Cette réorganisation constitue un remède d'autant plus efficace lorsqu'une compagnie aérienne assurant des liaisons peu fréquentes doit faire concurrence à une compagnie qui possède un nombre important de créneaux horaires dans un aéroport. En effet, au sein de ses accords, on distingue traditionnellement les « *accords interlining* » ou de « *code-sharing* » et les « *accords d'espace bloqué* ». Dans le cadre du premier type d'accord, on permettra à une compagnie concurrente de commercialiser des billets sur des vols opérés par l'entité concentrée. Dans le cadre du second type d'accord, des sièges seront réservés au profit d'une compagnie aérienne concurrente sur des vols desservis par l'entité concentrée constituant un moyen pour elle d'organiser un service indirect. Néanmoins, la Commission optera nettement pour la technique des sièges réservés car c'est celle qui est là plus à même de permettre une concurrence effective entre la compagnie qui commercialise des billets sur le vol d'une autre compagnie qui l'exploite, et cette même compagnie.¹⁴⁴ En revanche, un bémol peut être avancé concernant ce type de mesure, c'est

¹⁴³ Ce type de remède a été envisagé par l'Autorité Nationale de Concurrence allemande dans l'affaire B9-147/00 *Lufthansa/Eurowings* du 19 septembre 2001 dans laquelle les compagnies parties à la concentration - *Lufthansa* et *Eurowings* - avait dû modifier leurs fréquences de vol un certain nombre de liaisons pendant 3 ans afin de permettre à son concurrent, *European Air Express*, de s'installer durablement sur ces liaisons

¹⁴⁴ La Commission a opté pour ce genre de remède dans les affaires COMP/M.3280 *Air France/KLM*; COMP/M.5440 *Lufthansa/Austrian Airlines*; COMP/M.7541 *IAG/Aer Lingus*; COMP/M.6607 *American Airlines/US Airways* et COMP/M.5335 *Lufthansa/SN Airholding*. Pour exemple, dans le cadre de la concentration entre *IAG* et *Aer Lingus*, *IAG* avait consenti à conclure des accords avec des compagnies concurrentes opérant des vols long-courriers pour que les personnes voyageant avec ces compagnies puissent bénéficier d'un choix autre que de recourir à *IAG* pour assurer la fin de leur voyage dans les aéroports où les voyageurs se trouvent en situation de transit. Situation similaire pour l'affaire *American Airlines* et *US Airways* où ceux-ci avaient consenti à conclure des « *accords espaces bloqués* » avec un concurrent pour que celui-ci puisse étendre son réseau en matière de vol long-courrier avec correspondance

que la compagnie aérienne concurrente doit passer par une autre compagnie pour assurer ses liaisons et donc cela se traduit par une forme de dépendance vis-à-vis de la compagnie qui concède ces accords.

93. - Une autre mesure visant à permettre aux transporteurs de venir proposer leurs services sur une liaison est l'ouverture de leurs programmes de fidélité aux compagnies concurrentes.¹⁴⁵ En effet, ces programmes permettent aux voyageurs d'accumuler des « miles » c'est-à-dire des kilomètres de vol dans le but d'obtenir des avantages tels que des réductions sur le prix des billets voire même l'obtention de billets gratuits. Lesquelles programmes peuvent être de nature à dissuader des concurrents de venir s'installer sur une route aérienne car les consommateurs choisiront de voyager avec l'entité concentrée puisque pouvant obtenir des avantages non négligeables. Par cette mesure correctrice, la compagnie concurrente adhérera au programme de fidélité des compagnies aériennes partie à la concentration. Toutefois, de la même manière que l'adhésion aux accords de partage de code, cela suppose une dépendance de la compagnie concurrente vis-à-vis des compagnies parties à la concentration. En outre, afin d'adhérer au programme de fidélité, la compagnie adhérente devra fournir des informations concernant sa propre clientèle.

94. - Les compagnies peuvent, en outre, s'engager à consentir des réductions sur le prix du billet concernant les liaisons qui sont jugées problématiques. Par le biais de ce remède, une compagnie aérienne qui baisserait le prix du billet sur une liaison d'un point d'origine à un point de destination se verrait alors contrainte de réduire le prix du billet sur un autre nombre similaire de routes. Également, la Commission peut juger nécessaire le fait pour une compagnie de conclure des accords intermodaux, particulièrement avec des entreprises ferroviaires.¹⁴⁶ Le principal but d'un tel remède est de promouvoir la concurrence entre

¹⁴⁵ La Commission a penché pour ce genre de remède dans les affaires COMP/M.5440 *Lufthansa/Austrian Airlines*; COMP/M.6607 *American Airlines/US Airways* et COMP/M.5335 *Lufthansa/SN Airholding* où ces compagnies avaient consenti à ouvrir leur programme de fidélité aux voyageurs de compagnies concurrentes sur les liaisons problématiques

¹⁴⁶ La Commission a approuvé ce type de mesure correctrice dans les affaires COMP/M.3280 *Air France/KLM* et COMP/M.5440 *Lufthansa/Austrian Airlines*. Il s'agira pour les compagnies aériennes, lorsque des entreprises ferroviaires le demanderont, d'offrir la possibilité à ces entreprises ferroviaires de récupérer un certain nombre de voyageurs pour qu'ils acheminent ceux-ci d'un point d'origine à un point de destination lorsque le transport par voie ferrée est substituable au transport par avion. Par exemple, dans le cas de la concentration entre *Air France* et *KLM*, pour toutes les demandes de transport entre la France et les Pays-bas par les compagnies ferroviaires, l'entité concentrée est obligée d'y répondre favorablement

différents types de transport à la condition que le transport par un autre moyen que l'avion soit substituable à celui-ci. De cette manière, une partie du trajet sera effectuée par la compagnie aérienne et l'autre partie par l'entreprise ferroviaire. D'autres paramètres sont à prendre en compte comme notamment le type de voyageur ou la distance à parcourir.

95. - On constate donc que les mesures correctives visent à venir soit apaiser les doutes sérieux que la Commission aurait en terme d'effet anticoncurrentiels quant à la réalisation de l'opération de concentration, en *phase I*, soit à faire en sorte que l'opération ne renforce ou ne crée pas une position dominante sur le marché, en *phase II*. En matière aérienne, les mesures correctives sont essentiellement des mesures structurelles c'est-à-dire qui influent sur la structure du marché. La mesure phare étant la libération de créneaux horaires aéroportuaire pour permettre l'établissement de nouveaux concurrents ou afin de permettre le renforcement de la pression concurrentielle qu'un concurrent sera en mesure d'exercer une fois que l'entité concentrée exercera ses activités. À côté du recours à l'utilisation de mesures correctrices pour se voir finalement autoriser l'opération. Les parties à une concentration peuvent également faire valoir l'hypothèse de « *l'entreprise défailante* » et ce sous certaines conditions.

SECTION II — La possibilité pour la Commission Européenne de déclarer une opération de concentration valide même si l'opération porte atteinte à la concurrence : l'exception de l'entreprise défailante

96. - L'évolution du contrôle des concentrations dans le secteur aérien fut marquée par une situation originale au début des années 2010. En effet, après avoir refusé¹⁴⁷ une première tentative de concentration en 2011 entre les deux compagnies aériennes grecques que sont *Olympic Air* et *Aegean Airlines*, la Commission, lors de la deuxième tentative de concentration entre ces deux transporteurs en 2013, à finalement autorisé¹⁴⁸ l'opération en fondant sa décision sur l'exception de « *l'entreprise défailante* » rendant la tournure générale

¹⁴⁷ COMP/M.5830 *Olympic Air/Aegean Airlines*

¹⁴⁸ COMP/M.6796 *Aegean Airlines/Olympic Air II*

de ces deux affaires d'autant plus inédite puisque constituant la première fois où la Commission a retenu cette exception dans le secteur aérien.¹⁴⁹

97. - La Commission avait, par sa première décision, décidé de ne pas autoriser la concentration entre les deux transporteurs grecs. Laquelle décision marquait la seconde fois où l'autorité européenne était venue refuser une opération entre deux compagnies aériennes.¹⁵⁰ Pour parvenir à cette conclusion, la Commission avait identifié que les parties étaient en concurrence sur 17 liaisons aériennes et avait caractérisé une situation de quasi-monopole voire de monopole sur neuf liaisons intérieures grecques au départ de l'aéroport international d'*Athènes*.¹⁵¹ Malgré les propositions de remèdes à ces problèmes parmi lesquelles l'inévitable libération de créneaux aéroportuaires au départ et à l'arrivée de l'aéroport d'*Athènes* et d'autres aéroports grecs, l'opération s'est quand même vu refuser. En effet, le déséquilibre concurrentiel créé par l'opération n'était pas en mesure d'être rétablie malgré cette proposition phare. Ce refus se base sur deux constatations. La première résultant du caractère non congestionné de l'aéroport international de la capitale grecque. Pour cause, les deux compagnies en l'espèce étaient les seules basées dans cet aéroport rendant donc plus que possible pour une ou plusieurs compagnies concurrentes d'obtenir des créneaux par l'outil traditionnel d'obtention et sans que les deux compagnies grecques n'aient à céder un ou plusieurs créneaux dont elles disposent. Toutefois, quand bien même une compagnie obtiendrait des créneaux, celle-ci devrait commencer son exploitation des liaisons en partant de zéro c'est-à-dire passant par la mise en place d'une flotte comparable à celle de l'entité concentrée ou encore un certain acquis financier lui permettant de répondre à d'éventuelles pratiques agressives sur les prix de la part de l'entité. La seconde liée au fait que puisque ces deux compagnies étaient les seules basées dans cet aéroport, elles constituaient, l'une vis-à-vis de l'autre, un moteur de la pression concurrentielle. La compagnie concurrente se

¹⁴⁹ Voir PINÇON Jean-Baptiste et VERNEY Céline, 2012. « *La Commission publie sa décision d'interdiction de l'opération Aegean Airlines/Olympic Air* » : Revue Lamy de la Concurrence. N°33, p. 15-15 et VERNEY Céline, 2015. « *Second envol réussi pour l'opération Aegean Airlines/Olympic Air* » : Revue Lamy de la Concurrence. N°44, p.19-20

¹⁵⁰ La première décision d'interdiction d'une concentration dans le secteur aérien fut celle prononcée à l'encontre de *Ryanair* et d'*Aer Lingus* en 2007 (COMP/M.4439)

¹⁵¹ Les liaisons sur lesquelles des problèmes concurrentiels avaient été identifiés étant : *Athènes-Thessalonique*; *Athènes-Héraklion*; *Athènes-La Canée*; *Athènes-Rhodes*; *Athènes-Santorin*; *Athènes-Mytilène*; *Athènes-Chios*; *Athènes-Kos* et *Athènes-Samos*

retrouverait dans une situation où elle ne serait pas en mesure d'exercer une pression concurrentielle aussi importante que celle qui existe déjà entre les compagnies grecques.

98. - La Commission fut de nouveau saisie de ce projet de concentration rapidement après le refus du premier. Les parties étant mécontentes de la décision de la Commission avaient introduit, par le biais d'*Aegean Airlines*, un recours en annulation contre cette décision, avant de faire marche arrière. Toutefois, la Commission a accueilli favorablement ce nouveau projet de concentration alors même que la situation concernant les liaisons sur lesquelles des problèmes de concurrence avaient été identifiés lors de la première étude étaient restées relativement identiques. Effectivement, au lieu des neuf liaisons problématiques identifiées, cette fois il s'agissait de sept liaisons dont cinq exploitées uniquement par les deux transporteurs grecs.¹⁵² De la même manière, les nouvelles mesures correctrices visant à lutter contre ces problèmes n'étaient pas de nature à venir remédier à ces problèmes et ont donc été rejetées par la Commission. Les parties avaient pour ce faire proposé de mettre à disposition de concurrents leurs propres appareils et ce sous la forme de contrat de location ainsi que l'instauration de tarifs régulés sur les liaisons problématiques.

99. - Il faut, à titre informatif, rappeler que les parties avaient, dès la première tentative de fusion, tenté de faire jouer l'exception de l'entreprise défaillante pour se voir autoriser la concentration. Celle-ci avait été écartée au motif que l'entreprise rachetée, à savoir *Olympic Air*,¹⁵³ ne répondait pas à toutes les conditions nécessaires pour se voir appliquer le bénéfice de cette exception. Ces conditions, qu'elles sont-elles ?

100. - Il faut savoir qu'il est tout à fait possible pour la Commission d'autoriser une concentration présentant des problèmes de concurrence dans l'hypothèse où l'une des compagnies parties à la concentration revêt la qualification « *d'entreprise défaillante* ».¹⁵⁴

¹⁵² Les cinq liaisons en question étant : *Athènes-La Canée*; *Athènes-Mytilène*; *Athènes-Santorin*; *Athènes-Corfou* et *Athènes-Kos*

¹⁵³ Pour la précision, il faut savoir que la compagnie aérienne *Olympic Air* n'est pas une entreprise autonome puisqu'étant la filiale de la société-mère *Marfin Investment Group* (« *Marfin* ») et qui, de par son investissement dans la compagnie aérienne grecque, la seule raison pour laquelle celle-ci est toujours viable. Ceci aura son importance (voir note de bas de page 38)

¹⁵⁴ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil n° 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, paragraphes 89 à 91

Pour ce faire des conditions cumulatives sont requises, elles sont au nombre de trois.¹⁵⁵ La première de ces conditions repose dans un critère financier, il est impératif que l'entreprise en question soit au bord du précipice dans la mesure où ces profits ne sont pas de nature à lui permettre de rester sur le marché. Une seconde condition réside dans le sort des actifs, matériels et immatériels, de la compagnie à savoir tout ce qui lui permet d'exercer son activité comme sa flotte aérienne, ses droits d'exploitation ou encore la marque de la compagnie en tant que telle. Il faut que ces actifs soient amenés à disparaître dans le cas où la concentration n'ait pas lieu. Autrement dit, si ces actifs subsistent après l'opération de concentration, le critère de la défaillance ne pourra être retenu. Enfin, une troisième condition se trouve dans le fait qu'il ne doit pas être possible d'identifier une autre entreprise qui serait intéressée par le rachat de l'entreprise en situation de défaillance et qui aurait des conséquences moins dévastatrices vis-à-vis de la concurrence. Au-dessus de ces trois conditions semble se tenir une quatrième condition qui pourrait être envisagée comme ayant une plus ample importance¹⁵⁶ en comparaison des trois autres à savoir que l'atteinte à la concurrence qui résultera de l'autorisation de l'opération de concentration ne doit pas être la conséquence de cette autorisation. La charge de la preuve permettant de démontrer que l'atteinte à la concurrence n'est pas du ressort de l'autorisation doit être apportée par les parties à la concentration dans le temps qui leur est imposée.¹⁵⁷

101. - La Commission a donc estimé que toutes ces conditions étaient remplies.¹⁵⁸ S'agissant du premier critère, les parties ont réussi à démontrer qu'*Olympic Air* serait contrainte de cesser ses activités si elle n'était pas rachetée par *Aegean Airlines*. Sa démonstration s'appuyait sur trois points. Tout d'abord, sur le bilan financier de la compagnie, celle-ci n'avait pas réalisé de bénéfice depuis 2009 et n'arriverait très certainement pas à en réaliser

¹⁵⁵ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil n°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, paragraphe 90

¹⁵⁶ Les lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil n°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises opèrent une distinction entre d'un côté les trois conditions du paragraphe 90 et la condition dite « *primordiale* » du paragraphe 89

¹⁵⁷ COMP/M.6796 *Aegean Airlines/Olympic Air II*, paragraphe 684 et lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil n°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, paragraphe 91

¹⁵⁸ COMP/M.6796 *Aegean Airlines/Olympic Air II*, paragraphes 685 et 686 dans lequel la Commission ne retient pas la qualification « *d'entreprise défaillante* » mais celle de « *filiale défaillante* » même la distinction entre les deux notions n'a pas d'incidence sur la solution donnée par la décision.

pour les années à venir. Enfin, sur le fait que *Marfin*, n'était plus en mesure financièrement et d'un point de vue simplement volontariste, de maintenir à flot sa filiale.¹⁵⁹ Ensuite, les parties ont poursuivi leur exposé en prouvant que les actifs d'*Olympic Air* seraient amenés à disparaître du marché si la concentration n'avait pas lieu faute d'avoir reçu des offres pour les acquérir.¹⁶⁰ Enfin, la Commission a accepté le fait que *Aegean Airlines* soit la seule entreprise qui ait manifesté un intérêt quant au rachat d'*Olympic Air* depuis que *Marfin* en est la société-mère et que donc il n'est pas possible d'envisager une atteinte moins importante à la concurrence.¹⁶¹ Que la concentration soit autorisée ou non, *Aegean Airlines* deviendrait dans tous les cas le seul opérateur de transport civil de passager sur le marché grec puisque la disparition d'*Olympic Air* était inévitable. Elle capterait ainsi les parts de marché antérieurement possédées par *Olympic Air*. Un facteur non négligeable qui a renforcé la conviction selon laquelle *Olympic Air* relevait bien de la qualification « *d'entreprise défaillante* » est l'accentuation de la crise économique grecque.¹⁶² *Joaquín Almunia*, alors vice-président de la Commission et commissaire européen chargé de la concurrence de 2010 à 2014 déclarait à propos de cette opération, en résumant assez bien la situation : « *Il est clair que, vu la crise qui frappe actuellement la Grèce et la situation financière très difficile d'Olympic, celle-ci serait de toute manière contrainte de quitter le marché dans un avenir proche. Nous avons donc autorisé la concentration, car elle n'aura aucun effet négatif supplémentaire sur la concurrence* ». Il est vrai que la crise grecque n'a pas aidé les affaires d'*Olympic Air* puisque l'autorité européenne a constaté que celle-ci avait eu pour conséquence de diminuer de 26% le trafic aérien civil de passager au départ ou à l'arrivée de l'aéroport international d'Athènes.

102. - Ainsi, on constate que la Commission, en plus d'accepter dans la majeure partie des affaires les différents remèdes proposés par les compagnies aériennes pour rétablir le libre jeu de la concurrence, dispose de la possibilité, sous conditions, d'autoriser la validité d'une opération de concentration qui porte atteinte à la concurrence par le biais du mécanisme de

¹⁵⁹ COMP/M.6796 *Aegean Airlines/Olympic Air II*, paragraphe 693, (a), (b) et (c) et 694 à 805

¹⁶⁰ COMP/M.6796 *Aegean Airlines/Olympic Air II*, paragraphe 818 à 832

¹⁶¹ COMP/M.6796 *Aegean Airlines/Olympic Air II*, paragraphe 806 à 808 et 809 à 817

¹⁶² COMP/M.6796 *Aegean Airlines/Olympic Air II*, paragraphe 833

« *l'entreprise défailante* ». De ce fait, les refus sont relativement rares dans le secteur aérien. Toutefois, il arrive qu'une opération soit refusée et ce même en présence de remèdes et sans que le mécanisme de « *l'entreprise défailante* » soit applicable. De quel recours dispose les parties pour pouvoir contester cette décision ? En particulier, dans le secteur aérien européen, ce sont surtout les concurrents des compagnies parties à la concentration qui invoqueront l'annulation de la décision de la Commission.

CHAPITRE III — L’interdiction de l’opération de concentration : quel recours ?

Lorsque la Commission décide d’autoriser ou d’interdire une opération de concentration, sa décision n’est pas synonyme de fin de la procédure pour les compagnies aériennes. Effectivement, ceux qui ont un intérêt à voir, selon les hypothèses, la décision de la Commission infirmer peuvent faire appel devant le Tribunal de l’Union Européenne qui a compétence pour connaître des recours formés par les particuliers (*SECTION I*). Ceci étant, on constate que dans la pratique décisionnelle du Tribunal, les compagnies aériennes n’ont jamais obtenu gain de cause lorsqu’elles ont sollicité l’annulation de la décision de la Commission, sans doute car celui-ci se borne notamment à contrôler que la Commission n’a pas commis d’erreur manifeste de droit (*SECTION II*).

SECTION I — Le Tribunal de l’Union Européenne comme juge de la légalité des décisions de la Commission Européenne

103. - Dans la pratique décisionnelle de la Commission, le refus d’une opération de concentration est relativement rare. Depuis le mouvement de concentration engagé au début des années 2000, seules trois opérations de concentration ont été interdites par la Commission dont deux concernaient les mêmes compagnies aériennes.¹⁶³ Pour l’autre, elle a finalement été autorisée moins de trois ans après le refus initial.¹⁶⁴ Dès lors, on s’aperçoit que, hormis pour le cas particulier de deux transporteurs, toutes les opérations entre compagnies aériennes sont autorisées.

104. - Quoi qu’il en soit, le refus de l’opération par la Commission ne signifie pas une fin de non-recevoir. Il est possible pour les parties elles-mêmes, lorsque l’opération est refusée, ou par les concurrents des compagnies qui procèdent à la concentration lorsque celle-ci est autorisée, de contester la décision de l’institution européenne. Effectivement, il est

¹⁶³ COMP/M.4439 *Ryanair/Aer Lingus* et COMP/M.6663 *Ryanair/Aer Lingus III*

¹⁶⁴ COMP/M.5830 *Olympic Air/Aegean Airlines* (refus) et COMP/M.6796 *Aegean Airlines/Olympic Air II* (autorisation)

envisageable voire opportun pour ceux qui ont un intérêt à contester la décision, d'introduire un recours en annulation¹⁶⁵ devant la Cour de Justice de l'Union Européenne afin d'obtenir, comme son nom l'indique, l'annulation de celui-ci. Une fois saisie, la Cour va s'atteler à contrôler la légalité de l'acte adopté par la Commission.¹⁶⁶

105. - Pour être en droit d'introduire un tel recours, les compagnies aériennes, en tant que particulier - c'est-à-dire en tant que personnes physiques ou morales - donc en tant que requérants non privilégiés,¹⁶⁷ doivent démontrer un intérêt à agir¹⁶⁸ pour solliciter l'annulation de l'acte de l'institution qu'est la Commission. Cet intérêt à agir se traduit par le fait qu'une compagnie aérienne soit visée directement par la décision, c'est le cas des compagnies qui sont parties à la concentration¹⁶⁹ ou encore par le fait qu'une compagnie aérienne soit concernée directement et individuellement par la décision, c'est le cas des compagnies qui sont en concurrence avec les compagnies parties à l'opération.¹⁷⁰ Une compagnie partie pourra donc agir en annulation contre la décision de la Commission lorsque celle-ci se voit refuser l'opération ou alors un transporteur concurrent pourra agir en annulation contre la décision de la Commission lorsque celle-ci autorise l'opération.¹⁷¹ Lorsqu'un recours en annulation est formé par un particulier, c'est toujours le Tribunal de l'Union Européenne qui est en charge de contrôler la légalité de l'acte prit par l'institution en cause.

¹⁶⁵ Article 263 TFUE

¹⁶⁶ Ce recours doit être introduit dans un délai de 2 mois à compter soit de la publication de l'acte, soit de sa notification ou alors à compter du jour où le requérant a eu connaissance de la décision de l'institution sous peine de se retrouver forclos. Article 263 TFUE, alinéa 6

¹⁶⁷ Par opposition aux requérants non privilégiés que sont les particuliers, les requérants privilégiés, eux, peuvent former un recours en annulation sans avoir besoin de démontrer un intérêt à agir. Il s'agit de la Commission, du Conseil, du Parlement européen et des États membres de l'Union. Article 263 du TFUE, alinéa 2

¹⁶⁸ Article 263 TFUE, alinéa 4

¹⁶⁹ Sur cette question, nul besoin de plus amples précisions, la lettre de l'article 263, alinéa 4 étant largement explicite : « *dont elle est le destinataire* »

¹⁷⁰ Trib. CE, 4 juillet 2006, *EasyJet Airline Co. Ltd c/ Commission*, aff. T-177-04, points 31 à 34

¹⁷¹ Trib. CE, 4 juillet 2006, *EasyJet Airline Co. Ltd c/ Commission*, aff. T-177-04, point 35 nous donne des indications vis-à-vis des conditions dans lesquelles un concurrent peut introduire un recours en annulation. Le Tribunal précise qu'une compagnie concurrente est individuellement concernée par la prise en compte de sa participation à la procédure administrative, c'est-à-dire dans le cadre de l'enquête réalisée par la Commission mais également par la prise en compte des répercussions qu'engendrera la concentration sur les marchés sur lesquelles le concurrent exerce une activité et qui constitue une source de la pression concurrentielle exercée sur l'une des parties à la concentration

SECTION II — Le recours en annulation des compagnies aériennes contre les décisions de la Commission Européenne : un recours illusoire

106. - Dans le secteur aérien européen des concentrations, les recours contre les décisions de la Commission sont choses peu commune. En effet, on compte, en tout et pour tout, trois recours en annulation formés par les compagnies aériennes. Parmi ces recours, deux ont été formés par des concurrents suite à des décisions d'autorisations¹⁷² et le dernier par une compagnie partie en raison d'un refus.¹⁷³ En l'espèce *EasyJet*¹⁷⁴ et *Niki Luftfahrt*¹⁷⁵ (ci-après « *Niki* ») contestaient respectivement les autorisations de concentration entre d'un côté *Air France* et *KLM* et de l'autre *Lufthansa* et *Austrian Airlines*. *Ryanair* contestait, quant à elle, la décision de la Commission lui refusant sa première tentative de concentration avec *Aer Lingus*.

107. - Lorsqu'une compagnie aérienne décide de contester la décision refusant ou autorisant une opération de concentration. Les motifs invoqués comme fer de lance de la contestation sont, à peu de chose près, identique. Il s'agira pour la compagnie requérante de critiquer la façon dont le marché géographique et de produit a été délimité (i), d'invoquer l'appréciation erronée des effets de la concentration sur la concurrence (ii) et enfin sur les mesures correctrices jugées, en fonction de la décision de la Commission, adaptés ou inadaptés aux troubles au libre jeu de la concurrence (iii). Avant de rentrer dans l'analyse des arrêts du Tribunal, il faut savoir que les requérants n'ont jamais obtenus gain de cause, le Tribunal confirmant dans chacun de ses arrêts la décision rendue par la Commission.

108. - La délimitation du marché pertinent est souvent le premier grief invoqué par les requérants pour contester la décision de la Commission. Les transporteurs reprochant à la Commission de se fonder sur l'approche point d'origine/point de destination pour apprécier

¹⁷² Trib. CE, 4 juillet 2006, *EasyJet Airline Co. Ltd c/ Commission*, aff. T-177-04 et Trib. UE, 13 mai 2015, *Niki Luftfahrt GmbH c/ Commission*, aff. T-162-10

¹⁷³ Trib. UE, 6 juillet 2010, *Ryanair Holding plc c/ Commission*, aff. T-342/07

¹⁷⁴ Voir de BURE Frédéric, 2006. « *EasyJet rejeté* » : Revue Lamy de la Concurrence. N°9, p.12-13

¹⁷⁵ Voir GIRGENSON Ianis, 2015. « *Le Tribunal de l'Union Européenne rejette le recours contre la décision d'autorisation de reprise de la plus importante compagnie aérienne autrichienne par la compagnie nationale allemande* » : Concurrences. N°3, p.121-123

les effets concurrentiels de la concentration. Au lieu de se fonder sur cette approche, la Commission devrait plutôt opter pour une approche plus globale, c'est-à-dire en terme « *en réseau* », selon le modèle organisationnel des compagnies aériennes traditionnelles, pour apprécier les effets de la concentration. Quoi qu'il en soit, le Tribunal, en dépit de ces revendications, n'a jamais remis en cause l'approche « *Origin & Destination* » en confirmant à chaque fois la délimitation retenue par la Commission par le biais de nombreuses jurisprudences confirmant cette approche, soit par la Cour de Justice ou par les Autorités Nationales de Concurrence. En outre, dans le cadre de l'opération entre *Lufthansa* et *Austrian Airlines*,¹⁷⁶ *Niki* avait fait grief que la Commission n'avait pas suivi la même approche pour délimiter le marché pertinent que dans l'affaire entre la concentration entre *Lufthansa* et *BMI*.¹⁷⁷ Le Tribunal vient ici nous apporter une précision utile sur la façon dont la Commission apprécie, dans sa globalité, une opération de concentration. En effet, si la Commission s'est déjà penchée sur une affaire concernant une compagnie aérienne et que cette compagnie procède à une nouvelle concentration avec un autre transporteur ou s'il s'agit des mêmes compagnies qui procèdent à une nouvelle tentative de concentration après s'être vue refuser une ou plusieurs tentatives, la Commission n'est aucunement liée par l'analyse qu'elle avait effectuée auparavant pour une opération précise. Même si les anciennes affaires peuvent servir d'élément pertinent,¹⁷⁸ particulièrement dans les affaires concernant les mêmes transporteurs, la Commission effectuera toujours son analyse en fonction des caractéristiques propres à chaque opération qui lui est soumises.¹⁷⁹

109. - Les autres griefs résident dans l'appréciation par la Commission des effets concurrentiels de la concentration qui sont, dans le cadre du recours en annulation, erronés aux yeux du requérant puisque résultant de la délimitation incorrecte du marché pertinent et les mesures correctrices insuffisantes ou inadaptées aux yeux des requérants. Les transporteurs n'ont jamais obtenu que le Tribunal infirme la décision de la Commission tout simplement car

¹⁷⁶ Voir *VOUGIOUKAS* Dimitrios, 2015. « *Confirmation par le tribunal de la décision de la Commission sur la compatibilité de la concentration Lufthansa/Austrian* » : Revue Lamy de la Concurrence. N°45, p.7-9

¹⁷⁷ COMP/M.5430 *Lufthansa/BMI*

¹⁷⁸ C'est le cas pour les deux affaires de concentration entre *Aegean Airlines* et *Olympic Air*

¹⁷⁹ En terme de marché pertinent, voir Trib. UE, 13 mai 2015, *Niki Luftfahrt GmbH c/ Commission*, aff. T-162-10, point 142

ceux-ci se bornent, systématiquement, à invoquer le caractère incorrect/insuffisant de cette appréciation ou des mesures correctrices sans suffisamment détailler les erreurs de la Commission. C'est pourquoi ce grief est rejeté par le Tribunal. À la décharge des compagnies, il est vrai que le Tribunal ne mène pas lui aussi des analyses économiques poussées comme la Commission peut le faire. En effet, lorsque le Tribunal est amené à exercer un contrôle sur les analyses économiques de la Commission, celle-ci se borne à vérifier que celle-ci n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation et de détournement de pouvoir, qu'elle a respecté les règles de procédures et de motivation et l'exactitude matérielle des faits de l'espèce.¹⁸⁰ Autrement dit, la juridiction européenne n'est là que pour contrôler la légalité de la décision à travers la vérification de toutes ces considérations. Le Tribunal se glissera donc dans les bottes de la Commission, ce qui signifie qu'en tenant compte des mêmes analyses, il est extrêmement difficile de les remettre en cause sauf si le requérant est en mesure de fournir des éléments extrêmement détaillés, précis de nature à ce que le Tribunal se dissocie de l'analyse de la Commission.¹⁸¹ Cela n'est toutefois jamais arrivé à l'heure actuelle. Le contrôle du Tribunal n'est donc pas un contrôle absolu mais un contrôle limité.

110. - De la même manière, le Tribunal adopte une attitude similaire vis-à-vis des mesures correctrices en ce sens qu'elle se force à ne contrôler que les mêmes éléments que dans le cadre de l'analyse des effets concurrentiels. Elle distinguera néanmoins les remèdes accueillis favorablement par la Commission en fonction de la phase à laquelle ceux-ci ont été concédés. Effectivement, les remèdes mirent en avant par les compagnies aériennes n'ont pas la même finalité quant à leur degré d'exigence. Les remèdes proposés lors de la *phase I* ne visent qu'à écarter les doutes sérieux que la Commission pourrait avoir quant au renforcement ou la création d'une position dominante tandis que les mesures proposées au cours de la *phase II* visent à faire obstacle au renforcement ou à la création d'une position dominante.¹⁸² Le Tribunal rappelle en outre que « *la Commission dispose d'un large pouvoir d'appréciation*

¹⁸⁰ Trib. CE, 4 juillet 2006, *EasyJet Airline Co. Ltd c/ Commission*, aff. T-177-04, point 44

¹⁸¹ Prenons pour exemple le recours de *Ryanair* contre l'interdiction de sa tentative de concentration avec *Aer Lingus*, celle-ci invoquait, pour ne pas se voir refuser l'opération, des gains d'efficacité. Les lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement n°139/2004 énoncent notamment que ces gains d'efficacité doivent être prouvés par le requérant et fournis en temps voulu (point 87). Le Tribunal s'est en tenu à la lettre du point 87 et a mis en lumière le requérant n'avait pas détaillé de façon suffisamment précise en quoi ces gains d'efficacité seraient de nature à contrebalancer les effets anticoncurrentiels

¹⁸² Trib. CE, 4 juillet 2006, *EasyJet Airline Co. Ltd c/ Commission*, aff. T-177-04, point 129

*pour évaluer la nécessité d'obtenir des engages en vue de dissiper les doutes sérieux posés sur une concentration » en terminant par le fait « qu'il n'appartient pas au Tribunal de substituer sa propre appréciation à celle de la Commission ».*¹⁸³ Quand bien même les mesures correctrices proposées par le requérant, et jugées plus appropriées à ses yeux, seraient de nature à dissiper les doutes sérieux ou à avoir un effet bénéfique sur le rétablissement du libre jeu de la concurrence, cela ne veut pas dire que les remèdes acceptés par la Commission ne sont pas, elles-aussi, susceptibles d'aller dans ce sens. Leur non prise en compte par la Commission n'est pas constitutif d'une erreur manifeste d'appréciation si le Tribunal estime que celles acceptées par l'autorité européenne de concurrence vont dans le sens du rééquilibrage du libre jeu de la concurrence.¹⁸⁴

111. - L'arrêt de 2015 constitue donc le dernier arrêt en date où la juridiction européenne s'est prononcée sur la conformité d'une décision de la Commission en matière de concentration entre deux compagnies aériennes. Compte tenu du caractère relativement récent de l'arrêt et également du fait que c'est la troisième fois que la juridiction européenne se prononce en faveur de la Commission, celle-ci ne semble pas vouloir remettre en cause l'évaluation que l'autorité européenne de concurrence effectue vis-à-vis d'une concentration. Jusqu'à quand ? Faudra-t-il attendre la proche affaire portée devant le juge européen pour voir celui-ci infirmer la décision de la Commission ? Peut-être aurons-nous une réponse d'ici environ cinq ans puisqu'il semblerait que ce soit le rythme choisi par les compagnies aériennes pour introduire un recours en annulation. Après, 2006, 2010 et 2015: 2020 ?

¹⁸³ Trib. CE, 4 juillet 2006, *EasyJet Airline Co. Ltd c/ Commission*, aff. T-177-04, point 128 et Trib. UE, 13 mai 2015, *Niki Luftfahrt GmbH c/ Commission*, aff. T-162-10, point 295

¹⁸⁴ Trib. CE, 4 juillet 2006, *EasyJet Airline Co. Ltd c/ Commission*, aff. T-177-04, points 128 et 129

TITRE II — Le contournement du droit applicable en matière de concentration par les compagnies aériennes : La nécessaire refonte du règlement de 2004

Au fil des années, et du mouvement de concentration des entreprises du secteur aérien, les pratiques comportementales et concurrentielles des entreprises ont évolué. À l'origine, le contrôle des concentrations européenne n'était vu que sous l'angle de la fusion/acquisition, c'est-à-dire lorsqu'une entreprise acquérait plus de 50% du capital d'une autre entreprise. Cependant, notamment avec l'émergence des compagnies aériennes du Golfe, une autre pratique est apparue, quasiment occultée par le droit européen des concentrations, à savoir les prises de participations minoritaires non contrôlantes de compagnies aériennes dans d'autres compagnies aériennes. La nécessité de réformer le droit applicable en matière de concentration pour y intégrer un contrôle de ces prises de participations minoritaires apparaît comme essentielle dans la mesure où il en va du fonctionnement même du libre jeu de la concurrence (*CHAPITRE I*). En complément de ce problème qu'est le contrôle de la prise de participation minoritaire, facilement identifiable sur le papier, s'ajoute celui de la frontière extrêmement floue entre la concentration d'entreprises et l'alliance d'entreprises et précisément le cas des entreprises communes. Ces alliances pouvant parfois résulter soit en une forme de concentration soit en une forme d'entente sanctionnable au titre de l'article 101 TFUE (*CHAPITRE II*).

CHAPITRE I — La prise de participation minoritaire par une compagnie aérienne dans une autre compagnie aérienne : un contrôle qui échappe à la Commission Européenne

Lorsque le sujet des prises de participations minoritaires de compagnies aériennes dans d'autres compagnies est évoqué, il faut faire une distinction entre les prises de participations qui sont acquises par des compagnies aériennes battant pavillon européen (*SECTION I*) et celles qui sont acquises par des compagnies extra-européennes, comme celle du Golfe (*SECTION II*).

SECTION I — Les prises de participations minoritaires de compagnies aériennes européennes dans d'autres compagnies aériennes

112. - Affirmer que les prises de participations minoritaires des compagnies aériennes dans d'autres compagnies ne peuvent pas être contrôlées par la Commission n'est en réalité pas tout à fait véridiques. Effectivement, au regard de la lettre du règlement n°139/2004, on constate qu'une concentration est considérée comme réalisée à partir du moment où un changement durable du contrôle d'une entreprise est survenu.¹⁸⁵ Le contrôle par la Commission pourra donc être effectué sur des prises de participations minoritaires à partir du moment où celles-ci confèrent à celui qui les acquiert, une « *influence déterminante* » sur l'activité d'une entreprise.¹⁸⁶ Pour ce faire, la Commission s'attachera à considérer si cette influence est déterminante à travers les droits conférés à l'entreprise acquiritrice dans l'entreprise en question ou encore aux vues de la composition, les délibérations et les décisions qui sont prises par les organes de l'entreprise, notamment le conseil d'administration.¹⁸⁷ La principale distinction entre le contrôle des concentrations qui est actuellement effectué depuis plus de 25 ans et son éventuelle extension à toutes les prises de

¹⁸⁵ Article 3, paragraphe 1 du Règlement n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

¹⁸⁶ Article 3, paragraphe 2 du Règlement n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

¹⁸⁷ Article 3, paragraphe 2, a), b), du Règlement n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

participations minoritaires est celle du moment où le contrôle des effets anticoncurrentiels prend place. Actuellement, le contrôle se fait avant que l'opération ne soit validée. Pour le cas des prises de participations minoritaires, et plus précisément pour celles qui ne sont pas de nature à permettre l'exercice d'une influence déterminante au sens du règlement n°139/2004, donc des prises de participations qui sont dites « non contrôlantes », ¹⁸⁸ la question est de savoir à partir de quel moment cette participation minoritaire se révèle attentatoire au libre jeu de la concurrence. Il s'agirait donc d'un contrôle postérieur à l'opération de concentration.

113. - Depuis la libéralisation du ciel intra-européen, les prises de participations minoritaires de compagnies aériennes européennes dans d'autres compagnies européennes se sont relativement affaiblies. En effet, celle-ci tenant leur justification première par le fait que le marché du transport civil aérien de passagers n'était pas encore harmonisé et que chaque État était libre d'organiser le trafic aérien au-dessus de son territoire comme il le voulait. Depuis la libéralisation, cela n'a donc plus de sens. Elles peuvent cependant encore jouer un rôle pour ce qui est du renforcement du ou des hubs d'un transporteur afin de rabattre un plus grand nombre de voyageurs.¹⁸⁹

114. - Toutefois, il faut savoir que l'interdiction de la concentration entre *Ryanair* et *Aer Lingus* se trouve être l'une des affaires - si ce n'est l'affaire centrale - sur laquelle la Commission s'appuie pour illustrer son propos et se voir reconnaître la compétence de contrôler toutes les prises de participations minoritaires, influence déterminante ou non. Pour remettre le cas dans son contexte, la Commission avait interdit¹⁹⁰ le projet de rachat d'*Aer Lingus* par *Ryanair*, cette dernière avait alors fait appel de la décision devant le Tribunal de l'Union Européenne qui l'avait débouté¹⁹¹ de sa demande. Parallèlement à l'introduction du recours de *Ryanair* auprès du Tribunal, *Aer Lingus* avait quant à elle, postérieurement à la

¹⁸⁸ On distingue trois types de prises de participations minoritaires, les silencieuses, les influentes et les contrôlantes. Les prises de participations minoritaires silencieuses n'octroient aucun droit de contrôle ou d'influence ; voir FLOCHEL Laurent, BARBIER de la SERRE Éric, MORGAN de RIVERY Éric et MOUY Nadine, 2012. « *Les effets concurrentiels des prises de participations minoritaires* » : Concurrences n°1-2012, p. 1-3

¹⁸⁹ Pour plus d'informations, voir M@ppemonde, « *Prises de participation des grandes compagnies aériennes dans de petites compagnies en Europe : impacts sur la géographie des réseaux* », 2009 par Frédéric Dobruszkes

¹⁹⁰ COMP/M.4439 *Ryanair/Aer Lingus I*

¹⁹¹ Trib. UE, 6 juillet 2010, *Ryanair Holding plc c/ Commission*, aff. T-342/07

décision de refus de l'opération de concentration, introduit un recours, non pas contre l'interdiction de cette opération, donc en annulation mais un recours en carence¹⁹² contre le refus de la Commission d'ouvrir une procédure visant à, d'une part, contrôler la participation minoritaire de *Ryanair* dans *Aer Lingus*¹⁹³ et, d'autre part, à ce que *Ryanair* se voit obliger de céder la participation qu'elle détenait dans *Aer Lingus*, cette dernière considérant que de part le fait que *Ryanair* disposait toujours d'une part minoritaire de son capital, une partie de l'opération de concentration avait quand même eu lieu bien que l'opération dans sa globalité ait été interdite.¹⁹⁴ En effet, quand bien même *Ryanair* s'était vu refuser l'acquisition à plus de 50% du capital d'*Aer Lingus*, celle-ci n'en restait pas moins un actionnaire minoritaire, notamment à hauteur de 25,17% du capital d'*Aer Lingus* au moment de l'introduction du recours et jusqu'à 29,8% au plus haut. De la même manière que pour le recours en annulation, c'est le Tribunal qui est compétent pour apprécier l'éventuelle carence d'une institution lorsque ce recours est formé par un particulier.

115. - Le Tribunal est venue débouter¹⁹⁵ *Aer Lingus* de sa demande pour des raisons qui étaient plus que prévisibles. Pour que la Commission soit en mesure de prononcer la dissolution d'une concentration, deux conditions cumulatives sont nécessaires. La concentration doit déjà avoir eu lieu et avoir été déclarée incompatible avec le marché commun. En l'espèce, l'une de ces deux conditions vient à manquer. Si la concentration a bien été déclarée incompatible avec le marché commun, celle-ci n'a jamais été réalisée.¹⁹⁶ Dans ce cas-là, et comme le rappelle le Tribunal, la notion de concentration ne peut être appréciée que de façon *stricto sensu* et non pas de façon extensive par rapport au règlement n°139/2004. Si une opération de concentration ne permet pas à une compagnie d'acquérir le contrôle d'une autre compagnie ou si cette acquisition minoritaire n'est pas de nature à

¹⁹² Article 265 TFUE qui permet aux États membres de l'Union, institutions européennes et les particuliers de saisir la Cour de Justice s'ils estiment qu'une institution, comme la Commission, n'a pas adopté un acte autre qu'un avis ou une recommandation, alors qu'elle était tenue d'adopter cet acte

¹⁹³ Trib. UE, 6 juillet 2010, aff. T-411-07, *Aer Lingus Group plc c/ Commission*, point 23; *Aer Lingus* se fondait sur l'article 8, paragraphes 4 et 5 du Règlement n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

¹⁹⁴ Trib. UE, 6 juillet 2010, *Aer Lingus Group plc c/ Commission*, aff. T-411/07, point 57

¹⁹⁵ Trib. UE, 6 juillet 2010, *Aer Lingus Group plc c/ Commission*, aff. T-411/07

¹⁹⁶ Trib. UE, 6 juillet 2010, *Aer Lingus Group plc c/ Commission*, aff. T-411/07, points 59 à 61

permettre à la compagnie d'exercer une influence déterminante dans une autre compagnie alors la Commission n'a pas la compétence légale pour se prononcer sur le sujet.¹⁹⁷ Si la concentration a été interdite préalablement par la Commission, cela signifie que *Ryanair* ne possède pas de contrôle ou d'influence déterminante sur *Aer Lingus*, de fait ou de droit.

116. - Le Tribunal, de la même façon que pour un recours en annulation, vient apprécier si la Commission n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation dans son évaluation de la concentration. Elle vient donc vérifier si la Commission a apprécié correctement que *Ryanair* ne détenait pas une influence déterminante sur *Aer Lingus*. De façon identique aux affaires en annulation où les requérants n'apportent pas véritablement la preuve de leurs allégations, c'est également ce qui s'est passé pour cette affaire en carence, le requérant restant relativement théorique. En l'espèce, le Tribunal est venu confirmer la décision de la Commission en ce sens qu'effectivement, *Ryanair* ne disposait pas d'un contrôle sur *Aer Lingus*. Cette prétention s'appuyait, en outre, sur le manque de preuves fournies par le requérant quant au fait que *Ryanair* userait de sa participation minoritaire afin d'obtenir des informations confidentielles sur *Aer Lingus*, que le fait que *Ryanair* a voté en défaveur d'une résolution spéciale n'avait pas eu de conséquences importantes sur *Aer Lingus* mais aussi et surtout qu'en dépit de la sollicitation de *Ryanair* d'organiser des assemblées générales extraordinaires avec *Aer Lingus* pour revoir des décisions prises par cette dernière, *Aer Lingus* avait décliné cette sollicitation et avait quand même implémenté ces décisions. De même que la prétendue compagne agressive que *Ryanair* aurait mise en place contre *Aer Lingus*, celle-ci peut s'expliquer par le refus d'*Aer Lingus* d'organiser des assemblées générales extraordinaires. Autant d'éléments¹⁹⁸ qui faisaient apparaître que *Ryanair* ne disposait pas d'une influence déterminante.

117. - En règle générale, lorsqu'une compagnie invoque l'argument selon laquelle une autre compagnie exerce un contrôle ou une influence déterminante sur elle, il est important pour la compagnie subissant ce prétendu contrôle de ne pas confondre celui-ci avec ce qui n'est tout simplement que la vie des affaires au sein d'une compagnie. Il est courant de voir des querelles au sein d'une entreprise. Enfin, le requérant invoque un dernier argument selon

¹⁹⁷ Trib. UE, 6 juillet 2010, *Aer Lingus Group plc c/ Commission*, aff. T-411/07, point 65

¹⁹⁸ Trib. UE, 6 juillet 2010, *Aer Lingus Group plc c/ Commission*, aff. T-411/07, point 70 à 73

lequel le fait qu'une compagnie détienne une participation minoritaire au sein d'une autre entreprise, plus particulièrement dans le cadre d'un marché duopolistique est de nature à restreindre la concurrence puisque la compagnie disposant de cette participation serait plus réticente à l'idée de concurrencer une compagnie dans laquelle elle a des intérêts. Le Tribunal constate que cette prétention est totalement erronée en regardant simplement les faits de l'espèce puisque après avoir obtenu la participation minoritaire, la concurrence entre les deux compagnies aériennes s'était accrue.¹⁹⁹ Toutefois, le Tribunal invite les États membres qui en ont la compétence à se prononcer sur la question de la participation de *Ryanair* dans *Aer Lingus* puisque certaines législations nationales permettent à des Autorités Nationales de Concurrence d'opérer un contrôle sur les prises de participations minoritaires.²⁰⁰

118. - Quoi qu'il en soit, l'Autorité Nationale de Concurrence britannique²⁰¹ n'avait pas attendu l'invitation du Tribunal pour se pencher sur la question de la participation minoritaire de *Ryanair* dans le capital d'*Aer Lingus*. Dès 2010, une enquête avait été ouverte sur la question par l'*Office of Fair Trading* qui avait considéré que cette participation minoritaire restreignait le libre jeu de la concurrence. Cette autorité avait ensuite transmis l'affaire à la *Competition Commission* pour qu'à son tour, celle-ci étudie la question. Celle-ci est allée dans le sens de l'*Office of Fair Trading* puisqu'elle a conclu à ce que la participation de *Ryanair* dans le capital d'*Aer Lingus* était de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché du transport aérien de passagers entre le Royaume-Uni et l'Irlande en ce que celle-ci pourrait dissuader d'autres compagnies aériennes d'investir dans le capital d'*Aer Lingus*.²⁰² En conséquence, elle avait ordonné à *Ryanair*, à titre principal, de céder une partie de ses parts dans le capital afin que sa participation tombe à 5% mais aussi, à titre secondaire, de ne pas acquérir d'autres parts de marché dans le capital d'*Aer Lingus* ni de placer ses membres au conseil d'administration d'*Aer Lingus*.²⁰³ Dès lors, *Ryanair* a fait appel de la décision mais a

¹⁹⁹ Trib. UE, 6 juillet 2010, *Aer Lingus Group plc c/ Commission*, aff. T-411/07, point 74

²⁰⁰ Trib. UE, 6 juillet 2010, *Aer Lingus Group plc c/ Commission*, aff. T-411/07, point 91

²⁰¹ L'Autorité Nationale de Concurrence britannique était auparavant composée de l'*Office of Fair Trading* et de la *Competition Commission*. Depuis le 1er avril 2014, la plupart des prérogatives auparavant exercées par ces institutions ont été transférées au sein de la *Competition and Markets Authority*

²⁰² Préoccupation identifiée par la Commission dans son livre blanc de 2014

²⁰³ *Competition & Markets Authority*, Notice of making the Final Order pursuant to section 84 of and Schedule 10 to the Enterprise Act 2002, 2015, point 2, b) et d)

été débouté par le *Competition Appeal Tribunal*.²⁰⁴ Après avoir obtenu l'autorisation de faire à nouveau appel, Ryanair fut une nouvelle fois déboutée, mais cette fois-ci par *The Court of Appeal*,²⁰⁵ qui se trouve être la plus haute juridiction civile britannique. Peu de temps après, pour ne pas se voir contrainte de baisser sa participation dans le capital d'Aer Lingus, Ryanair a tenté un dernier baroud d'honneur en demandant à la *Competition and Markets Authority* de réexaminer l'affaire au motif qu'étaient intervenus des changements matériels de circonstances²⁰⁶ depuis 2013 et l'examen par la Competition Commission et notamment aux vues du potentiel rachat d'Aer Lingus par IAG.²⁰⁷ Cette stratégie n'a pas porté ses fruits puisque la fraîchement nouvelle Autorité Nationale de Concurrence britannique a conclu qu'il n'y avait pas de changements matériels de circonstances et que Ryanair devait bel et bien se séparer d'une partie de sa participation dans le capital d'Aer Lingus. Ryanair a été au-delà des attentes de l'autorité britannique puisqu'elle a vendu toute sa participation, soit 29,8%, à IAG, acquéreur d'Aer Lingus. La cession de ses actifs à IAG marque pour Ryanair la fin d'une interminable saga judiciaire où celle-ci n'aura eu de cesse de prendre revers sur revers, tant au niveau européen qu'au niveau national. On ne peut tout de même que saluer la persévérance dont elle a fait preuve tout au long de ces années. Cette saga ne semble pas affecter l'image de Ryanair puisque celle-ci transporte toujours de plus en plus de personnes. En septembre 2016, la compagnie avait transporté plus de 10,8 millions de voyageurs et s'attend à une hausse de ce chiffre en octobre.²⁰⁸

²⁰⁴ *Competition & Markets Authority*, Notice of making the Final Order pursuant to section 84 of and Schedule 10 to the Enterprise Act 2002, 2015, points 3 et 5 ; *Competition Appeal Tribunal*, 7 march 2014, *Ryanair Holdings plc/Competition Commission/Aer Lingus Group plc*, case n°1219/4/8/13

²⁰⁵ *Court of Appeal, Civil Division*, 12 February 2015, *Ryanair Holdings Plc/ The Competition and Markets Authority/Aer Lingus Group plc*, case n° C3/2014/1376

²⁰⁶ En anglais : « *Material Changes of Circumstances* » (MCCs)

²⁰⁷ Rachat autorisé par la Commission dans sa décision COMP/M.7541 IAG/Aer Lingus ; pour précision, IAG signifie *International Airlines Group* (sa forme longue étant *International Consolidated Airlines Group*) est une holding possédant les compagnies aériennes *British Airways*, *Iberia* ou encore *Vueling*

²⁰⁸ Air Info, « *Ryanair en croissance de 13% en septembre* », 4 octobre 2016

SECTION II — Les prises de participations minoritaires de compagnies aériennes extra-européennes dans des compagnies européennes

119. - Le secteur aérien européen a ceci de particulier qu'il subit, depuis le début des années 2010, une forte ingérence des compagnies extra-européennes, principalement celles du Golfe, dans les affaires de ses compagnies. En effet, les prises de participations minoritaires auxquelles peuvent se livrer ces compagnies battant pavillon non européen se multiplient. Cette ingérence est surtout effectuée dans le capital des compagnies dites historiques, qui en plus de faire face à cette nouvelle pratique concurrentielle des compagnies, doivent faire face au développement du *low-cost*. C'est sous l'impulsion des trois plus importantes compagnies du Golfe ou des « *Gulfies* »²⁰⁹ comme on les surnomme que ces prises de participations se sont accrues. Ces transporteurs étant; d'un côté *Etihad Airways* et *Emirates Airlines* qui sont toutes deux des compagnies des Émirats Arabes Unis, la première étant la compagnie de l'État d'Abu Dhabi et la seconde la compagnie de l'État de Dubaï. De l'autre côté, *Qatar Airways*, qui, comme son nom l'indique, constitue la compagnie nationale du Qatar. Ces compagnies ont pour spécificité d'être des compagnies récentes au niveau de leur création. *Emirates Airlines* et *Etihad Airways* respectivement nés en 1985 et 2003 tandis que *Qatar Airways* fut créée en 1994.

120. - Qu'importe, cette relative jeunesse en tant que transporteur aérien ne semble pas effrayer outre mesure ces compagnies. Bien au contraire, à cette jeunesse s'attachent la fougue de l'âge et la volonté de se faire un nom, par tous les moyens. Deux de ces trois compagnies ont choisi la prise de participation minoritaire comme fer de lance. D'abord, nous avons *Etihad Airways*, le cadet, qui se révèle extrêmement prolifique en matière de prises de participations minoritaires dans les compagnies européennes et sembler montrer la voie à ses aînées. Depuis le début des années 2010 ce ne sont pas moins de cinq compagnies du vieux continent qui ont vu l'apparition du transporteur des Émirats dans son capital. C'est ainsi qu'*Aer Lingus* (Irlande) a vu *Etihad Airways* s'installer à hauteur de 4,9%, *Air Berlin* (Allemagne) à hauteur de 29,2%, *Darwin Airline* (Suisse) à proportion de 33% et enfin *Air Serbia* (Serbie) et *Alitalia* (Italie) à proportion de 49% dans chacune des deux compagnies.

²⁰⁹ « *Gulfies* » est le surnom donné aux personnes et entreprises issues de la région du Golfe ; The Guardian, « *The Gulfies are coming* », 8 août 2006

L'acquisition de 49% du capital d'*Air Serbia* et d'*Alitalia* a d'ailleurs fait l'objet d'investigations par les services de la Commission. Ensuite, nous avons la stratégie de Qatar Airways qui s'inscrit dans la continuité de celle de son homologue des Émirats puisqu'elle a notamment acquis une participation minoritaire dans *IAG*. Participation qui n'a de cesse de s'accroître puisqu'à l'origine la compagnie qataris s'était immiscée à hauteur de 10% du capital d'*IAG* en janvier 2015 laquelle participation s'est étendue à 12% puis à 15% du capital en juillet 2016. Depuis le mois d'août, sa participation s'est encore accrue pour atteindre finalement la barre des 20%. Par ailleurs, Qatar Airways ne compte pas se limiter à investir petit à petit le capital d'*IAG* mais vise aussi d'autres compagnies européennes telles que *Meridiana*, l'une des principales compagnies italiennes, puisqu'en octobre prochain, celle-ci engrangera pas moins de 49% du capital de celle-ci.²¹⁰ On pourrait traduire ces prises de participations minoritaires par une stratégie agressive de la part des compagnies du Golfe - ce ne sont pas les compagnies historiques qui nous contrediront sur le sujet - surtout lorsqu'on constate ce qui s'est passé après qu'*Etihad Airways* soit entrée au capital de *Darwin Airline*. En effet, cette dernière a changé de nom pour désormais s'appeler *Etihad Regional*. Quel est l'intérêt pour une compagnie acquiritrice d'une participation minoritaire dans une autre compagnie de faire changer le nom de cette dernière et en y incluant son propre nom si ce n'est pour développer sa propre image au détriment de la compagnie cible, particulièrement lorsque la compagnie acquiritrice est une compagnie extra-européenne. Plus encore, la décision de procéder à ce changement de nom a-t-elle été voulue par la compagnie cible ou bien la compagnie acquiritrice a-t-elle joué de son influence, en l'hypothèse déterminante, pour faire changer le nom ? Enfin, les transporteurs aériens basés outre-Atlantique ne sont pas en reste face à ces prises de participations minoritaires puisque *Delta Airlines* avait notamment acquis une participation à hauteur de 49% du capital de *Virgin Atlantic* en 2013.

121. - Alors pourquoi ces compagnies extra-européennes, en particulier celle du Golfe, multiplient-elles les prises de participations minoritaires ? Le premier élément de réponse réside dans les règles de propriété d'une compagnie aérienne et que celle-ci continue de

²¹⁰ Une intervention de la Commission risque, sans doute, de se produire dans la mesure où 49% du capital d'une entreprise est de nature à octroyer à la compagnie acquiritrice une influence déterminante sur l'entreprise cible

bénéficiaire du pavillon européen.²¹¹ Le second élément, découlant du premier se trouve dans le fait que les fusions entre compagnies européennes et compagnies extra-européennes ou inversement sont interdites. Ces compagnies étrangères ne pouvant alors investir que jusqu'à 49,9%²¹² du capital d'une compagnie aérienne européenne.²¹³

122. - Lorsqu'une compagnie aérienne possède ce pavillon, celui-ci lui ouvre les portes du ciel européen. Cela signifie qu'à partir du moment où la compagnie répond à toutes les exigences nécessaires à l'obtention du pavillon, elle peut assurer autant de vols, dans les limites des créneaux horaires aéroportuaires disponibles, au départ et à destination de n'importe quel aéroport de l'Union Européenne sans qu'elle soit bloquée par des barrières étatiques mais également au départ d'un aéroport européen et à destination de l'aéroport d'un État tiers à l'Union, à la condition que l'Union ait conclu des accords dits de « *ciel ouvert* »²¹⁴ qui permettent d'obtenir des droits de trafic illimités entre les parties signataires de ces accords. En l'absence de consensus entre l'Union Européenne et l'État tiers, ce sont les États membres de l'Union eux-même qui devront négocier avec cet État tiers. Cela signifie qu'on pourra se retrouver avec des disparités quant à la desserte de liaisons extra-européennes puisque certaines compagnies domiciliées dans une État membre pourront voir atterrir sur leur territoire des avions battant pavillon d'un État tiers et décoller vers ce même État tiers alors

²¹¹ Règlement (CE) n°1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté, article 4 a) à i) qui énoncent les 9 conditions cumulatives pour qu'une compagnie aérienne se voit octroyer une licence d'exploitation au sein de l'Union

²¹² À ce propos, les investissements directs que peuvent effectuer les compagnies aériennes dans d'autres compagnies ne sont pas les mêmes selon les régions du monde voire les pays. Si l'Union Européenne accepte que les compagnies aériennes extra-européennes puissent investir jusqu'à 49,9% du capital d'une de ses compagnies, les États-Unis, pour leur part, ne vont pas jusque là. Effectivement, ceux-ci n'acceptent que les investissements étrangers qu'à hauteur de 25% du capital d'une de ses compagnies. La possibilité de la détention d'une compagnie américaine par une compagnie européenne et inversement fait l'objet d'une étude et pourrait aboutir à une extension de l'accord conclut en 2007 qui constituait un accord de « *première étape* »

²¹³ Règlement (CE) n°1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté, article 4 a) à i) qui énoncent les 9 conditions cumulatives pour qu'une compagnie aérienne se voit octroyer une licence d'exploitation au sein de l'Union, point f) : « *l'entreprise est détenue à plus de 50 % et effectivement contrôlée par des États membres et/ ou des ressortissants d'États membres, soit directement, soit indirectement par le biais d'une ou de plusieurs entreprises intermédiaires, sauf disposition contraire contenue dans un accord avec un pays tiers auquel la Communauté est partie* »

²¹⁴ Il s'agit d'accord bilatéraux entre l'Union Européenne et des États tiers. On peut citer notamment l'accord « *ciel ouvert* » de 2007 entre l'Europe et les États-Unis qui permet à des compagnies européennes de desservir n'importe quel aéroport des États-Unis et inversement. Les liaisons aériennes sont donc ouvertes de part et d'autre de l'Atlantique

que d'autres compagnies de différents États de l'Union ne pourront pas. Ce genre de situation est de nature à mettre sur un piédestal certaines compagnies aériennes européennes plutôt que d'autres. Cela entre donc en contradiction avec la volonté de libéralisation de la Commission à l'échelle européenne et mondiale.

123. - Ces prises de participations minoritaires ont donc pour effet d'ouvrir la porte du marché européen aux compagnies extra-européennes qui sont, de par ces participations, en mesure d'étendre leurs réseaux. En plus de subir la concurrence des compagnies low-cost sur les vols court et moyen-courriers, les compagnies historiques européennes se voient maintenant également concurrencées sur les vols long-courriers puisque grâce à leurs participations minoritaires elles sont en mesure de se faire une image en Europe et ainsi attirer les voyageurs à destination de vols long-courriers vers leurs hubs situés au Moyen-Orient au détriment des compagnies historiques qui subissent en quelque sorte une perte d'attractivité. On peut ainsi identifier trois raisons²¹⁵ qui poussent les compagnies aériennes à prendre des participations minoritaires. La première de ces raisons est la pénétration d'autres marchés, la seconde - conséquence de la première - vise à accroître le rabattement vers les hubs des compagnies qui procèdent à ces prises de participation et ainsi concurrencer les compagnies du marché sur lequel ils s'implantent en matière de vol long-courrier et enfin permettre un meilleur accès à un aéroport dans la mesure où l'Europe connaît une crise pour l'obtention de créneaux aéroportuaires. Mais tous les transporteurs aériens ne voient pas ces prises de participation d'un bon oeil soulignant la possibilité pour l'acquéreur de restreindre la concurrence et de museler l'expansion de la compagnie cible. Elles permettent également à la compagnie acquiritrice de jouir des moyens de production de la compagnie dans laquelle elle a investi le capital comme sa flotte, son personnel ou ses créneaux aéroportuaires.

124. - Face à la puissance grandissante des compagnies du Golfe, les compagnies historiques, avec en tête de gondole *Air France-KLM* et *Lufthansa*, sont montées au créneau et ont tiré la sonnette d'alarme sur ces agissements en demandant à la Commission de faire toute la

²¹⁵ EconPapers, Transport Policy, Yu-Chun Chang and George Williams : « European major airlines' strategic reactions to the This package », 2002, vol. 9, issue 2, p. 129-142

lumière sur ces prises de participation, mais pas l'ensemble d'elles.²¹⁶ Les principales compagnies européennes²¹⁷ estiment que la concurrence des compagnies du golfe n'est pas une concurrence loyale car ceux-ci disposent de moyens financiers incomparables avec les leurs et bénéficient aussi d'avantages fiscaux. Elles sont en effet très largement soutenues financièrement par leurs États respectifs. Effectivement, au sein de l'Union Européenne, les États ne peuvent consentir facilement à des aides financières aux compagnies aériennes tandis qu'au Moyen-Orient, une telle pratique n'est pas sanctionnée car il n'existe pas de droit encadrant les aides d'État. De plus, les compagnies du Golfe ne paient que très peu de redevances aéroportuaires au Moyen-Orient alors qu'en Europe ces redevances ont augmenté, au cours des dix dernières années, d'environ 90% sur les dix principaux aéroports européens.²¹⁸ Face à ces accusations, Etihad Airways a répondu, par la voix de son Président-Directeur-Général (PDG), l'australien *James Hogan*, en déclarant que les compagnies historiques se cachaient derrière la Commission plutôt que de les affronter sur le marché.²¹⁹ Les compagnies du golfe invoquent, assez logiquement, les effets positifs de ces prises de participation à savoir les retombés économiques générées²²⁰ par celle-ci et les emplois maintenus.²²¹ En 2015, Etihad Airways a contribué à hauteur de 3,3 milliards d'euros au PIB de l'Union Européenne et a permis d'assurer plus de 51000 emplois. Ces chiffres sont

²¹⁶ La Tribune, « *IAG se démarque en défendant les compagnies du Golfe et Norwegian* », 21 janvier 2016. IAG, par le biais de son PDG irlandais, *Willie Walsh*, s'estime reconnaissant de l'arrivée des compagnies du Golfe en Europe et déclarait à propos de l'éventuelle possibilité pour que la Commission se voit confier un mandat pour négocier des accords « *ciel ouvert* » avec les États du Moyen-Orient : « *Ce débat sur le mandat est dépassé. Cela fait des années que les compagnies du Golfe desservent le Royaume-Uni. Elles sont vraiment allées de l'avant. J'ai une grande admiration pour ce qu'elles ont fait, souvent mieux que nous. Si nous sommes bénéficiaires, c'est grâce à elles car elles nous ont poussés à nous transformer* ». On peut tout de même nuancer son propos par le fait qu'IAG est détenue à 20% par *Qatar Airways* la rendant moins prône à la concurrence de ces compagnies.

²¹⁷ Les mêmes inquiétudes sont soulevées outre-Atlantique par les principales compagnies aériennes des États-Unis car les prises de participations minoritaires des compagnies du Golfe ne se limitent pas à l'Europe mais également à d'autres zones géographiques comme l'Asie et du Pacifique-Sud (acquisition de *Jet Airways* (Inde) à proportion de 24% de son capital et de *Virgin Australia* à 21,2%) ou les Caraïbes (acquisition d'*Air Seychelles* à hauteur de 40%) ; voir COMP/M.7333 *Alitalia/Etihad*, point 5

²¹⁸ Les Echos, « *Les grandes compagnies aériennes font front commun pour peser davantage à Bruxelles* », 20 janvier 2016 - Le sujet des redevances aéroportuaires constituait le point central du 1er communiqué de la fraîchement nouvelle association *Airlines for Europe (A4E)* regroupant à l'heure actuelle les cinq plus importantes compagnies aériennes européennes. *Air France-KLM, Lufthansa, IAG, Ryanair* et *EasyJet*

²¹⁹ Reuters, « *Etihad says is buying stakes in Europe to compete, not control* », 4 mai 2014

²²⁰ Oxford Economics, « *The economic impact of Etihad Airways on the EU economy* », Juin 2015

²²¹ Etihad Airways ayant une préférence, à l'heure actuelle, pour les compagnies européennes au bord de la faillite comme c'était le cas avec *Air Berlin*, *Air Serbia* et *Alitalia*. Elle vient, en quelque sorte, se placer en « *sauveur* » des compagnies européennes

censés augmenter puisqu'on attend d'ici 2020, une part dans le PIB de l'Union à hauteur de 4,4 milliards et des emplois sauvegardés pour plus de 64000 personnes.²²²

125. - Quoi qu'il en soit, l'autorité de concurrence européenne a fini par prêter attention aux reproches des compagnies historiques européennes puisqu'elle a ouvert des enquêtes préliminaires pour déterminer si ces prises de participations minoritaires étaient conformes aux dispositions européennes et notamment si celles-ci ne permettaient pas, en réalité, aux compagnies du Golfe d'exercer une influence déterminante sur les compagnies dont elles sont actionnaires. Lorsqu'elle procède à ce type d'investigation, la Commission ne va pas mener elle-même les enquêtes mais elle va plutôt demander aux Autorités Nationales de Concurrence des États concernés de lui faire parvenir des informations, sous la forme écrite, sur l'influence exacte que peut exercer la compagnie aérienne du Golfe sur la compagnie aérienne européenne. C'est ainsi qu'elle a passé au crible la prise de participation d'*Etihad Airways* dans *Alitalia* et *Air Berlin* mais aussi celle de *Delta Airlines* dans *Virgin Atlantic*. Ces investigations ont débouché sur deux décisions rendues à un an d'intervalle l'une de l'autre. Dans ses décisions, la Commission opte pour la même solution à savoir que les investissements dans le capital des compagnies aériennes ne sont pas contraires au règlement européen n°139/2004.²²³ Pour le cas de *Virgin Atlantic*, la concentration est autorisée sans que les parties aient eu besoin de proposer des remèdes. Ce qui paraît surprenant c'est que la Commission n'a pas jugé problématique le fait que *Delta Airlines* soit présent au conseil d'administration de *Virgin Atlantic* à hauteur de trois sièges sur sept mais aussi sur le fait que le PDG, *Craig Kreeger*, était un ressortissant américain. Pour la concentration entre *Alitalia* et *Etihad Airways*, celle-ci avait nécessité des mesures correctrices. En effet, la Commission avait identifié une atteinte à la concurrence sur une liaison.²²⁴ C'est donc tout naturellement que les compagnies se sont engagées, essentiellement, à mettre à disposition de concurrents, des créneaux aéroportuaires et l'acquisition de ces créneaux après un certain temps d'exploitation.

²²² Oxford Economics, « *The economic impact of Etihad Airways on the EU economy* », Juin 2015, executive summary, voir graphique p. 2

²²³ COMP/M.6828 *Delta Air Lines/Virgin Group/Virgin Atlantic Limited* et COMP/M.7333 *Alitalia/Etihad*

²²⁴ La liaison en cause étant *Rome-Belgrade*

126. - Soucieuse d'assurer une libéralisation toujours plus importante aux quatre coins du globe, de maintenir la viabilité de ses compagnies aériennes et de garantir une concurrence effective entre tous les transporteurs civils aériens de passagers, la Commission, soutenue par le Parlement européen,²²⁵ souhaite obtenir un mandat auprès du Conseil de l'Union afin que celle-ci négocie des accords « *ciel ouvert* » avec les États du Moyen-Orient²²⁶ et plus particulièrement l'Arabie Saoudite, Bahreïn, Émirats Arabes Unis, Koweït, Qatar et Oman mais aussi avec des États d'Asie du Sud-Est ou encore avec la Turquie. C'est d'ailleurs l'une des trois priorités soulignée par la Commission : « *Exploiter la croissance en améliorant les services et l'accès aux marchés en expansion* ». ²²⁷

127. - Actuellement les vols en provenance de cette région du monde sont soumis à la bonne volonté des États membres de l'Union. Cela implique que ces États peuvent conclure directement avec les États du Moyen-Orient des accords « *ciel ouvert* » entre leur pays. Si de tels accords n'existent pas, alors la fréquence des vols des compagnies respectives entre ces États est soumise à la délivrance de droits de trafic. Actuellement, la quasi-totalité des États de l'Union ont conclu des accords permettant la libéralisation totale de leur espace aérien. Seuls la France et l'Allemagne continuent de résister. Qu'importent ces deux États ont fait savoir qu'ils soutenaient la Commission dans cette démarche lors d'une déclaration commune des ministres français et allemand des transports, *Alain Vidalies* et *Alexander Dobrindt*. Selon eux, cet accord doit avant tout servir « *les intérêts des deux parties ce qui signifie que l'accord à négocier devra prévoir d'abord des mesures efficaces permettant d'assurer une concurrence loyale* ». ²²⁸ À noter la primordialité de la notion de loyauté. Les ministres franco-allemand considèrent-ils la concurrence des Compagnies du Golfe comme déloyale ? La

²²⁵ Résolution du Parlement européen sur le futur paquet « *Aviation* » du 11 novembre 2015 (2015/2933(RSP)), point 11 : « *prie instamment la Commission d'obtenir, dans les meilleurs délais, un mandat étendu des États membres, en donnant la priorité aux pays du Conseil de coopération du Golfe, en vue de garantir des conditions de concurrence équitables pour les compagnies aériennes et les aéroports européens, d'assurer la réciprocité et d'introduire une clause de concurrence équitable* »

²²⁶ Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité Économique et Social Européen et au Comité des Régions du 7 décembre 2015 « *Une stratégie de l'aviation pour l'Europe* »

²²⁷ Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité Économique et Social Européen et au Comité des Régions du 7 décembre 2015 « *Une stratégie de l'aviation pour l'Europe* », II, 2.1

²²⁸ Déclaration commune d'*Alain Vidalies* et d'*Alexander Dobrindt* - 18ème conseil des ministres franco-allemand, 7 avril 2016 ; Air Info, « *Compagnies du Golfe : la France et l'Allemagne veulent une "concurrence loyale"* » 10 avril 2016

Commission a bien entendu les considérations franco-allemandes puisque selon sa stratégie, il s'agit de « *négoier des dispositions relatives à une concurrence effective et équitable* ». Reste à voir si la totalité des membres de l'Union donneront le feu vert au début de négociations sachant que la plupart d'entre eux ont déjà des accords « *ciel ouvert* » avec les pays du Golfe et ne jugeraient pas pertinent de donner un mandat à la Commission sur ce sujet.

128. - L'idée de venir véritablement encadrer le contrôle des prises de participations minoritaires par la Commission ne date pas d'hier. Déjà en 2001²²⁹ - pendant la période de l'entre-deux règlements, lorsque les institutions européennes étaient déjà en pleine refonte du règlement originel de 1989 - la Commission avait songé à cette possibilité. L'autorité européenne de concurrence avait cependant rapidement mis de côté cette idée en raison d'un certain nombre de facteurs²³⁰ comme la difficulté de trouver une définition permettant le déclenchement du contrôle. Également, à l'époque, le recours aux prises de participations minoritaires était relativement peu développé dans la pratique comportementale et concurrentielle des entreprises. Quoi qu'il en soit, l'idée d'intégrer un contrôle des participations minoritaires par la Commission a été ré-émise par l'ancien commissaire chargé de la concurrence, *Joaquín Almunia*, laquelle idée fut ensuite soumise à une consultation publique²³¹ par la Commission du afin de savoir si oui ou non celle-ci devait pouvoir, en toutes circonstances, contrôler les prises de participations minoritaires. Une fois la consultation publique terminée, la Commission a analysé toutes les réponses données par les intéressés et y a répondu sous la forme d'un livre blanc.²³²

129. - Pour se voir reconnaître la compétence de contrôler toutes les prises de participations minoritaires, la Commission identifie dans son livre blanc ce qu'elle appelle des *théories du*

²²⁹ Livre vert du 11 décembre 2001 sur la révision du Règlement (CEE) n°4064/99 du Conseil

²³⁰ Livre vert du 11 décembre 2001 sur la révision du Règlement (CEE) n°4064/99 du Conseil, point 109

²³¹ Une consultation publique est un outil par lequel la Commission, lorsqu'elle a pour optique de mettre en oeuvre des politiques ou des mesures législatives, recueille l'avis des citoyens ainsi que celui des parties concernées sur la politique qu'elle souhaite mettre en place

²³² Livre blanc du 9 juillet 2014 « *Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE* »

préjudice.²³³ Elle identifie quatre situations dans lesquelles les prises de participations minoritaires sans influence déterminante au sens du règlement n°139/2004 sont susceptibles de causer des troubles anticoncurrentiels. Parmi ces théories, on trouve des effets anticoncurrentiels pouvant résulter de divers pratiques. En premier lieu, des effets anticoncurrentiels dits unilatéraux ou non coordonnés. D'une part, l'acquisition d'une participation minoritaire peut être de nature à ce que celui qui acquière cette participation augmente ses prix ou limite sa production, particulièrement lorsque l'entreprise acquiritrice justifie d'un intérêt à ce que les bénéfices de l'entreprise cible augmentent.²³⁴ D'autre part, une compagnie disposant d'une participation minoritaire dans une autre entreprise peut être amenée, notamment pour le bien de sa propre compagnie, à court-circuiter les décisions qui pourraient être mises en place par la compagnie cible.²³⁵ En second lieu, la Commission avance également la possibilité que des effets anticoncurrentiels puissent résulter de pratiques coordonnées, c'est-à-dire entre plusieurs concurrents et qui auraient pour conséquence que ceux-ci s'entendent sur la réalisation de bénéfices supra-concurrentiels. Cette participation est de nature à donner un pouvoir de sanction de l'entreprise acquiritrice sur l'entreprise cible.²³⁶ En dernier lieu, les atteintes à la concurrence peuvent être la conséquence de pratiques dites verticales. C'est-à-dire qu'une entreprise pourra être en capacité, de par sa participation minoritaire, de bloquer une partie de la chaîne de production et ainsi pratiquer une forme de discrimination en fonction notamment du type de client.²³⁷

130. - Néanmoins, nous constatons que depuis le livre blanc de la Commission de 2014, la question de la possible extension du contrôle des concentrations aux prises de participations minoritaires reste au point mort. La Commission n'irait-elle pas trop vite en besogne ? Celle-ci s'estimant « *dépourvue d'outils adéquats* ». ²³⁸ Cette situation n'est pas sans rappeler celle de l'avant contrôle des concentrations, soit avant le règlement n°4064/89 de 1989. À

²³³ Livre blanc du 9 juillet 2014 « *Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE* », section 3.1.1, points 28 à 38

²³⁴ Livre blanc du 9 juillet 2014 « *Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE* », point 29

²³⁵ Livre blanc du 9 juillet 2014 « *Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE* », points 30 à 34

²³⁶ Livre blanc du 9 juillet 2014 « *Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE* », point 35

²³⁷ Livre blanc du 9 juillet 2014 « *Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE* », point 36

²³⁸ Livre blanc du 9 juillet 2014 « *Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE* », point 55

l'époque, la Commission s'estimait frustrée de ne pas pouvoir exercer un contrôle sur les concentrations au sein de la Communauté Européenne au motif que ce vide juridique l'empêchait d'assurer le libre jeu de la concurrence. Elle avait donc décidé d'utiliser les outils juridiques existant pour procéder à ce contrôle, à savoir les articles 101 et 102 TFUE. Quand bien même le champ d'application de ces articles était restreint au niveau de l'exercice d'un contrôle des concentrations, certaines situations permettaient de procéder à ce contrôle au regard des articles du traité, comme l'avait souligné la Cour de Justice. De la même manière, la Commission ne pourrait-elle pas appliquer ces articles pour contrôler les prises de participations minoritaires qui échappent à son contrôle dans le cadre du règlement n°139/2004 ? En effet, celle-ci semble faire preuve de mauvaise foi puisqu'elle semble totalement occulter la jurisprudence de la Cour de Justice et plus précisément l'arrêt *Philip Morris* de 1987.²³⁹ Cet arrêt apparaît comme la pierre angulaire permettant l'exercice du contrôle des prises de participations minoritaires non contrôlantes échappant à la lettre du règlement de 2004.

131. - La jurisprudence *Philip Morris* consacre l'opportunité de contrôler les prises de participations minoritaires silencieuses au regard des articles 101 et 102 TFUE faisant référence respectivement aux ententes et aux abus de position dominante. Effectivement, dans sa décision, le juge européen donne des précisions quant au déclenchement de ce contrôle au regard des articles du traité. D'abord, au regard des ententes, la Cour est venue dire que les liens qui peuvent exister entre deux entreprises au sein du capital d'une de ces entreprises et ce par le biais d'une prise de participation minoritaire, n'est pas en elle-même attentatoire à la concurrence mais les éventuelles conséquences de cette participation le sont dans la mesure où elle offre la possibilité à ces entreprises de venir restreindre la concurrence, unilatéralement ou de façon coordonnée.²⁴⁰ Tout dépendra donc de l'attitude, du comportement adopté par les entreprises une fois la participation minoritaire acquise. Ensuite, à la lumière de l'abus de position dominante, le prêteur européen évoque la possibilité qu'une participation minoritaire soit à l'origine d'un abus de position dominante si celle-ci permet à

²³⁹ CJCE, 17 novembre 1987, *British-American Tobacco Company Ltd et R. J. Reynolds Inc. c/ Commission*. Aff. jointes 142 et 156/84

²⁴⁰ CJCE, 17 novembre 1987, *British-American Tobacco Company Ltd et R. J. Reynolds Inc. c/ Commission*. Aff. jointes 142 et 156/84, points 37

l'entreprise acquérante exerce un « *contrôle effectif* » ou une influence sur l'entreprise cible.²⁴¹ Quoi qu'il en soit, la Commission semble abattre la carte de la *sourde oreille* puisqu'elle semble peu convaincue par le recours à l'utilisation de ces articles²⁴² en les qualifiant, au surplus, de limiter. Dans son analyse, l'autorité européenne s'en tient à une lecture stricte des articles du traité. Pour ce qui est de l'article 101 TFUE, la Commission estime que toutes les participations minoritaires ne sont pas susceptibles de déboucher sur une atteinte à la concurrence. Pour pouvoir recourir à l'article 102 TFUE, il faudrait que l'entreprise qui ait acquis une participation minoritaire soit à la fois en situation de position dominante sur le marché et que l'acquisition qui est faite par l'entreprise en position dominante soit abusive.²⁴³

132. - Ainsi, la question du contrôle des prises de participations minoritaires non contrôlante risque, au cours des prochains mois voire des prochaines années de faire couler beaucoup d'encre tant leurs effets affectent de manière durable la structure du marché européen et les pratiques des compagnies aériennes. Outre cette question, d'autres pratiques comportementales que constituent le recours aux entreprises communes et aux alliances sont de nature à attirer l'attention tant au niveau des similitudes avec le mouvement de concentration des compagnies aériennes et tout particulièrement au niveau de la frontière on ne peut plus floue qui peut séparer ces pratiques de la concentration tant de par leurs conséquences qui peuvent être potentiellement anticoncurrentielles.

²⁴¹ CJCE, 17 novembre 1987, *British-American Tobacco Company Ltd et R. J. Reynolds Inc. c/ Commission*. Aff. jointes 142 et 156/84, points 65

²⁴² Livre blanc du 9 juillet 2014 « *Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE* », section 3.1.2 « *les articles 101 et 102 TFUE peuvent ne pas convenir pour traiter les participations minoritaires anticoncurrentielles* » ; à noter le choix des mots dans l'intitulé de la section. Le sens choisi laisse entendre que certaines situations sont appréhendables par l'utilisation des articles 101 et 102 TFUE sinon la Commission aurait plutôt employé une construction grammaticale proche de « *ne convient pas* » au lieu de « *peuvent ne pas convenir* »

²⁴³ Livre blanc du 9 juillet 2014 « *Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE* », point 40

CHAPITRE II — L'infinie frontière entre la concentration et d'autres pratiques anticoncurrentielles

En parallèle du mouvement de consolidation que connaît le secteur aérien, se développe également des formes d'intégration dites « *souples* » en comparaison avec la concentration et qui peuvent être tout aussi dangereuses au niveau de leurs effets concurrentielles. La Commission doit rester vigilante vis-à-vis de ces pratiques que constituent les ententes entre compagnies aériennes et le cas particulier des entreprises communes. Tout du moins, ces pratiques entrent dans la catégorie plus générale des alliances entre transporteurs aériens. Ce qui n'arrange pas le travail de la Commission et des Autorités Nationales de Concurrence s'est que la concentration se confond parfois avec l'alliance tant leur objet peuvent être plus ou moins similaires. C'est pourquoi il convient d'envisager dans un premier temps la distinction entre l'alliance et la concentration (**SECTION I**) puis finir par envisager le cas particulier des entreprises communes qui constitue la forme la plus élevée d'intégration (**SECTION II**)

SECTION I — Quand l'alliance se confond avec la concentration : le cas des ententes

133. - Les alliances entre compagnies aériennes trouvent leur utilité dans le fait que la réglementation sur les concentrations entre transporteurs des quatre coins du globe n'est pas uniformisée. C'est pourquoi, pour pouvoir répondre à la demande des voyageurs souhaitant être transportés de part et d'autre du globe, les compagnies se sont mises à se grouper au sein d'alliances. De nos jours, trois grandes alliances entre transporteurs aériens dominent le

marché. Par ordre d'apparition nous avons *Star Alliance* (1997),²⁴⁴ *Oneworld* (1999)²⁴⁵ et *Skyteam* (2000).²⁴⁶

134. - Au regard des dates de création respectives de ces alliances, on constate que celles-ci sont assez récentes. dix-neuf, dix-sept et seize ans. Ces alliances se traduisent par des accords de coopération entre toutes les compagnies membres de l'alliance et qui permettent, dans les cas les plus fréquents, à chacune d'entre elles d'agrandir son réseau et, par voie de conséquence, son offre et ainsi desservir une zone géographique beaucoup plus étendue voire le monde entier. Cela entraîne une meilleure correspondance entre les vols avec escale en fournissant davantage de possibilités pour les voyageurs et en réduisant la durée totale du voyage pour le passager en terme d'attente en aéroport. Elles permettent également de diminuer le prix du billet car plus il y a de personnes qui voyagent avec l'alliance, plus les avions de celle-ci sont remplis et donc le coût du transport diminue ce qui est bénéfique pour les deux intéressées, passagers et transporteurs.²⁴⁷ Cette coopération prend différentes formes et conduit à des niveaux d'intégration plus ou moins élevée qui la rapproche du niveau ultime d'intégration, à savoir la concentration. La plupart du temps il s'agira d'accords portant sur le partage de codes, sur la mise en commun des programmes de fidélisation des passagers, sur la mise en commun des services de maintenance, de formation et de ravitaillement ou encore sur le partage des recettes et des coûts.

²⁴⁴ Cette alliance compte actuellement 28 compagnies aériennes : *Adria Airways, Air Canada, Air India, All Nippon Airways, Austrian Airlines, Brussels Airlines, Croatia Airlines, Ethiopian Airlines, LOT Polish Airlines, Scandinavian Airlines, Singapore Airlines, Swiss, Thai Airways International, United, Aegean Airlines, Air China, Air New Zealand, Asiana Airlines, Avianca, Copa Airlines, Egyptair, Eva Air, Lufthansa, Shenzhen Airlines, South African Airways, TAP Portugal et Turkish Airlines* — <http://www.staralliance.com/en/member-airlines>

²⁴⁵ Cette alliance compte actuellement 15 compagnies aériennes : *American Airlines, Air Berlin, British Airways, Cathay Pacific, Finnair, Iberia, Japan Airlines, LAN Airlines, Malaysia Airlines, Qantas, Qatar Airways, Royal Jordanian, S7 Airlines, Sri Lanka Airlines et TAM Linhas Aéreas* — <https://fr.oneworld.com/member-airlines/overview>

²⁴⁶ Cette alliance compte actuellement 20 compagnies aériennes : *Aeroflot, Aerolíneas Argentinas, Aeroméxico, Air Europa, Air France, Alitalia, China Airlines, China Eastern, China Southern, Czech Airlines, Delta Airlines, Garuda Indonesia, Kenya Airways, KLM, Korean Air, MEA Air Liban, Saudia, TAROM, Vietnam Airlines et Xiamen Air* — <http://www.skyteam.com/fr/about/>

²⁴⁷ C'est la théorie des gains d'efficacité selon laquelle l'alliance est de nature à avoir un effet bénéfique sur la concurrence en ayant des répercussions positives à la fois sur le voyageur et à la fois sur les acteurs du secteur mais potentiellement anticoncurrentielle. Article 101, paragraphe 3 TFUE

135. - S'il on prend l'exemple de deux compagnies qui assurent tous deux une partie du trajet d'un voyageur qui souhaite se rendre d'un point *-C* à *-F*, c'est-à-dire que si la compagnie *-A* effectue la partie *-C* à *-D* et que la compagnie *-B* effectue la partie *-E* à *-F* alors c'est dans cette hypothèse que l'accord de partage de codes va prendre tout son sens. Effectivement, elles pourront alors attribuer un et un seul code qui leur permettra d'assurer le voyage du point *-C* à *-F* sans discontinuité pour le voyageur, celui-ci achètera un billet unique et un seul enregistrement des bagages. Si elles ne pouvaient assurer le voyage seul, elles le pourront à deux grâce au partage de codes. En outre, si les deux compagnies aériennes assurent toutes deux la même liaison, c'est-à-dire qu'elles assurent des vols quotidiens d'un point *-G* à *-H* alors elles pourront se mettre d'accord pour que chacune d'elles puisse commercialiser des billets sur la liaison exploitée par l'autre. Cela aura pour conséquence de permettre une réduction du temps de trajet total pour réaliser le voyage. Par exemple, si la compagnie *-A* dispose de créneaux horaires aéroportuaires de décollage vers une destination *X* pour 19H30 et 20H30 et que la compagnie *-B* dispose de ces mêmes créneaux pour cette destination mais à des horaires différents telles que 20H00 et 21H00 alors un voyageur qui arriverait à 19H30 à l'aéroport, au lieu d'attendre le vol fourni par la même compagnie à 20H30 pourrait en réalité décoller avec la compagnie *-B* disposant du créneau de 20H00.²⁴⁸

136. - La mise en place d'un tel système de partage de codes repose sur différents fondements. D'une part, une conception souple, la compagnie décidera d'ouvrir à la commercialisation à l'autre compagnie absolument tous les sièges disponibles sur les liaisons en commun.²⁴⁹ D'autre part, une conception plus restrictive, les compagnies s'entendront sur un nombre de sièges qu'elles souhaitent mettre à disposition de l'autre. Par exemple, La compagnie *-A* souhaitera libérer 30 sièges sur la liaison, ces 30 sièges seront vendus à l'autre compagnie qui les recommercialisera ensuite et inversement, ce nombre ne devant pas être forcément identique d'un transporteur à l'autre.²⁵⁰

²⁴⁸ Rapport du Commissariat Général à la Stratégie et à la Prospective, « *Les compagnies aériennes européennes sont-elles mortelles?* », Juillet 2013, Chapitre 3, points 4 et 5

²⁴⁹ On appelle cela le partage de codes « *free flow* » ou « *accords interlignes* »

²⁵⁰ On appelle cela le partage de codes « *block* » ou « *accords d'espace bloqué* »

137. - Comme énoncé précédemment, il existe différents types d'alliances, lesquelles conduisent, selon le modèle de coopération choisi, à des niveaux d'intégration se rapprochant plus ou moins de la fusion.²⁵¹ Pour certains, « *ces super-alliances s'a'apparent à de véritables fusions, dans toute la mesure qu'autorisent les réglementations byzantines du secteur aérien* ». ²⁵² Qu'importe, on peut grossièrement regrouper ces niveaux de coopération en trois catégories et selon leurs intensités.²⁵³ En bas de l'échelle se trouve les alliances de niveau « *faible* » qui constituent pour les compagnies une coopération réduite à des routes déterminées. C'est par exemple le cas des accords interlignes, la mise en commun des programmes de voyageurs fréquents, des salles d'attente ou encore des terminaux. À l'échelon supérieur se trouve les alliances de niveau « *moyen* » qui se traduit par la mise en place d'un véritable réseau pour les compagnies parties. C'est donc une coopération plus large que le niveau inférieur et qui passe par des accords de partage de codes et par la coordination des politiques de chaque transporteur tant au niveau des prix que des horaires de vols. À l'échelon le plus haut, on trouve les alliances de niveau « *élevé* » qui sont caractérisées par leurs effets proches de la fusion. C'est l'hypothèse singulière des entreprises communes qui se base sur le partage des recettes et des coûts dans le cadre de cette entreprise.

138. - Ce qui n'arrange pas les choses pour les autorités régulatrices de concurrence, c'est que la structure organisationnelle d'une alliance est hétéroclite dans la mesure où celles-ci sont indépendantes les unes des autres. Effectivement, à l'intérieur d'une telle organisation, « *le noyau dur* », les liens que peuvent tisser les transporteurs entre eux ne sont pas forcément équivalents ou de même nature. Plus encore, nouer une alliance avec un ou plusieurs autres transporteurs ne signifie pas l'arrêt total des relations existant avec d'autres transporteurs concurrents et non partie à l'alliance, les compagnies « *associées* ». ²⁵⁴ Par exemple, si une

²⁵¹ Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE), « *La concurrence dans le secteur aérien* », Juin 2014, p. 29, voir graphique « *Éventail des niveaux de coopération par le biais des alliances permettant une coopération plus ou moins forte* » ; voir graphique 1 p. 12 « *Éventail de la coopération sous forme d'alliance* »

²⁵² The Economist, 1999, p.67

²⁵³ Li M.Z.F dans son article « *Distinct features of lasting and non-lasting airline alliances* » paru dans le *Journal of Air Transport Management*, 6(2), p. 65-73 liste quatorze types de coopération ; Rapport du Commissariat Général à la Stratégie et à la Prospective, « *Les compagnies aériennes européennes sont-elles mortelles?* », Juillet 2013, p.79, tableau « *Éléments des alliances aériennes* »

²⁵⁴ Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE), « *Airline Mergers And Alliances* », Octobre 1999, 2.4, paragraphe 4

alliance internationale est formée entre les transporteurs *-A*, *-B*, *-C*, *-D* et *-E* et si l'on prend le cas particulier de *-A*, celle-ci n'entretient pas forcément des liens de même intensité avec *-B*, *-C*, *-D* et *-E*. Il se peut par exemple que *-A* s'entend mieux avec *-C* en vertu d'une coopération antérieure à la création de l'alliance ou d'une entreprise commune et que ses relations avec *-D* soient pratiquement inexistantes en raison du fait que celles-ci étaient concurrentes auparavant et que les relations demeurent tendues entre elles. Cela vaut de même pour les relations que *-A* pourraient entretenir avec *-F*, compagnie tierce à l'alliance, celle-ci demeure libre de continuer à faire fructifier ce lien si elle y a un intérêt car elle reste autonome.²⁵⁵ C'est pourquoi, *Star Alliance*, *Oneworld* et *Skyteam* constituent des alliances différentes des unes des autres. L'interconnexion des transporteurs entre eux est un élément-clef.

139. - Outre le fait que plus le niveau d'intégration est élevé, plus les risques de porter atteinte à la concurrence sont grands. L'exploitation commune d'une ou plusieurs liaisons par deux transporteurs est, par essence, de nature à porter atteinte à la concurrence, en particulier lorsque la liaison se fait sans escale, puisque pouvant à la fois mettre un terme à la pression concurrentielle que ces transporteurs, auparavant autonome dans l'exploitation de la ligne, exerçaient l'une sur l'autre mais aussi dans la mesure où l'exploitation commune peut restreindre la possibilité pour les autres compagnies de venir s'installer sur ces liaisons.²⁵⁶ Dans ces cas-là, c'est le voyageur qui apparaît directement affecté par cette situation qui signifie potentiellement pour lui une augmentation du prix du billet.

140. - Dans le cadre de sa mission de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, la Commission intervient dans le cadre de la préservation du marché commun pour lutter contre les pratiques que constituent l'entente illicite²⁵⁷ entre compagnies et les concentrations

²⁵⁵ Rapport du Commissariat Général à la Stratégie et à la Prospective, « *Les compagnies aériennes européennes sont-elles mortelles?* », Juillet 2013, graphique p. 80 « *Analyse topologique des principales alliances en 2005* » de Saglietto L. et Levy D, « *Étude morphologique du réseau des alliances stratégiques aériennes* », Flux, 2006/3, n°63

²⁵⁶ Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE), « *La concurrence dans le secteur aérien* », Juin 2014, point 91

²⁵⁷ Contrairement aux États-Unis ou au Japon, l'Union Européenne ne délivre pas de « *régime d'immunité* » qui permet aux compagnies aériennes bénéficiant de celui-ci de ne volontairement pas se conformer aux dispositions anticoncurrentielles américaines dans l'hypothèse où l'alliance est de nature à permettre la génération de gains d'efficacité mais aussi des atteintes au droit de la concurrence, 49 U.S Code paragraphe 41308, « *Exemption from the antitrust laws* »

bouleversant le libre jeu de la concurrence. L'entente est définie, selon le droit européen de la concurrence, comme *des accords entre entreprises, décisions d'association d'entreprise et toutes autres pratiques qui ont pour objet, effet, d'empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur le marché.*²⁵⁸ Le terme « entente » n'apparaît pas en tant que tel dans les textes européens fondant le droit de la concurrence mais est utilisé par les autorités de concurrence européennes et nationales, les juridictions européennes et étatiques ainsi que par la doctrine. Il désigne indifféremment accords, pratiques concertées et décisions d'associations d'entreprises. L'idée qui caractérise toutes les formes d'entente est la rencontre de volonté autonome. Cette entente entre entreprises peut revêtir diverses formes. Cela peut aller d'une entente horizontale avec un accord entre des acteurs économiques d'un même niveau (plusieurs producteurs/fournisseurs d'un même type de produit/service) à une entente verticale avec un accord entre des acteurs économiques d'un niveau différents (un fournisseur et son distributeur). Des décisions de la Commission viennent illustrer ces diverses formes d'entente, qu'elle soit horizontale²⁵⁹ ou verticale. Pour rappel, la concentration est quant à elle définie comme une opération juridique tendant à créer une unité de décision entre des entreprises, dans le but d'en accroître la puissance économique. Ces opérations tendent à créer une unité de décision entre des entreprises, soit par la création de liens structures modifiant l'identité juridique des entreprises intéressées telles que la fusion, soit créer des liens financiers laissant subsister l'indépendance juridique des entreprises en cause.

141. - Il y a donc une similarité que l'on peut remarquer entre ces deux types de manœuvre potentiellement anticoncurrentielle. Même si leur mise en place se distingue quelque peu, notamment en ce que la concentration résulte principalement de la création d'un lien juridique ou financier entre entreprises et que l'entente, elle, ne consiste qu'en des accords ou associations entre entreprises, leurs effets sur le marché commun et le jeu de la concurrence se trouvent être très ténus. En effet, les manœuvres engagées par certaines entreprises dans le cadre de l'activité, qu'elle soit qualifiée d'entente ou de concentration, ont pour effet de fausser le jeu de la concurrence et de réunir en une seule main, des objectifs communs, des critères communs comme une fixation des prix de façon intelligente, concertée ayant pour

²⁵⁸ Article 101 TFUE

²⁵⁹ COMP/39.596 BA/AA/IB

effet de fausser la concurrence sur un marché donné, ou encore la réunion de plusieurs concurrents en une seule entreprise comme pour la concentration. Le moment du contrôle varie également puisqu'en matière de concentration, le contrôle se fait *ex ante*, avant la réalisation de l'opération tandis qu'en matière d'entente, le contrôle se fait *ex post*, après sa réalisation.²⁶⁰

142. - L'activité économique exige que les entreprises tissent des liens entre elles, mais qu'il s'agisse d'entente ou de concentration, l'interdiction de ces pratiques suppose toujours la démonstration d'un impact négatif sur la concurrence. En effet, ne seront pas déclarées illicites au terme du bilan concurrentiel les ententes ou concentrations dont l'objet ou l'effet sur le marché ne restreint pas la concurrence. Effectivement, par principe, l'entente et la concentration sont des manœuvres anticoncurrentielles prohibées par le droit communautaire. Que ce soit par le règlement n°139/2004 ou par l'article 101 TFUE, ces manœuvres anticoncurrentielles sont encadrées et répondent à un certain nombre de conditions afin de permettre ou non leur mise en place par les entreprises, conditions que la Commission vient vérifier de par son rôle de garante du marché commun. Que ce soit pour les concentrations ou pour les ententes, la base juridique pour apprécier ou non l'entrave à la concurrence répond à des conditions négatives. Une concentration ou une entente sera considérée comme contraire à la concurrence si celle-ci vient restreindre de manière excessive la liberté des entreprises participantes. De plus, elle ne doit pas donner aux entreprises la possibilité d'éliminer la concurrence.

143. - La Commission a eu l'occasion de se prononcer sur un projet d'alliance entre transporteurs aériens. En effet, dans l'affaire *BA/AA/IB*, était intervenue dans le cadre d'une alliance entre les trois compagnies aériennes que sont *British Airlines*, *American Airlines* et *Iberia*. Celles-ci avaient pour projet de former une entreprise commune. La Commission s'est préoccupé de l'éventualité de cette alliance qui pourrait enfreindre les règles de l'Union Européenne en matière d'abus de position dominante et nuire aux consommateurs sur les liaisons transatlantiques. On peut voir ici une situation dans laquelle une entente existe entre différentes compagnies aériennes concurrentes, qui ont pour projet de devenir une

²⁶⁰ Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE), « *La concurrence dans le secteur aérien* », Juin 2014, point 111

concentration, une entreprise commune réunissant les trois compagnies. La Commission a ici accepté, non sans difficultés, cette coopération entre entreprises mais sous certaines conditions. La Commission a considéré que la position des trois compagnies aériennes auraient eu pour conséquence de fausser fortement le libre jeu de la concurrence, ces trois compagnies qui, si elles se trouvaient réunies, agiraient en tant qu'entité unique et supprimerait toute forme de concurrence. Au départ refusée, la Commission a finalement autorisé ces manœuvres en échange d'engagements, rendus juridiquement contraignant, ayant pour but de maintenir une certaine forme de concurrence. On voit donc ici que la Commission a apprécié cette manœuvre en fonction de l'impact négatif que celle-ci aurait pu avoir sur le secteur aérien. Il y a un réel objectif de préserver une forme de concurrence suffisante sur le marché. À titre de remarque, on voit que le projet des trois compagnies était de réaliser une entreprise commune or la Commission a choisi de fonder son action sur l'article 101 TFUE et non sur le règlement n°139/2004.

144. - On peut donc remarquer que malgré un régime différent, tant dans leur constitution que dans leur mise en place, ces deux pratiques anticoncurrentielles, que sont l'entente et la concentration, répondent aux mêmes objectifs, aux mêmes critères, celui de l'atteinte significative à l'exercice d'une concurrence effective. La commission est intervenue de façon assez régulière, notamment dans le secteur aérien où les compagnies cherchent à développer de manière plus significative leur activité et leur impact sur le secteur aérien. La commission agit comme un régulateur de ce marché et assure le bon respect des règles de concurrence.

SECTION II — Quand l'alliance se confond avec la concentration : Le cas des entreprises communes

145. - Depuis le début des années 1990 et l'apparition de la première²⁶¹ co-entreprise du secteur aérien,²⁶² le recours à cette méthode de coopération constitue une pratique très prisée et extrêmement développée entre les transporteurs civils de passagers du monde de telle sorte

²⁶¹ La première co-entreprise ayant été formée en 1992 entre KLM Royal Dutch Airlines et Northwest Airlines ; ANA Group (*All Nippon Airways*), « *Alliances that create value - The ANA Group's alliance strategy for its international business -* », conversation with Mio Yamamuro

²⁶² En anglais : *Joint ventures*

que les co-entreprises fleurissent beaucoup plus rapidement que les fusions/prises de participations minoritaires ou que les alliances au niveau plus faiblement intégrationniste.²⁶³ Elles visent, en tant que sous-catégorie d'alliance, à répondre à la demande du consommateur qui souhaite pouvoir voyager n'importe où sur terre. Or aucune compagnie aérienne existante au monde n'est en mesure de faire cela seule pour la simple et bonne raison qu'elles se heurtent aux protectionnismes régionaux. Par la mise en place de telles entreprises, les compagnies sont donc en mesure de mettre leurs réseaux en commun. Dans le secteur aérien, les compagnies créeront généralement une co-entreprise pour regrouper leurs activités sur les liaisons qu'elles exploitent simultanément, c'est-à-dire sur un marché déterminé, et en partager les coûts et les recettes. Par ce biais, elles sont en mesure de réaliser des économies d'échelles. Il s'agit donc d'un véritable partenariat entre les compagnies mères. Les effets de l'entreprise commune sont ainsi similaires à ceux d'une concentration en ce que les compagnies créatrices seront en mesure d'aligner leurs prix, de coordonner leurs horaires de vols afin de permettre de meilleurs temps de correspondance ou encore de partager leurs codes et vendre le billet de vol au nom d'une seule compagnie, celle de la co-entreprise.

146. - Il peut, au premier abord, apparaître difficile de percevoir la nuance pouvant exister entre une co-entreprise gérée par deux compagnies aériennes et un accord de partage de codes. Comme démontré précédemment, la distinction se faisant en fonction du niveau d'intégration. Néanmoins, la catégorisation de la co-entreprise n'est pas sans rappeler, à nos yeux, le dessin paru dans le journal satirique munichois *Fliegende Blätter* en 1892 et qui montre, selon l'endroit où l'on porte le regard, soit une tête de lapin, soit une tête de canard mais sans jamais faire apparaître les deux animaux simultanément. En effet, lorsqu'on envisage la catégorisation de la co-entreprise, celle-ci peut tantôt apparaître à nos yeux comme une alliance tantôt comme une concentration mais sans jamais pouvoir revêtir la double qualification.

147. - Compte tenu des effets relativement proches entre une entreprise commune et une concentration, l'hypothèse des co-entreprises n'est pas occulté mais, au contraire,

²⁶³ On compte, pour ne citer qu'elles, une entreprise commune entre *Delta Airlines*, *Air France/KLM* et *Alitalia* - dont une partie est possédée par *Etihad Airways* - (États-Unis/Europe) ; *Air Canada*, *Lufthansa* et *United Airlines* (Amérique du Nord/Europe) ; *Lufthansa* et *Air China* (Asie-Europe) ; *Air France/KLM* et *China Eastern Airlines* (Asie-Europe) ; *British Airways* et *Qatar Airways* (Moyen-Orient-Europe)

explicitement prévue par le règlement n°139/2004 qui envisage le basculement de la qualification d'entreprise commune vers la qualification de concentration à partir du moment où celle-ci « *accomplit de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome* ». ²⁶⁴ Ce basculement pouvant résulter notamment d'une prise de participation minoritaire. ²⁶⁵ Grâce à l'intégration de cette disposition, la Commission se retrouve compétente pour apprécier les effets d'une entreprise commune et peut donc en interdire la création si ses effets seraient anticoncurrentiels. Une entreprise commune sera qualifiée de concentration à partir du moment où celle-ci est créée par des entreprises qui sont indépendantes l'une de l'autre. La nécessité que cette création entraîne un impact concurrentiel est primordial. Si des compagnies aériennes d'un même groupe forment une entreprise commune alors cela sera considéré comme une subdivision dans la hiérarchie du groupe mais cela n'aura aucun impact sur la concurrence car n'ayant pas pour objet de réunir des compagnies différentes. De cette création découle l'exercice conjoint du contrôle de l'entreprise, c'est-à-dire qu'il sera obligatoire pour les sociétés-mères d'exercer une influence déterminante à part égale. Cette influence déterminante se traduit par exemple par le même nombre de sièges lors des conseils d'administration ou encore de la possibilité d'apposer un veto dans des propositions identiques pour chacune des sociétés-mères.

148. - Toutefois, le critère essentiel pour qu'une entreprise commune soit considérée de la sorte est que celle-ci doit avoir une certaine autonomie, c'est-à-dire qu'elle doit être une entreprise commune de « *plein exercice* ». ²⁶⁶ Si ce critère n'est pas rempli alors l'application du règlement n°139/2004 s'en trouve court-circuiter. Qu'entend exactement la Commission par cette notion de « *pleine exercice* » ? L'autorité de concurrence européenne nous apporte

²⁶⁴ Article 3, paragraphe 4 du Règlement n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

²⁶⁵ Article 3, paragraphe 1, point b) du Règlement n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

²⁶⁶ Communication consolidée du 10 juillet 2007 sur la compétence de la Commission en vertu du règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, IV, point 92 ; cette communication, tenant compte des changements effectués par le règlement n°139/2004, vient se substituer aux quatre communications précédentes visant à interpréter et déterminer la compétence de la Commission vis-à-vis des dispositions du règlement n°4064/89 à l'époque. Ce sont les communications relatives à la notion de concentration, à la notion d'entreprises communes de plein exercice, à la notion d'entreprises concernées et au calcul du chiffre d'affaires

des éléments de réponse²⁶⁷ qui permettent de conduire à l'effectivité de ce « *plein exercice* » et notamment quatre conditions cumulatives.

149. - D'abord, il faut que l'entreprise commune jouisse d'une autonomie vis-à-vis des entreprises créatrices. Cette autonomie devant être financière avant tout mais également en ce qui concerne son personnel et ses actifs corporels ou incorporels, autant d'éléments constitutifs d'une véritable entreprise et non pas d'une entreprise fantôme. Ensuite, il est nécessaire que l'entreprise commune ne soit pas créée uniquement pour servir un but précis voulu par ses concepteurs. Si c'est le cas alors elle ne peut être entendue comme de « *plein exercice* » car elle ne bénéficie pas d'un accès au marché indépendant de celui de ses sociétés-mères. De la même manière, il ne faut que l'entreprise commune soit tenue exclusivement de vendre ou de s'approvisionner auprès de ses créateurs. Cette considération est tout de même à nuancer par la Commission qui admet qu'au début de sa mise en place, l'entreprise commune peut être dépendante de ses sociétés-mères sans que cela remette en cause son caractère de « *plein exercice* ». Également, son instauration ne doit pas avoir pour vocation à servir les entreprises créatrices pour une période déterminée puis disparaître une fois sa mission remplie. Le critère de durabilité est notamment une des exigences contenue explicitement dans la lettre du règlement n°139/2004. Il est nécessaire que cette création entraîne une modification de la structure des entreprises conceptrices.

150. - Dans le secteur aérien, la Commission s'est récemment prononcée sur l'opportunité d'autoriser la création de plusieurs entreprises communes comme celle entre *Delta Airlines* et *Virgin Group* : *Virgin Atlantic* (2013)²⁶⁸ et celle entre *Alitalia* et *Etihad Airways* : *New Alitalia* (2014).²⁶⁹ Dans ces deux affaires, la réponse de la Commission a été identique, celle-ci donnant son feu vert à l'instauration des entreprises communes dont une des deux avait nécessité des remèdes à la concurrence. Lorsque la Commission se prononce sur la question

²⁶⁷ Communication consolidée du 10 juillet 2007 sur la compétence de la Commission en vertu du règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, IV, points 94 / 95 et 96 / 97 à 102 / 103 à 105

²⁶⁸ COMP/M.6828 *Delta Air Lines/Virgin Group/Virgin Atlantic*

²⁶⁹ COMP/M.7333 *Alitalia/Etihad*

d'une prise de participation conférant une « *influence déterminante* », elle analyse ses effets de la même manière qu'elle analyse une fusion.

151. - Il est évident que si l'on continue à assister à la prolifération des co-entreprises, et particulièrement entre des compagnies européennes et extra-européennes comme récemment en date entre *Lufthansa* et *Air China* ou entre *British Airways* et *Qatar Airways*,²⁷⁰ il est plus que certain que les services de la Commission risquent de voir considérablement augmenter le nombre de plaintes déposées en terme de concurrence déloyale. La fraîchement nouvelle co-entreprise entre *British Airways* et *Qatar Airways* illustre bien l'ambiguïté soulevée par cette pratique. On sait que *Qatar Airways* est propriétaire d'un peu plus de 20% du capital d'*IAG* qui se trouve être la maison mère de nulle autre que... *British Airways*. Désormais, en plus d'être propriétaire d'une partie du capital d'une *holding*, voilà que *Qatar Airways* se retrouve à former une co-entreprise avec une compagnie aérienne qui compose cette holding. Quid de la conformité au droit de la concurrence européen ? Non seulement, *Qatar Airways* s'est, à l'heure actuelle, immiscé à proportion de 20% dans le capital d'*IAG* grâce à sa stratégie qui consistait à, petit à petit, investir dans ce capital par des prises de participations minoritaires non-contrôlantes mais maintenant celle-ci forme avec *British Airways* ce qui peut peut s'assimiler à une concentration car présentant le plus haut niveau de coopération puisque ayant pour objectif notamment le partage des coûts et des recettes. Il est ainsi opportun de nous demander si la concentration n'est tout simplement pas entrain de se réaliser, doucement mais à un rythme certain, sous nos yeux, sans que la Commission puisse faire quelque chose pour procéder à un contrôle. Restera à savoir si l'entreprise commune entre *British Airways* et *Qatar Airways* est une entreprise commune de « *plein exercice* ».

152. - Si l'on en juge par les mutations du secteur, conséquences des pratiques des compagnies aériennes, les transporteurs ont peut être compris qu'il n'existait pas qu'une seule voie pour parvenir à une concentration, du moins à ses effets ou peut-être commencent-ils à se lasser des différents niveaux de protectionnisme limitant l'investissement étranger dans le capital des compagnies aériennes de part le monde ? James Hogan, PDG d'*Etihad Airways* faisait part de cette incompatibilité entre le secteur aérien et la limitation de l'investissement,

²⁷⁰ Air Journal, « *British Airways et Qatar Airways en co-entreprise limitée* », 29 septembre 2016

l'aviation est « *une industrie mondiale et non une économie régionale* », limiter l'investissement serait « *non seulement dommageable pour Etihad Airways et ses partenaires européens, (en réalité, tous les transporteurs du monde) mais viendrait également se répercuter dans toute l'industrie du transport aérien, et potentiellement saper la confiance internationale dans l'engagement de l'Europe au commerce international et à l'investissement* ». ²⁷¹

153. - Au vu de ces considérations, il est possible que les transporteurs cherchent désormais à atteindre ce qui se rapproche le plus d'une concentration. Si on ne peut affirmer avec certitude que tous les chemins mènent à la concentration comme *tous les chemins mènent à Rome*, il n'est erroné d'affirmer que plus d'un chemin permet d'y arriver. Par voie de conséquence, le contrôle des concentrations devrait lui aussi muter pour prendre en compte les pratiques de compagnies aériennes et assurer au mieux son rôle de gardienne de la pérennité du marché commun. L'hybridation des modèles économiques ²⁷² est peut-être la prochaine grande transformation que va connaître le secteur aérien. L'enjeu est peut être de comprendre désormais le fonctionnement de l'association de toutes ces pratiques entre elles, fusions, acquisitions, co-entreprises et alliances. Quoi qu'il en soit, comme le souligne *George Hobica*, journaliste : « *The latest airline merger won't be the last* », ²⁷³ la dernière fusion en date entre compagnies aériennes ne sera pas la dernière. Ce à quoi nous ajouterons que la dernière co-entreprise en date ne sera pas la dernière, y compris pour les participations minoritaires et les alliances.

²⁷¹ Air Journal, « *Subventions : Etihad Airways tente de convaincre l'Europe* », 17 avril 2015

²⁷² Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE), « *La concurrence dans le secteur aérien* », Juin 2014, point 27

²⁷³ LinkedIn Publication, « *The latest airline merger won't be the last* », 3 avril 2016, *George Hobica*

BIBLIOGRAPHIE — *Les concentrations d'entreprises dans le secteur aérien européen*

I — Ouvrages généraux et spécialisés

- **JONES**, Alison & **SUFRIN** Brenda, *EU Competition Law : Text, Cases, and Materials*, Fifth Edition, Oxford.
- **VOGEL** Louis, *Droit Européen des Affaires*, 1ère édition, Dalloz.
- **IDOT** Laurence, *Droit Européen de la Concurrence*

II — Articles de revues

- **ARHEL** Pierre, 2006. « *Activité des juridictions communautaires en droit de la concurrence (juillet-août 2006)* » : *Les Petites Affiches*. N°231, p.4-14
- **ARHEL** Pierre, 2010. « *Activité des juridictions communautaires en droit de la concurrence* » : *Les Petites Affiches*. N°197, p.7-19
- **ARHEL** Pierre, 2011. « *Activité des juridictions communautaires en droit de la concurrence* » : *Les Petites Affiches*. N°12, p. 5-15
- **ARHEL** Pierre, 2012. « *Activité des juridictions de l'Union Européenne en droit de la concurrence* » : *Les Petites Affiches*. N°140, p. 9-22
- **ARHEL** Pierre, 2014. « *Activité des juridictions de l'Union Européenne en droit de la concurrence* » : *Les Petites Affiches*. N°13, p.3-14
- **ARHEL** Pierre, 2015. « *Activité des juridictions de l'Union Européenne en droit de la concurrence* » : *Les Petites Affiches*. N°253, p.4-18
- **ATWOOD** Mark ; **KENDE** Christopher ; **LOH** David ; **RALEIGH** Christopher et **ROHDE** Wayne, 2013. « *Développements récents en droit américain des transports. Janvier 2013-Octobre 2013* » : *Revue de Droit des Transports et de la Mobilité*. N°4, p.27-30
- **BARBIER de la SERRE** Éric et **MORGAN de RIVERY** Éric, 2012. « *Faut-il contrôler ex ante les participations minoritaires ne donnant pas lieu à contrôle ? Quelques raisons d'être sceptique* » : *Concurrences* n°1-2012, p. 4-12
- **BERLIN** Dominique. 2012. « *La Commission européenne autorise, sous conditions, une acquisition dans le secteur du transport aérien (IAG, BMI)* » : *Concurrences*. N°3, p.159-161

- **BITTON** Esther, 2013. « *Nouvelle décision d'interdiction pour Ryanair* » : Revue Lamy de la Concurrence. N°36; p.18-19
- **BITTON** Esther, 2014. « *American Airlines/US Airways : un mariage sous conditions* » : Revue Lamy de la Concurrence. N°38, p.20-21
- **BON-GARCIN** Isabelle ; **ALBERT** Jean-Luc ; **BAILLY-HASCOËT** Valérie ; **LEGROS** Cécile ; **LETACQ** Frédéric et **PETIT** Florent, 2010. « *Les transports : activités, contrats et responsabilités* » : La Semaine Juridique Entreprise et Affaires. N°37, p.21-23
- **BOSCO** David, 2008. « *Pas de fusion pour les compagnies low cost* » : Revue Contrats Concurrence Consommation. N°4, p.38-39
- **de BURE** Frédéric, 2009. « *Poursuite de la consolidation du secteur aérien : Iberia fait main basse sur le low cost en Espagne* » : Revue Lamy de la Concurrence. N°20, p.17-18
- **de BURE** Frédéric. 2010. « *Ryanair devra se contenter d'être minoritaire* » : Revue Lamy de la Concurrence. N°25, p.11-12
- **de BURE** Frédéric, 2006. « *EasyJet rejeté* » : Revue Lamy de la Concurrence. N°9, p. 12-13
- **de BURE** Frédéric ; **GIRGENSON**, Ianis et **MEDINA**, Caroline, 2009. « *Concentrations* » : Revue Lamy de la Concurrence. N°19, p.13-19
- **de BURE** Frédéric ; **GIRGENSON**, Ianis et **PINÇON**, Jean-Baptiste, 2009. « *Concentrations économiques* » : Revue Lamy de la Concurrence. N°20, p.17-23
- **CHAPSAL** Antoine et **SPECTOR** David, 2008. « *La décision Ryanair/Aer Lingus : un nouveau standard de qualité* » : Revue Lamy de la Concurrence. N°14, p.12-13
- **FLOCHEL** Laurent, **BARBIER de la SERRE** Éric, **MORGAN de RIVERY** Éric et **MOUY** Nadine, 2012. « *Les effets concurrentiels des prises de participations minoritaires* » : Concurrences n°1-2012, p. 1-3
- **GIRGENSON** Ianis, 2010. « *Lufthansa acquiert trois compagnies aérienne* » : Revue Lamy de la Concurrence. N°23, p.13-14
- **GIRGENSON** Ianis, 2015. « *Le Tribunal de l'Union Européenne rejette le recours contre la décision d'autorisation de reprise de la plus importante compagnie aérienne autrichienne par la compagnie nationale allemande* » : Concurrences. N°3, p.121-123
- **GRARD** Loïc, 2008. « *Ryanair c/ Aer Lingus, premier épisode d'une nouvelle série judiciaire* » : Revue Lamy de la Concurrence. N°5, p.37-38

- **GRARD** Loïc, 2010. « *Droit de la concurrence et regroupement national des compagnies aériennes : jurisprudence irlandaise en provenance du Tribunal de Première Instance de l'Union Européenne* » : Revue de Droit des Transports et de la Mobilité. N°10, p.28-29
- **GRARD** Loïc, 2014. « *Droit européen des transports 1er janvier 2013/31 décembre 2013* » : Revue de Droit des Transports et de la Mobilité. N°1, p. 6-12
- **GRARD** Loïc, 2014. « *Compagnies aériennes en difficultés : complémentarité / droit des aides d'État / droit des concentrations* » : Revue Trimestrielle de Droit Européen (RTDE). N°1, p.206-206
- **IDOT** Laurence, 2006. « *Concentrations « autorisée » et voies d'actions des tiers* » : Europe (LexisNexis). N°10, p.19-20
- **IDOT** Laurence, 2010. « *Transport aérien et concentration* » : Europe (LexisNexis). N°10, p.28-30
- **IDOT** Laurence, 2011. « *Concurrence : nouvelle concentration dans le secteur aérien interdite par la Commission* » : Europe (LexisNexis). N°3, p.25-25
- **IDOT** Laurence, 2015. « *Restructuration d'une compagnie aérienne* » : Europe (LexisNexis). N°7, p.24-25
- **JALABERT-DOURY** Nathalie ; **Le MAREC** Delphine et **NOUVEL** Laurent, 2007. « *Politiques de concurrence / Competition policies* » : Revue de droit des affaires internationales (International Business Law Journal). N°6, p.807-809
- **LEVY**, Nicholas ; **de BURE**, Frédéric. 2015. « *Contrôle des concentrations et participations minoritaires non-contrôlable : une réforme est-t-elle vraiment nécessaire ?* » : Revue Lamy de la Concurrence. N°42, p.11-17
- **de la MANO** Miguel, 2008. « *Analyse quantitative de l'affaire Ryanair/Aer Lingus* » : Revue Lamy de la Concurrence. N°14, p.12-13
- **NASSOGNE** Charlotte et **WELLINGER** Markus, 2005. « *Actionnariat commun pour SN Brussels Airlines et Virgin Express* » : Revue Lamy de la Concurrence. N°3, p.94-94
- **d'ORMESSON** Olivier, 2010. « *L'actualité du droit des concentrations* » : Les Petites Affiches. N°210, p.24-32
- **PINÇON** Jean-Baptiste et **BITTON** Esther, 2010. « *La fusion entre United Airlines et Continental Airlines donne naissance à la première compagnie aérienne mondiale* » : Revue Lamy de la Concurrence. N°25, p.14-15

- **PINÇON** Jean-Baptiste et **VERNEY** Céline, 2012. « *La Commission publie sa décision d'interdiction de l'opération Aegean Airlines/Olympic Air* » : Revue Lamy de la Concurrence. N°33, p. 15-15
- **PRIETO** Catherine, 2004. « *Les restrictions de concurrence des compagnies aériennes* » : Recueil Dalloz Sirey. N°29, p.2134-2138
- **PRIETO**, Catherine. 2007. « *Note sous Tribunal de première instance des Communautés Européennes, deuxième Chambre, 4 juillet 2006, EasyJet Airline contre Commission, affaire T-177-04* » : Journal du droit international (Clunet). 2007-2, p.664-668
- **PRUNET**, Florent ; **de GILDAS**, Muizon. 2012. « *Faut-il étendre le contrôle des concentrations aux prises de participations minoritaires ?* » : Revue Lamy de la Concurrence. N°33, p.82-84
- **TAYAR** David, 2012. « *La Commission européenne publie le texte intégral d'une décision interdisant le projet de fusion de deux compagnies aériennes (Olympic/Aegean Airlines)* » : Concurrences. N°4, p.111-113
- **TAYAR** David, 2013. « *La Commission européenne interdit un second projet de rachat d'un compagnie aérienne par son concurrent direct* » : Concurrences. N°2, p.106-107
- **TAYAR** David, 2015. « *Le Tribunal de l'Union Européenne rejette le recours formé contre la décision de la Commission autorisant, sous réserve d'engagements, le rachat d'une compagnie aérienne* » : Concurrences. N°4, p.142-143
- **TENENBAUM** Aline, 2015. « *Les droits du passager en matière de transport par les compagnies aériennes low cost : quelques précision pratiques dans un contexte délicat* » : Revue des contrats (Lextenso). N°2015/1, p.138-139
- **TROUSSARD** Sophie, 2015. « *Trilogie Ryanair : nouvel échec du projet d'acquisition d'Aer Lingus* » : Revue Lamy de la Concurrence. N°42, p.21-22
- **VERNEY** Céline, 2015. « *Second envol réussi pour l'opération Aegean Airlines/Olympic Air* » : Revue Lamy de la Concurrence. N°44, p.19-20
- **VERNEY** Céline, 2016. « *Aer Lingus rejoint British Airways, Iberia et Vueling* » : Revue Lamy de la Concurrence. N°46, p.6-7
- **VOUGIOUKAS** Dimitrios, 2015. « *Confirmation par le tribunal de la décision de la Commission sur la compatibilité de la concentration Lufthansa/Austrian* » : Revue Lamy de la Concurrence. N°45, p.7-9

— **VOUGIOUKAS** Dimitrios, 2015. « *Confirmation par le Tribunal de la décision de la Commission sur la compatibilité de la concentration Lufthansa/Austrian ; Note sous Tribunal de l'Union Européenne, 13 mai 2015, aff. T-162/10, Niki Luftfahrt GmbH contre Commission* » : Revue Lamy droit des Affaires. N°107, p.50-53

III — Études, rapports, publications

— **International Air Transport Association Publications (IATA)**, April 2007, « *Airline M&A activity : a new super-cycle or over-exuberance?* » by Chris Tarry, CTAIRA (http://www.iata.org/whatwedo/Documents/economics/Tarry_MandA.pdf)

— **International Air Transport Association Publications (IATA)**, January 2007, « *Parochialism in international aviation : the paradox of airline ownership and control* » by Dan Edwards, UK Civil Aviation Authority. (http://www.iata.org/whatwedo/Documents/economics/UK_CAA_OandC.pdf)

— **International Air Transport Association Publications (IATA)**, April 2008, « *The competition effects of airline mergers and alliances : the role of price discrimination* » by Mike TRETHERWAY. (http://www.iata.org/whatwedo/Documents/economics/Tretheway_Price_Discrimination.pdf)

— **International Air Transport Association Publications (IATA)**, May 2010, « *Network vs. LCC competition and airfares : New US empirical evidence* » by Prof. Jan K. BRUECHNER, Dr. Darin LEE and Ethan SINGER. (http://www.iata.org/whatwedo/Documents/economics/Brueckner_Competition_Fares.pdf)

— **International Air Transport Association Publications (IATA)**, January 2012, « *The economic benefits generated by alliances and joint ventures* » by IATA Economics briefing. (http://www.iata.org/whatwedo/Documents/economics/Economics%20of%20JVs_Jan2012L.pdf)

— **International Civil Aviation Organization Publications (ICAO)**, Worldwide Air Transport Conference, 6th meeting, March 2013, « *Effects of airlines alliances and mergers on fair competition and monopoly prevention* » (http://www.icao.int/Meetings/atconf6/Documents/WorkingPapers/ATConf6-wp039_en.pdf)

— **COFACE publications**, Septembre 2014, « *Compagnies aériennes européennes : contraintes au changement* » par Guillaume BAQUÉ et Antoine COMPS (<http://www.coface.org/fr/publications/compagnies-aeriennes-europeennes-contraintes-au-changement>)

www.coface.fr/Actualites-Publications/Publications/Compagnies-aeriennes-europeennes-contraintes-au-changement)

— **Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE)**, Octobre 1999, « *Airline Mergers And Alliances* », by the Committee on Competition Law and Policy (<http://www.oecd.org/competition/mergers/2379233.pdf>)

— **Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE)**, Juillet 2013, « *La notion d'opération de fusion* », par le groupe de travail n°3 sur la coopération et l'application de la loi ([http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3\(2013\)5&docLanguage=Fr](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2013)5&docLanguage=Fr))

— **Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE)**, Juin 2014, « *La concurrence dans le secteur aérien* », par le comité de la concurrence ([http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2014\)14&docLanguage=fr](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2014)14&docLanguage=fr))

— **M@ppemonde**, 2009, « *Prises de participation des grandes compagnies aériennes dans de petites compagnies en Europe : impacts sur la géographie des réseaux* » par Frédéric DOBRUSZKES (<http://mappemonde.mgm.fr/num21/articles/art09102.html>)

— **Norton Rose Group**, June 2010, « *Competition compliance policies for airlines* » (<http://www.nortonrosefulbright.com/files/aviation-competition-compliance-policies-for-airlines-june-2010-28602.pdf>)

— **Rapport du Commissariat Général à la Stratégie et à la Prospective**, Juillet 2013, « *Les compagnies aériennes européennes sont-elles mortelles?* » (<http://www.strategie.gouv.fr/publications/compagnies-aeriennes-europeennes-mortelles-0>)

— **Report of the European Competition Authorities Air Traffic Working Group**, April 2002, « *Mergers and alliances in civil aviation* » (http://ec.europa.eu/competition/publications/eca/report_air_traffic.pdf)

IV — Articles de presse en ligne

— **Air Info**, « *Ryanair en croissance de 13% en septembre* », publié le 4 octobre 2016, consulté pour la dernière fois le 9 octobre 2016 (<http://airinfo.org/2016/10/04/ryanair-en-croissance-de-13-en-septembre/>)

- **Air Info**, « *L'Union Européenne enquête sur Etihad et Delta Airlines* » publié le 29 mars 2014, consulté pour la dernière fois le 9 octobre 2016 (<http://airinfo.org/2014/03/29/lunion-europeenne-enquete-sur-etihad-et-delta-air-lines-le-timing-ne-doit-rien-au-hasard/>)
- **Air Info**, « *Etihad — Alitalia : Bruxelles donne son feu vert sous conditions* » publié le 15 novembre 2014, consulté pour la dernière fois le 9 octobre 2016 (<http://airinfo.org/2014/11/15/etihad-alitalia-alliance-autorisee-sous-conditions-concurrent-rome-belgrade/>)
- **Air Info**, « *Compagnies du Golfe : la France et l'Allemagne veulent une “concurrence loyale”* » publié le 10 avril 2016, consulté pour la dernière fois le 9 octobre 2016 (<http://airinfo.org/2016/04/10/compagnies-du-golfe-la-france-et-l-allemande-veulent-une-concurrence-loyale/>)
- **Air Info**, « *Qatar Airways augmente à nouveau sa participation dans IAG* » publié le 19 mai 2016, consulté pour la dernière fois le 9 octobre 2016 (<http://airinfo.org/2016/05/19/qatar-airways-augmente-a-nouveau-sa-participation-dans-iag/>)
- **Air Journal**, « *British Airways et Qatar Airways en co-entreprise limitée* » publié le 29 septembre 2016, consulté pour la dernière fois le 9 octobre 2016 (<http://www.air-journal.fr/2016-09-29-british-airways-et-qatar-airways-en-coentreprise-limitee-5170188.html>)
- **Air Journal**, « *Subventions : Etihad Airways tente de convaincre l'Europe* » publié le 17 avril 2015, consulté pour la dernière fois le 9 octobre 2016 (<http://www.air-journal.fr/2015-04-17-subventions-etihad-airways-tente-de-convaincre-leurope-5142826.html>)
- **L'Antenne**, « *Concentration du transport aérien : une tendance de fond* » publié le 15 février 2013, consulté pour la dernière fois le 9 octobre 2016 (http://www.lantenne.com/Concentration-du-transport-aerien-une-tendance-de-fond_a8965.html)
- **L'Echo Touristique**, « *La concentration du secteur aérien fait-elle monter les prix ?* » publié le 20 septembre 2013, consulté pour la dernière fois le 9 octobre 2016 (<http://www.lechotouristique.com/article/la-concentration-du-secteur-aerien-fait-elle-monter-les-prix,56976>)
- **Les Echos**, « *Bruxelles suspecte Etihad de prise de contrôle illégale d'Air Berlin* », publié le 28 mars 2013, consulté pour la dernière fois le 9 octobre 2016 (http://www.lesechos.fr/28/03/2014/lesechos.fr/0203406361224_bruxelles-suspecte-etihad-de-prise-de-contrôle-illegale-d-air-berlin.htm)

— **Les Echos**, « *Aérien : le salut des compagnies européennes passe par la concentration* » publié le 17 septembre 2014, consulté pour la dernière fois le 9 octobre 2016 (http://www.lesechos.fr/17/09/2014/lesechos.fr/0203782525437_aerien---le-salut-des-compagnies-europeennes-passe-par-la-concentration.htm#)

— **Les Echos**, « *Les grandes compagnies aériennes font front commun pour peser davantage à Bruxelles* » publié le 20 janvier 2016, consulté pour la dernière fois le 9 octobre 2016 (http://www.lesechos.fr/20/01/2016/lesechos.fr/021634252713_les-grandes-compagnies-aeriennes-font-front-commun-pour-peser-davantage-a-bruxelles.htm)

— **L'Express l'Expansion**, « *Pourquoi les fusions se multiplient dans le transport aérien* » publié le 31 octobre 2008, consulté pour la dernière fois le 9 octobre 2016 (http://lexpansion.lepress.fr/actualite-economique/pourquoi-les-fusions-se-multiplient-dans-le-transport-aerien_658969.html)

— **L'Express l'Expansion**, « *Les fusions sont inscrites dans l'histoire du secteur aérien* » publié le 3 mai 2010, consulté pour la dernière fois le 9 octobre 2016 (http://lexpansion.lepress.fr/entreprises/les-fusions-sont-inscrites-dans-l-histoire-du-secteur-aerien_1440753.html)

— **Le Parisien**, « *Les méga-fusions continuent dans le secteur aérien* » publié le 15 février 2013, consulté pour la dernière fois le 9 octobre 2016 (<http://www.leparisien.fr/flash-actualite-economie/les-mega-fusions-continuent-dans-le-secteur-aerien-15-02-2013-2570091.php>)

— **Reuters**, « *Etihad says is buying stakes in Europe to compete, not control* », publié le 4 mai 2014, consulté pour la dernière fois le 9 octobre 2016 (<http://www.reuters.com/article/emirates-etihad-idUSL6N0NQ0FE20140504>)

— **La Tribune**, « *IAG se démarque en défendant les compagnies du Golfe et Norwegian* », publié le 21 janvier 2016, consulté pour la dernière fois le 9 octobre 2016 (<http://www.latribune.fr/entreprises-finance/services/transport-logistique/iag-se-demarque-en-defendant-les-compagnies-du-golfe-et-norwegian-544678.html>)

V — Documents Institutionnels

1. *Union Européenne*

1.1 *Conseil de l'Union Européenne*

1.1.1 *Règlement :*

- Règlement (CEE) n°4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises modifié par le Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (« le règlement CE sur les concentrations »)
- Règlement (CE) n°1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE (devenus les articles 101 et 102 TFUE)
- Règlement (CE) n°1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté

1.2 *Commission Européenne*

1.2.1 *Règlement :*

- Règlement (CE) n°802/2004 de la Commission du 7 avril 2004 concernant la mise en oeuvre du règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

1.2.2 *Décisions :*

1.2.2.1 *Contrôle des concentrations :*

- Affaire COMP/M.3280 du 11 février 2004 — *Air France/KLM*
- Affaire COMP/M.4439 du 27 juin 2007 — *Ryanair/Aer Lingus*
- Affaire COMP/M.5181 du 6 août 2008 — *Delta Air Lines/Northwest Airlines*
- Affaire COMP/M.5141 du 17 décembre 2008 — *KLM/Martinair*
- Affaire COMP/M.5364 du 9 janvier 2009 — *Iberia/Vueling/Clickair*
- Affaire COMP/M.5403 du 14 mai 2009 — *Lufthansa/British Midland*
- Affaire COMP/M.5335 du 22 juin 2009 — *Lufthansa/SN Airholding (Brussels Airlines)*
- Affaire COMP/M.5440 du 28 août 2009 — *Lufthansa/Austrian Airlines*

- Affaire COMP/M.5747 du 14 juillet 2010 — *Iberia/British Airways*
- Affaire COMP/M.5889 du 27 juillet 2010 — *United Airlines/Continental Airlines*
- Affaire COMP/M.5830 du 26 janvier 2011 — *Olympic/Aegean Airlines I*
- Affaire COMP/M.6447 du 30 mars 2012 — *IAG/BMI*
- Affaire COMP/M.6663 du 27 février 2013 — *Ryanair/Aer Lingus III*
- Affaire COMP/M.6828 du 20 juin 2013 — *Delta Air Lines/Virgin Group/Virgin Atlantic Limited*
- Affaire COMP/M.6607 du 5 août 2013 — *US Airways/American Airlines*
- Affaire COMP/M.6796 du 9 octobre 2013 — *Aegean/Olympic II*
- Affaire COMP/M.7333 du 14 novembre 2014 — *Alitalia/Etihad*
- Affaire COMP/M.7541 du 14 juillet 2015 — *IAG/Aer Lingus*

1.2.2.2 Contrôle des ententes :

- Affaire COMP/39.596 du 14 juillet 2010 — *BA/AA/IB (British Airways/American Airlines/Iberia)*

1.2.3 Autres documents publics :

- Livre vert de la Commission du 11 décembre 2001 sur la révision du Règlement (CEE) n°4064/89 du Conseil
- Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, Journal officiel n° C 031, 5 février 2004
- Communication consolidée du 10 juillet 2007 sur la compétence de la Commission en vertu du règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises
- Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentration entre entreprises, Journal officiel n° C 265, 28 novembre 2007
- Brochure : « *Compliance matters — What companies can do better to respect EU competition rules* », 2012
- Document de consultation de la Commission du 25 juin 2013, « *Towards more effective EU merger control* »

— « *EU Competition Law : Rules Applicable to Merger Control* », situation as at 1st July 2013 (Provisions of the Treaty, General Rules, Notices and Guidelines, EEA Agreement, Cooperation among EU Nation Competition Authorities and with third countries, Best Practice Guidelines and Practical Information)

— Livre blanc de la Commission du 9 juillet 2014 : « *Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE* »

1.3 Tribunal de l'Union Européenne

1.3.1 Arrêts :

— Trib. CE, 4 juillet 2006, aff. T-177/04, *easyJet Airline c/ Commission*

— Trib. UE, 6 juillet 2010, aff. T-342/07, *Ryanair Holding Plc c/ Commission*

— Trib. UE, 6 juillet 2010, aff. T-411-07, *Aer Lingus Group plc c/ Commission*

— Trib. UE, 13 mai 2015, aff. T-162/10, *Niki Luftfahrt GmbH c/ Commission*

2. Autorités Nationales de Concurrence

2.1 Autorité Nationale de la Concurrence — France

2.1.1 Décisions :

— Décision n°09-DCC-17 du 7 juillet 2009 relative à la prise de contrôle conjoint de la société Financière *LMP SAS* par les sociétés Financières *Linair SAS* et *Brit Air SA*

— Décision n°13-DCC-10 du 25 janvier 2013 relative à la prise de contrôle exclusif de la société *Airlinair SA* par la société *Air France-KLM*

2.1.2 Autres documents publics :

— Document cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de la concurrence

— Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations du 10 juillet 2013

2.2 Autorité Belge de la Concurrence — Belgique

2.2.1 Décision :

— Décision n°2004-C/C-69 du 24 décembre 2004, *SN Airholding II/Virgin Express.*, Affaire Conc-C/C-04/0064

2.3 Autorité Nationale de Concurrence — Bundeskartellamt (Allemagne)

2.3.1 Décision :

— Décision n°B9-147/00, 19 septembre 2001, *Lufthansa/Eurowings*

2.4 Autorité Nationale de Concurrence — Office of Fair Trading / Competition Commission (Royaume-Uni)

2.4.1 Décision :

— Office of Fair Trading, 15 juin 2012, *Ryanair Holding plc/Aer Lingus Group plc*, ME/4694/10

VI — Autres Documents

— Air France and KLM, June 2010, « *Competition Law Compliance Manual* » (https://www.unglobalcompact.org/system/attachments/16594/original/AF-KL_competition_law_compliance_manual_2010.pdf?1342614824)

TABLES DES MATIÈRES

INTRODUCTION	p. 5
PARTIE I — Le contrôle conjoint des concentrations par la Commission Européenne et les Autorités Nationales de Concurrence	p. 15
TITRE I — La volonté de la Commission Européenne de mettre en avant les Autorités Nationales de Concurrence pour effectuer le contrôle des concentrations	p. 17
CHAPITRE I — La décentralisation du contrôle des concentrations : Les Autorités Nationale de Concurrence au premier plan	p. 18
SECTION I — Le règlement n°139/2004 : clef de voûte du contrôle européen des concentrations	p. 18
SECTION II — La répartition des affaires entre la Commission Européenne et les Autorités Nationales de Concurrence	p. 23
SECTION III — La procédure d'étude d'une concentration par la Commission Européenne	p. 27
CHAPITRE II — Le Réseau Européen de la Concurrence	p. 31
TITRE II — L'appréciation de l'opération de concentration par la Commission Européenne et les Autorités Nationales de Concurrence	p. 35
CHAPITRE I — La détermination du marché pertinent dans le cadre d'une opération de concentration du secteur aérien	p. 36

SECTION I — La méthode suivie par la Commission Européenne et les autorités Nationales de Concurrence pour déterminer le marcher pertinent applicable	p. 36
SECTION II — L’approche point d’origine/point de destination	p. 38
SECTION III — L’approche en réseau	p. 42
CHAPITRE II — Les moyens mis en oeuvre par les Autorités Nationales de Concurrence et par la Commission Européenne pour procéder à la vérification de la compatibilité de l’opération de concentration entre compagnies aériennes	p. 49
SECTION I — Le test du marché	p. 49
SECTION II — Les éléments caractéristiques d’une atteinte à la concurrence	p. 55
PARTIE II — Le contrôle européen des concentrations d’entreprises aérienne par la Commission Européenne : Entre exigence de protection du libre jeu de la concurrence et insuffisance du contrôle	p. 63
TITRE I — L’interdiction de l’opération de concentration : la dernière volonté de la Commission Européenne	p. 65
CHAPITRE I — L’élaboration par les compagnies aériennes de programmes de conformité au droit de la concurrence européen	p. 66
SECTION I — L’effet bénéfique d’un programme de conformité au droit de la concurrence sur l’entreprise	p. 66
SECTION II — Les programmes de conformité au droit de la concurrence à destination des compagnies aériennes	p. 70

CHAPITRE II — La possibilité pour les compagnies aériennes de proposer des mesures correctrices lorsque l'opération de concentration porte atteinte à la concurrence — p. 75

SECTION I — Les différentes propositions des compagnies aériennes pour remédier à l'atteinte à la concurrence — p. 75

SECTION II — La possibilité pour la Commission Européenne de déclarer une opération de concentration valide même si l'opération porte atteinte à la concurrence : l'exception de l'entreprise défaillante — p. 81

CHAPITRE III — L'interdiction de l'opération de concentration : quel recours ? — p. 87

SECTION I — Le Tribunal de l'Union Européenne comme juge de la légalité des décisions de la Commission Européenne — p. 87

SECTION II — Le recours en annulation des compagnies aériennes contre les décisions de la Commission Européenne : un recours illusoire — p. 89

TITRE II — Le contournement du droit applicable en matière de concentration par les compagnies aériennes : La nécessaire refonte du règlement de 2004 — p. 93

CHAPITRE I — La prise de participation minoritaire par une compagnie aérienne dans une autre compagnie aérienne : un contrôle qui échappe à la Commission Européenne — p. 94

SECTION I — Les prises de participations minoritaires de compagnies aériennes européennes dans d'autres compagnies aériennes — p. 94

SECTION II — Les prises de participations minoritaires de compagnies aériennes extra-européennes dans des compagnies aériennes européennes — p. 100

CHAPITRE II — L'infime frontière entre la concentration et d'autres pratiques anticoncurrentielles — p. 111

SECTION I — Quand l'alliance se confond avec la concentration : le cas des ententes — p. 111

SECTION II — Quand l'alliance se confond avec la concentration : le cas des entreprises communes — p. 118

BIBLIOGRAPHIE — p. 124

TABLE DES MATIÈRES — p. 136