

**LE JUGE NATIONAL ET LES PROCEDURES ADMINISTRATIVES  
EUROPEENNES COMPOSITES EN MATIERE DE CONTROLE  
DES CONCENTRATIONS : NOTE SUR L'ORDONNANCE DE  
REFERE DU CONSEIL D'ETAT FRANÇAIS DU 1ER AVRIL 2021,  
GRAIL/ILLUMINA**

Ninon FORSTER<sup>1</sup>

---

**INDEX**

**1. INTRODUCTION**

**2. LE STATUT EUROPEEN DE L'ACTE NATIONAL DE RENVOI  
DETERMINE INDEPENDAMMENT DE SES EFFETS JURIDIQUES**

*1.1 Le caractère non détachable d'une procédure européenne composite*

*1.2 L'indifférence des effets juridiques propres à l'acte de renvoi*

**3. LA COMPETENCE EXCLUSIVE DES INSTITUTIONS EUROPEENNES  
POUR CONTROLER L'ACTE DE RENVOI**

*3.1 Une procédure menée par la Commission européenne*

*3.2 Une procédure menée sous le contrôle de la Cour de justice de l'Union  
européenne*

---

<sup>1</sup> Maîtresse de conférences, Université Rennes 2, LIRis

## 1. INTRODUCTION

La progression de l'intégration européenne a conduit à développer des formes d'administration composée favorisant la multiplication des relations entre administrations européenne et nationale. Face à ce phénomène, les juridictions nationales modèlent les contours de leur office en tenant compte de la répartition des pouvoirs entre les autorités nationales et les institutions, organes et organismes de l'Union européenne. Tel est le rôle que s'est assigné le Conseil d'État français dans son ordonnance de référé du 1<sup>er</sup> avril 2021<sup>2</sup>, à l'occasion de laquelle il s'est prononcé, pour la première fois, sur sa compétence pour contrôler la légalité d'une demande de renvoi de l'examen du contrôle d'une concentration, fondée sur l'article 22 du règlement 139/2004 (ci-après le « règlement concentration »)<sup>3</sup>, par l'Autorité française de la concurrence à la Commission européenne (ci-après « la Commission »).

À titre préliminaire, il n'est superflu pour comprendre les tenants et aboutissants de cette affaire de rappeler les procédures et les règles qui encadrent le contrôle des concentrations. Une concentration est une opération par laquelle plusieurs entreprises fusionnent pour donner

---

<sup>2</sup> Conseil d'État, Juge des référés, 1<sup>er</sup> avril 2021, 450878, ECLI:FR:CEORD:2021:450878.20210401.

<sup>3</sup> Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JOUE* 29 janvier 2004, L 24/1 ; ce règlement constitue aujourd'hui « le siège du dispositif européen de contrôle des opérations de concentration » ; v. N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, LGDJ, 2020, p. 502.

naissance à une nouvelle entreprise (fusion), à celle par laquelle une entreprise en rachète une autre (acquisition), ou à celle dans laquelle deux entreprises créent une entreprise commune. Les concentrations d'entreprises ne sont pas interdites hormis lorsqu'elles ont pour effet de fausser la concurrence sur le marché en créant ou en renforçant une position dominante. Or, lorsque tel risque se présente, l'architecture générale du contrôle des concentrations sur le territoire de l'Union européenne s'effectue au niveau national et au niveau européen. La répartition du pouvoir de contrôle se fait conformément au principe de « guichet unique », selon lequel relève du contrôle exclusif de la Commission les opérations de concentration revêtant une « dimension communautaire », c'est-à-dire dont le chiffre d'affaires des entreprises concernées dépasse les seuils maintenus par le règlement concentration. Dans ce cas, les autorités nationales sont automatiquement dessaisies et l'opération est soustraite du champ d'application des règles nationales du droit de la concurrence. *A contrario*, à défaut de dimension communautaire, la compétence de contrôle appartient aux autorités nationales lesquelles appliquent le droit national de la concurrence. Le contrôle des concentrations est ainsi effectué, conformément au principe de subsidiarité, à l'échelon le plus pertinent.

Néanmoins, le règlement concentration prévoit quelques soupapes de flexibilité dans l'application du principe du guichet unique. Parmi elles, l'article 22 de ce règlement, dit « clause hollandaise »<sup>4</sup>, prévoit une procédure permettant à un État membre de renvoyer à la

---

<sup>4</sup> Il existe depuis le premier règlement relatif au contrôle de concentration, mais au fur et à mesure des années, les justifications de son utilisation ont évolué : à l'origine, il était le moyen de remédier à l'absence de dispositif national de contrôle des concentrations aux Pays-Bas, ce qui lui a valu le surnom de « clause hollandaise ». Par la suite, il a permis de rationaliser la procédure de contrôle des concentrations en évitant la multiplication des notifications aux autorités nationales lorsqu'une concentration pouvait faire l'objet d'un contrôle devant plusieurs autorités nationales. Aujourd'hui, il permet en plus à la Commission de contrôler des concentrations nationales dites « hors seuils ».

Commission une opération de concentration qui n'est pas de dimension communautaire<sup>5</sup>, mais qui affecte le commerce entre États membres et menace d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire du ou des États membres qui formulent cette demande. La Commission intervient alors pour le compte du ou des États membres ayant sollicité son intervention et examine les effets de la concentration à l'intérieur du territoire du ou des États membres en question, en appliquant les règles de droit de l'Union européenne, ceci « indépendamment des seuils de contrôle nationaux ».

L'intérêt de l'utilisation de la clause hollandaise a été mis en lumière depuis avril 2021. La Commission a fait de cette procédure un instrument de lutte contre les pratiques des acquisitions prédatrices ou consolidantes (*Killer acquisitions*)<sup>6</sup>. Ces dernières consistent pour une grande entreprise à acquérir des entreprises innovantes avant qu'elles n'aient valorisé leur création, afin soit de brider leur innovation pour qu'elles ne deviennent pas un concurrent sur le marché (acquisition prédatrice), soit d'en profiter pour renforcer leur position sur le marché (acquisition consolidante). Ces pratiques se développent de plus en plus, notamment dans les secteurs du numérique, pharmaceutique et biotechnologique. Jusqu'ici, ces concentrations échappaient aux règles nationales et européennes du droit de la concurrence, dans la mesure où les entreprises cibles n'atteignaient pas les seuils de chiffre d'affaires

---

<sup>5</sup> Sont considérées de dimension communautaire les concentrations d'entreprises dont le chiffre d'affaires mondial cumulé des entreprises concernées dépasse 5 milliards d'euros et que le chiffre d'affaires réalisé dans l'UE par au moins deux des entreprises concernées dépasse 250 millions d'euros.

<sup>6</sup> « *We need to calibrate our merger rules regularly, to make sure they stay focused in the right place* ». M. Vestager, « The Future of EU merger control », discours du 11 septembre 2020 à l'occasion de la 24<sup>e</sup> conférence annuelle de l'International Bar Association, <https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/future-eu-merger-control>

suffisant pour entrer dans le champ d'application des opérations soumises à un contrôle. Mais, la situation a changé depuis que la Commission a adopté une lecture renouvelée de l'article 22 du règlement concentration<sup>7</sup>. Alors que cette dernière refusait d'utiliser la clause hollandaise pour des concentrations qui n'atteignaient pas les seuils nationaux de contrôlabilité, elle accepte désormais de le faire<sup>8</sup>. L'intérêt de ce renvoi s'inscrit dans la dynamique d'une politique plus générale de la Commission qui se compose d'un ensemble de mesures prises pour renforcer ses pouvoirs de contrôle du marché intérieur, dans le but d'assurer le libre jeu de la concurrence, mais aussi, en creux, celui de protéger les intérêts économiques de l'Union européenne en luttant contre l'acquisition d'actifs et d'entreprises

---

<sup>7</sup> Jusqu'à récemment, afin d'éviter que des opérations de concentrations puissent faire l'objet d'un contrôle par la Commission alors même qu'elles n'atteignaient ni les seuils de contrôlabilité nationaux et *a fortiori* les seuils communautaires, l'institution restreignait le champ d'application du mécanisme en acceptant le renvoi d'opérations qui franchissaient les seuils de notification au niveau national d'au moins un État membre. Mais, depuis la mi-2021, la Commission accepte de recevoir les renvois opérés par des autorités nationales de la concurrence concernant des opérations de concentration qui méritent d'être examinées au niveau de l'Union européenne, même lorsque les concentrations en cause sont en dessous des seuils nationaux de contrôlabilité. Plus encore, la Commission encourage les autorités nationales à lui renvoyer les opérations pour lesquelles elle n'est pas, par principe, compétente. La Commission fait ainsi du renforcement de la coopération avec les autorités nationales l'arme privilégiée contre la pratique des acquisitions prédatrices ou consolidantes.

<sup>8</sup> V. Orientations de la Commission concernant l'application du mécanisme de renvoi établi à l'article 22 du règlement sur les concentrations à certaines catégories d'affaires 2021/C 113/01 ; communication consolidée 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, *JOUE C* 43/10.

européens stratégiques<sup>9</sup>. Cette volonté est d'ailleurs renforcée avec la survenance de la crise de la Covid-19 qui a mis en lumière la nécessité de renforcer l'autonomie économique et stratégique de l'Union européenne.

Or, cette nouvelle utilisation de la clause hollandaise n'est pas sans effets juridiques sur les entreprises : en précisant que la procédure de renvoi d'une opération de concentration à la Commission est ouverte à tout État membre indépendamment des seuils de contrôle nationaux, cette procédure réintroduit la possibilité d'exercer un contrôle sur une opération qui n'atteignant pas les seuils nationaux de contrôlabilité aurait échappé à tout contrôle. Dès lors, il était prévisible que les entreprises dont les opérations faisaient l'objet d'un tel renvoi contesteraient l'utilisation de cette procédure.

Tel fut le cas dans l'affaire *Grail/Illumina*, à l'occasion de laquelle des entreprises parties à une concentration ont saisi le juge administratif français pour contester le renvoi de l'examen de leur opération de concentration à la Commission. L'entreprise américaine Illumina, leader mondial du séquençage génomique souhaite acquérir l'entreprise de biotechnologie Grail, laquelle développe des tests innovants dans le dépistage du cancer. Après une analyse

---

<sup>9</sup> S. Robert-Cuendet, « Lutte contre les « killer acquisitions » de start-up » : la Commission européenne renforce le droit européen de la concurrence », *blog du Club des juristes*, <https://blog.leclubdesjuristes.com/lutte-contre-les-killer-acquisitions-de-start-up-la-commission-europeenne-renforce-le-droit-europeen-de-la-concurrence/>: « Il s'agit pour la Commission européenne de rompre avec le libéralisme naïf dont se défendait déjà l'ancien président Juncker [...] L'adoption en 2019 du Règlement établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union afin de lutter contre les « acquisitions prédatrices » d'actifs européens stratégiques et plus récemment le projet de règlement sur les subventions étrangères ayant un effet de distorsion sur le marché intérieur (mai 2021) participent, avec la nouvelle politique relative aux concentrations, à la transition vers un libéralisme maîtrisé ».

préliminaire, l’Autorité française de la concurrence a demandé à la Commission d’examiner le dossier, considérant que les critères de l’affectation du commerce entre États membres et l’affectation significative de la concurrence sur le territoire français étaient remplis<sup>10</sup>. Illumina et Grail ont alors formé un recours en référé-suspension devant le Conseil d’État français, faisant valoir, entre autre, que ce renvoi méconnaissait le principe du contradictoire, les droits de la défense et le principe de sécurité juridique.

Avant de se prononcer sur le fond de l’affaire, le Conseil d’État français devait se poser la question de savoir si le juge administratif français était compétent pour se prononcer sur la légalité de la demande de renvoi de l’Autorité de la concurrence. La difficulté de la situation tient à ce que le mécanisme de la clause hollandaise relève d’une procédure complexe de coadministration entre les institutions européennes et les autorités nationales qui s’inscrit dans la catégorie des procédures dites « composites »<sup>11</sup>. Il s’agit d’hypothèses dans lesquelles des autorités nationales et européennes participent étroitement à l’adoption d’un acte soit national, soit de l’Union européenne, par exemple lorsqu’une décision est adoptée par une

---

<sup>10</sup>En particulier, « l’Autorité a constaté qu’Illumina était active en Europe, où elle commercialise des séquenceurs génomiques de nouvelle génération, qui sont largement utilisés, notamment par des laboratoires de recherche. Or ces produits constituent un matériel nécessaire pour permettre à Grail et à ses concurrents de développer leur activité dans le secteur des tests de détection du cancer. L’Autorité a estimé qu’à l’issue de l’opération Illumina pourrait rendre l’accès à ses séquenceurs plus complexes pour les concurrents de Grail sur le secteur, en augmentant leur prix ou en dégradant leur qualité ». V. Communiqué de presse de l’Autorité de la concurrence, « La Commission européenne ouvre une procédure d’examen du rachat de Grail par Illumina fondée sur la procédure de l’article 22 du règlement concentrations de 2004 », <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/la-commission-europeenne-ouvre-une-procedure-dexamen-du-rachat-de-grail-par>

<sup>11</sup> L. Feilhès, « Le concept d’opération complexe : Perspectives croisées de droit administratif et de droit de l’Union européenne », *RFDA*, 2020, p. 39 ; S. ALONSO DE LEON, *Composite Administrative Procedures in the European Union*, Madrid, Iustel, 2017, 430.

institution de l'Union européenne au terme d'une procédure qui nécessite l'adoption d'un acte par une autorité nationale. Tel est le cas en l'espèce, la Commission ne pouvant adopter une décision s'agissant de la conformité d'une concentration qu'après que l'État membre ait décidé de lui renvoyer l'examen de l'opération en question.

Dans ce cadre, l'entremêlement procédural et normatif qui caractérise l'adoption de l'acte final rend complexe la détermination de la compétence contentieuse pour se prononcer sur la légalité de la décision intermédiaire : cette compétence appartient-elle au juge national ou au juge de l'Union européenne ? La réponse à cette question n'est pas évidente dans la mesure où, en principe, le juge national est compétent pour se prononcer sur la légalité des actes nationaux. Exclure sa compétence aurait donc pour conséquence de restreindre l'office du juge national. Cependant, ce faisant, le juge national serait en conformité avec la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, selon laquelle lorsqu'un acte national, quelle que soit sa qualification en droit interne, s'insère dans une « procédure administrative composite », l'effectivité du droit de l'Union européenne implique un contrôle uniforme de la légalité, lequel ne peut être effectué que par la Cour de justice de l'Union européenne<sup>12</sup>.

Le cœur de l'affaire présentée au Conseil d'État français porte donc sur la définition des frontières de l'office du juge national lorsqu'il est confronté au droit de l'Union européenne. Il traite ainsi de l'influence de ce droit sur le contrôle juridictionnel national. En ce sens, l'intérêt de l'étude de cette ordonnance dépasse le cadre français, dans la mesure où tous les juges nationaux des États membres peuvent être confrontés à des situations semblables, d'autant plus que les procédures dites composites ont tendance à se multiplier. S'agissant du contexte spécifique du contrôle des concentrations et de l'utilisation de la procédure de la clause hollandaise, des affaires semblables à celle présentée devant le Conseil d'État français

---

<sup>12</sup> CJUE, 19 décembre 2018, *Silvio Berlusconi*, aff. C-219/17, , ECLI:EU:C:2018:1023.



risquent d'arriver devant les prétoires des juridictions des autres États membres de l'Union européenne. En effet, la pratique des acquisitions prédatrices est un phénomène sans frontière auquel sont confrontés tous les systèmes nationaux de contrôle des concentrations<sup>13</sup>. Le mécanisme de l'article 22 constitue un instrument qui dispose de la flexibilité nécessaire pour cibler les opérations prédatrices et consolidantes auxquelles les États membres auront sûrement recours. Preuve en est, la Belgique, la Grèce, l'Islande, les Pays-Bas et la Norvège se sont joints à la demande de renvoi de l'autorité française de la concurrence s'agissant de la concentration entre les sociétés Grail et Illumina. Dès lors, la décision du Conseil d'État français constitue une première décision des juridictions nationales relative à la compétence de ces dernières s'agissant du contrôle de la légalité de cette procédure. Son étude a pour but d'expliquer et d'éclairer les règles qui régissent la répartition des compétences juridictionnelles entre les juges nationaux et la Cour de justice de l'Union européenne dans le cadre des procédures administratives composites et plus spécifiquement dans celle de la clause hollandaise.

Dans son ordonnance d'irrecevabilité, le Conseil d'État français considère que « le juge administratif national n'est pas compétent pour connaître d'un recours contre la décision de l'Autorité de la concurrence de renvoyer à la Commission une opération de concentration en dessous des seuils, et ce, quels que soient les effets d'un tel renvoi pour les entreprises concernées ». La décision du Conseil d'État montre que le droit de l'Union européenne peut être un facteur d'affaiblissement du contrôle juridictionnel de l'Union européenne. Ce dernier découle du statut européen de l'acte national, indépendamment de la prise en considération

---

<sup>13</sup> Document de travail des services de la Commission sur les conclusions de l'évaluation des aspects procéduraux et juridictionnels du contrôle des concentrations de l'UE, du 23 mars 2021, (SWD(2021) 67 final, [https://ec.europa.eu/competition/consultations/2021\\_merger\\_control/SWD\\_findings\\_of\\_evaluation.pdf](https://ec.europa.eu/competition/consultations/2021_merger_control/SWD_findings_of_evaluation.pdf)

des effets juridiques de ce dernier sur les entreprises (I) et, de la compétence de contrôle qui en découle qui ne peut être exercée que par les institutions européennes (II).

## **2. LE STATUT EUROPEEN DE L'ACTE NATIONAL DE RENVOI DETERMINE INDEPENDAMMENT DE SES EFFETS JURIDIQUES**

Le Conseil d'État fonde son incompétence pour se prononcer sur la suspension de la demande de renvoi sur le caractère non détachable de l'acte de renvoi par rapport à la procédure de la clause hollandaise (A), tout en soulignant l'absence de prise en considération des effets juridiques d'un tel renvoi (B).

### *1.1 Le caractère non détachable d'une procédure européenne composite*

Le motif principal de l'incompétence du juge administratif repose sur le caractère non détachable de la procédure d'examen de cette opération. À quoi fait référence cette notion d'acte non détachable ?

La Cour de justice, à maintes reprises, a précisé le rôle respectif des juridictions nationales et de la juridiction de l'Union européenne dans le cadre des procédures composites. Le statut de l'acte national découle de son lien avec la décision finale européenne et du partage des pouvoirs entre les autorités nationales et européennes dans l'adoption de cette dernière<sup>14</sup>. Plus précisément, le caractère détachable ou non détachable de l'acte national est déterminé en

---

<sup>14</sup> L. Feilhès, « Le concept d'opération complexe : perspectives croisées de droit administratif et de droit de l'Union européenne », *RFDA*, 2020, p. 39.

fonction de la marge d'appréciation dont dispose l'autorité européenne pour adopter la décision finale. La Cour de justice distingue deux situations : la première dans laquelle les autorités européennes ne peuvent vérifier ou corriger l'acte national intermédiaire ou déterminer le sens de la décision finale sans lui. Dans ce cas, le juge national est compétent pour se prononcer sur la légalité de l'acte national intermédiaire<sup>15</sup>. À l'inverse, la seconde situation est celle dans laquelle la décision nationale ne lie pas les autorités de l'Union européenne qui peuvent opérer un contrôle cette dernière. L'arrêt *Berlusconi*, illustre cette hypothèse puisque la Cour de justice reconnaît sa compétence pour contrôler de manière incidente la légalité des actes préparatoires adoptés par les autorités nationales dans le cadre du Mécanisme de surveillance unique<sup>16</sup>, la déniait corollairement aux juridictions nationales.

---

<sup>15</sup> Cette hypothèse est notamment présentée dans l'arrêt *Borelli*<sup>15</sup>, à l'occasion duquel la Cour de justice rappelle son incompétence pour statuer sur la légalité d'un acte pris par une autorité nationale, dès lors « qu'il résulte clairement de la répartition des compétences opérée dans le domaine considéré, entre les autorités nationales et les institutions communautaires, que l'acte pris par l'autorité nationale lie l'instance communautaire de décision et détermine, par conséquent, les termes de la décision communautaire à venir ». CJCE 3 décembre 1992, *Oleificio Borelli c/Commission*, aff. C-97/91, *Rec. p.* I-6313, , ECLI:EU:C:1992:491, point 52.

<sup>16</sup> Plus précisément, il s'agit des procédures d'octroi et de retrait d'agrément bancaires et des participations qualifiées caractéristiques du système européen de supervision bancaire. V. CJUE, 19 décembre 2018, *Silvio Berlusconi*, aff. C-219/17, , ECLI:EU:C:2018:1023, J.-P. Kovar et J. Lasserre Capdeville, « MSU et contrôle des acquisitions de participation qualifiée », *Revue Banque*, février 2019, n° 829, pp. 90-92 ; S. Lefèvre, M. Prek, « Le contentieux de la surveillance prudentielle des établissements de crédit devant le tribunal de l'Union européenne », *JDE*, 2019, vol 3, n° 257, pp. 99-106 ; D. Simon, « Compétences respectives de la CJUE et des juridictions nationales », *Europe*, n° 2, février 2019, comm. 68 ; J. Rondu, « Le contrôle juridictionnel des décisions adoptées à l'issue d'une procédure administrative composite : Réflexions sur l'arrêt de grande chambre Silvio Berlusconi »,

L'acte national est alors considéré comme non détachable de la procédure européenne en ce qu'il constitue une « étape nécessaire d'une procédure d'adoption d'un acte de l'Union »<sup>17</sup>.

Le Conseil d'État a développé une jurisprudence en adéquation avec celle de la Cour de justice, notamment dans le contentieux des aides d'État. Le juge administratif français affirme son incompétence pour contrôler la légalité d'une décision de notification d'une aide d'État à la Commission en se fondant sur son caractère « non détachable » de la procédure d'examen menée par la Commission<sup>18</sup>. Dans cet arrêt, le Conseil d'État distingue l'acte par lequel une autorité nationale décide de notifier une aide d'État et celui par lequel elle décide de ne pas renvoyer l'examen d'une telle aide à la Commission. Dans le premier cas, l'acte ne peut faire l'objet d'un contrôle de légalité par le juge administratif, l'État membre ne disposant pas du pouvoir décisionnel final. *A contrario*, dans le second cas, le Conseil d'État est compétent pour contrôler l'acte national, car l'État membre dispose d'un pouvoir décisionnel. Le Conseil d'État précise alors que : « la décision par laquelle le Premier ministre ou un ministre refuse de notifier un texte au titre de la réglementation communautaire des aides d'État se rattache à l'exercice par le Gouvernement d'un pouvoir

---

*RTD eur.*, octobre-décembre 2019, n° 4, pp. 853-867 ; A. Rouaud, « Recours contre les actes pris par les autorités nationales dans le cadre du MSU », *RISF-IJFS*, 2019, n° 1, pp. 64-67 ; G. Hardy, *L'eupéanisation de la surveillance bancaire*, Thèse, Paris 2, 2021, 277 et suiv., p. 183.

<sup>17</sup> CJUE, Grd. ch., 19 déc. 2018, *Silvio Berlusconi, op. cit.*, point 43. V. également dans le même sens CJUE, 18 décembre 2007, *Suède c/Commission*, aff. C-64/05, P, *Rec.* p. I -11389, ECLI:EU:C:2007:802, points 93 et 94, *AJDA* 2008. 240, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert.

<sup>18</sup> CE, ass. 7 novembre 2008, *Comité national des interprofessions des vins à appellations d'origine e. a.*, *AJDA* 2008 2484, chron. E. Geffray et S.-J. Liéber.

qu'il détient seul aux fins d'assurer l'application du droit communautaire et le respect des exigences inhérentes à la hiérarchie des normes »<sup>19</sup>. Le juge administratif a ainsi recours à la notion d'« acte de gouvernement », laquelle fait référence à un acte édicté par une administration qui bénéficie d'une totale immunité juridictionnelle pour des raisons essentiellement d'opportunité politique ou diplomatique. Ici, la décision de renvoi ayant pour effet de déclencher une procédure européenne de contrôle des concentrations, l'utilisation de cette notion doit être comprise comme permettant d'assurer le respect des engagements européens de la France « en comblant tout angle mort contentieux qui pourrait conduire à leur méconnaissance »<sup>20</sup>. Il ne s'agirait pas qu'un juge national puisse entraver la procédure européenne en remettant en cause la validité de l'acte national intermédiaire.

En l'espèce, le raisonnement du Conseil d'État est le même. L'acte national de renvoi de l'examen d'une concentration à la Commission sur le fondement de l'article 22 du règlement concentration s'inscrit dans le cadre de l'hypothèse où l'autorité nationale ne dispose pas de pouvoir pour adopter la décision finale, ce qui lui vaut le qualificatif d'acte non détachable. En effet, dans le cadre de la procédure de la clause hollandaise, la Commission n'est pas liée par la décision nationale de renvoi, elle peut toujours la refuser. Il lui appartient d'ailleurs de vérifier si ces conditions sont remplies<sup>21</sup>. Dans ce cadre, l'État membre n'a qu'un pouvoir de participation à la décision européenne, il ne fait que déclencher la procédure de renvoi, laquelle ne lie la Commission ni s'agissant de l'exercice de son pouvoir de contrôle, ni a

---

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> J. Sirinelli, « La soumission élargie de l'action des pouvoirs publics au respect de la légalité », in M. Blanquet, J. Teyssedre, *Cohérence et pluralité du contentieux administratif européen*, Cahiers Jean Monnet, n° 9, Editions des presses de l'université de Toulouse, 2021, p. 43.

<sup>21</sup> Voir *supra*, le 3.1 de cet article.

*fortiori*, sur la décision finale concernant la conformité de l'opération de concentration. Ce pouvoir limité de l'État membre est accru en l'espèce par le fait que la Commission avait formulé une requête invitant les États membres, sur le fondement du paragraphe 5 de l'article 22 du règlement de concentrations, à lui présenter une demande d'examen de l'opération d'acquisition de la société Grail par la société Illumina<sup>22</sup>. Néanmoins, même indépendamment d'une telle requête, le caractère non détachable aurait selon nous été reconnu dans la mesure où il découle d'un critère objectif unique, celui du pouvoir discrétionnaire des autorités européennes pour adopter l'acte final.

Précisons que le recours à la notion d'acte de gouvernement est en partie trompeur<sup>23</sup>. Il cache une réalité que l'on retrouve dans l'ordre juridique interne et qui dépasse ceux engagés par l'intégration européenne et les rapports de systèmes. Le Conseil d'État a recours dans d'autres occasions à la notion d'acte détachable pour justifier son incompétence, notamment en matière de saisine par les autorités administratives de l'autorité judiciaire ou pour les actions engagées auprès des autorités administratives indépendantes telle que l'autorité de la concurrence. Par exemple, s'agissant de la saisine du Conseil de la concurrence par le ministre chargé de l'Économie, le Conseil d'État reconnaît qu'il ne s'agit que d'un élément de la procédure qui permet aux autorités compétentes soit d'interdire l'opération de concentration, soit de l'autoriser et dès lors qu'elle a le « caractère d'un acte préparatoire et ne constitue pas par elle-même une décision susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir »<sup>24</sup>. Il souligne ainsi l'absence d'effets juridiques pour justifier son

---

<sup>22</sup> Point 5 de l'ordonnance sous commentaire.

<sup>23</sup> V. P. Binczak, « Acte de gouvernement », *Répertoire de contentieux administratif*, avril 2004, mise à jour octobre 2014.

<sup>24</sup> CE, 9 juillet 2003, *Société générale de brasserie*, Lebon 690, *AJDA* 2003, note S. Nicinski, *RFDA* 2004, concl. F. Séners. V. C. Mondou, A. Potteau, « Le contrôle par le juge

incompétence. En l'espèce, la situation est en partie similaire. Dans le cadre d'une procédure composite, telle que celle en l'espèce, l'incompétence du juge administratif ne découle pas seulement du « caractère non détachable de la conduite des relations internationales de la France »<sup>25</sup> ou de la nature particulière entretenue entre le pouvoir exécutif et les autres pouvoirs constitutionnellement reconnus dans l'ordre interne<sup>26</sup>, mais de ce que l'acte de renvoi n'est pas détachable de la procédure dont il constitue le premier acte et dont le contrôle relève des juridictions de l'Union européenne<sup>27</sup>, indépendamment de la prise en considération

---

administratif du pouvoir de notifier les aides d'État à la Commission européenne », *RFDA*, 2009, p. 123.

<sup>25</sup> Cette catégorie d'acte de gouvernement regroupe les mesures et les comportements du gouvernement au cours de la négociation et, plus généralement, l'ensemble des actes considérés comme non détachables de la conduite des relations internationales de la France V. par exemple CE, Assemblée, 7 novembre 2008, *Comité national des interprofessions des vins à appellations d'origine (CNIVAO) et autres*, n° 282920, p. 399, s'agissant de la décision de notifier un acte au titre des aides d'État à la Commission européenne.

<sup>26</sup> Cette catégorie d'acte de gouvernement recouvre les actes du gouvernement dans ses rapports avec le Parlement, les actes du Président de la République dans ses rapports d'ordre constitutionnel avec le gouvernement et certains actes de l'exécutif dans ses rapports avec le Conseil constitutionnel

<sup>27</sup> V. sur ce point les conclusions du Commissaire du gouvernement Emmanuel Glaser sur l'affaire CE, Assemblée, 7 novembre 2008, *Comité national des interprofessions des vins à appellations d'origine (CNIVAO) et autres*, n° 282920, p. 399, s'agissant de la décision de notifier un acte au titre des aides d'État à la Commission européenne, point 4. V. par exemple : CE, ass. 7 novembre 2008, *Comité national des interprofessions des vins à appellations d'origine e. a.*, *AJDA* 2008 2484, chron. E. Geffray et S.-J. Liéber ; CE, 9 juillet 2003, *Société générale de brasserie*, Lebon 690, *AJDA* 2003, note S. Nicinski, *RFDA* 2004,

---

de ses effets juridiques. À la différence des affaires qui relèvent exclusivement de l'ordre juridique interne, le juge administratif français ne dénie pas l'existence d'effet juridique que pourrait susciter le renvoi du contrôle d'une opération de concentration à la Commission, cependant, il décide délibérément de les ignorer au profit du respect de la répartition de la compétence juridictionnelle entre le juge national et la Cour de justice de l'Union européenne.

### ***1.2 L'indifférence des effets juridiques propres à l'acte de renvoi***

Derrière la notion d'acte non détachable, le Conseil d'État considère incidemment que l'acte national intermédiaire est un acte préparatoire, une décision qui se borne à marquer une étape dans un processus décisionnel et qui n'a pas d'autre effet juridique que d'ouvrir la voie à une décision à venir<sup>28</sup>. Il n'est pas susceptible d'un recours pour excès de pouvoir dès lors qu'il ne fait pas grief. Pourtant, l'État membre peut renvoyer de manière injustifiée l'examen de l'opération de concentration à la Commission, estimant à tort que cette dernière

---

concl. F. Séners ; C. Mondou, A. Potteau, « Le contrôle par le juge administratif du pouvoir de notifier les aides d'État à la Commission européenne », *RFDA*, 2009, p. 123.

<sup>28</sup> Dans le même sens v. CE, 9 juillet 2003, *Société générale de brasserie (Sogebra)*, Lebon 690, *AJDA* 2003, note S. Nicinski, *RFDA* 2004, concl. F. Séners. V. C. Mondou, A. Potteau, « Le contrôle par le juge administratif du pouvoir de notifier les aides d'État à la Commission européenne », *RFDA*, 2009, p. 123. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne est similaire sur ce point, v. notamment : CJUE, 11 novembre 1981, *IBM c/Commission*, aff. 60/81, EU:C:1981:264, point 12 ; CJUE, 13 octobre 2011, *Deutsche Post et Allemagne c/Commission*, aff. jtes C-463/10 P et C-475/10 P, EU:C:2011:656 ; v. également les conclusions de l'Avocat général Manuel Campos Sanches-Bordona présentées le 27 juin 2018 sur l'affaire CJUE, Grd. ch., 19 déc. 2018, *Silvio Berlusconi*, aff. C-219/17, EU:C:2018:502, points 73 à 79.



affecte le commerce entre États membres et menace d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire du ou des États membres qui formulent cette demande. Or, les irrégularités de l'acte de renvoi risquent de porter atteinte aux droits des particuliers.

C'est ce que mettent en avant les entreprises requérantes au soutien de leur demande de référé-suspension : selon elles, l'acte de renvoi a des effets juridiques propres indépendants de la décision finale lesquels porteraient atteinte au principe de sécurité juridique<sup>29</sup>, aux droits de la défense et au principe du contradictoire<sup>30</sup>.

Le principal de ces effets porte sur la modification des conditions procédurales du contrôle des concentrations. Conformément aux dispositions du règlement concentration, les entreprises sont soumises à une obligation de notification de l'opération à la Commission lorsqu'elle est de dimension européenne<sup>31</sup>. La notification doit avoir lieu avant la réalisation

---

<sup>29</sup> Selon les requérantes : « le principe de sécurité juridique en demandant l'examen d'une opération n'atteignant pas les seuils en termes de chiffre d'affaires au seul motif que cette opération serait susceptible de produire des effets anticoncurrentiels, alors que le renvoi de telles opérations, qui échappaient jusqu'à présent à tout contrôle *a priori*, devrait en tout état de cause être réservé à des cas dans lesquels le risque d'atteinte à la concurrence est à la fois manifeste et d'une particulière gravité ».

<sup>30</sup> Selon les requérantes : « la décision a été prise au terme d'une procédure irrégulière en l'absence d'information préalable des parties et de recueil de leurs observations sur un éventuel renvoi, en méconnaissance du principe du contradictoire et des droits de la défense garantis par les dispositions de l'article L. 121-1 du code des relations entre le public et l'administration et du point 344 des lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations ».

<sup>31</sup> Article 4 § 1 du règlement concentration.

de l'opération et après la conclusion de l'accord, de sa publication, ou de l'acquisition d'une participation de contrôle. Toute opération de concentration de dimension européenne ne peut être réalisée ni avant d'avoir été notifiée ni avant d'avoir été déclarée compatible par la Commission<sup>32</sup>. Or, l'utilisation de la procédure de l'article 22 impose un contrôle de l'opération de concentration en dehors de ce cadre procédural. Tout d'abord, le renvoi de l'examen du contrôle est déclenché par un État membre sans que les entreprises ne soient obligatoirement associées à la discussion concernant l'opportunité de ce renvoi. La menace que fait peser ce contrôle sur l'opération de concentration est d'autant plus forte qu'il peut intervenir alors même que l'opération a déjà eu lieu, ce qui n'est pas sans soulever des questions sérieuses en termes de sécurité juridique<sup>33</sup>. Ces dernières sont accentuées par les orientations sur l'application du mécanisme de renvoi prévu à l'article 22 du règlement concentration<sup>34</sup>, dans lesquelles la Commission annonce la possibilité d'examiner des opérations six mois après leur réalisation, voire même au-delà en l'absence de communication sur l'opération ou si la Commission considère qu'il s'agit d'un cas exceptionnel le justifiant. Certes, la Commission tiendra compte du temps écoulé depuis la clôture de l'opération pour accepter ou rejeter une demande de renvoi — elle affiche ainsi sa volonté de préserver le caractère *ex ante* du mécanisme — néanmoins, dans le cadre de son contrôle, elle pourra tout de même imposer des engagements comportementaux ou structurels

---

<sup>32</sup> *Ibid.* Article 7 § 1 du règlement 139/2004.

<sup>33</sup> A. Ronzano, « Renvoi : la Commission européenne publie ses orientations sur l'application du mécanisme de renvoi prévu à l'article 22 du règlement sur les concentrations et lance une première consultation sur l'élargissement de la procédure simplifiée », *Concurrences*, n° 2-2021, n° 99945.

<sup>34</sup> Comm. eur., 26 mars 2021, SWD(2021) 66 final, « Orientations de la Commission concernant l'application du mécanisme de renvoi établi à l'article 22 du règlement sur les concentrations à certaines catégories d'affaires », point 21.

dans le cas des concentrations qui posent problème<sup>35</sup>. Plus encore, en cas de décision d'incompatibilité, les parties pourront être enjointes à prendre des mesures de déconcentration avec les conséquences économiques importantes qu'elles peuvent emporter.

Pour pallier ces difficultés, la Commission précise qu'en pratique les entreprises pourront volontairement fournir des informations sur les opérations qu'elles envisagent dans le cadre d'une « prénotification informelle »<sup>36</sup>. Le cas échéant, la Commission pourra leur indiquer rapidement qu'elle considère ou non que leur concentration constitue un « bon candidat » pour un renvoi au titre de l'article 22. Par ailleurs, dès qu'une demande de renvoi est envisagée, la Commission en informe les parties à l'opération, qui, dès lors, même si elles n'y sont pas tenues, sont instamment invitées à retarder la mise en œuvre de l'opération jusqu'à ce qu'il ait été décidé si une demande de renvoi sera faite<sup>37</sup>. Mais, malgré ces précisions, il est aisé de percevoir les conséquences importantes d'une décision de renvoi sur les droits des entreprises.

En outre, le renvoi de l'examen de la concentration à la Commission, en plus de dessaisir les autorités nationales, a pour effet de modifier le régime juridique applicable au contrôle de cette concentration. Ce ne sera pas le droit national de la concurrence qui sera appliqué, mais le droit européen, tel qu'il résulte du règlement concentration et de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Bien que les droits nationaux de la concurrence sont largement inspirés du droit de l'Union européenne, « toutes les divergences aussi bien

---

<sup>35</sup> Article 8 du règlement concentration.

<sup>36</sup> Comm. eur., 26 mars 2021, SWD(2021) 66 final, « Orientations de la Commission concernant l'application du mécanisme de renvoi établi à l'article 22 du règlement sur les concentrations à certaines catégories d'affaires », point 24.

<sup>37</sup> *Ibid.*, point 27.

minimes que majeures entre les régimes en question [...] peuvent avoir un impact décisif pour les entreprises parties à la concentration »<sup>38</sup>.

Malgré ces effets, le Conseil d'État s'en tient à l'orthodoxie du contentieux de la légalité en considérant que, « quels que soient les effets d'une telle demande pour les entreprises concernées, le juge administratif n'est pas compétent pour connaître d'une contestation dirigée contre cette demande de renvoi ».

Malgré ses défauts, l'ordonnance du Conseil d'État français a le mérite de tenir compte des exigences de la répartition des compétences entre les juridictions nationales et européennes<sup>39</sup>. Peut-on considérer qu'elle crée une carence de protection juridictionnelle effective préjudiciable aux entreprises ? Comme nous le verrons par la suite, la réponse est *a priori* négative : l'incompétence du juge administratif n'a pas pour effet de priver les entreprises de tout recours juridictionnel effectif, mais de le placer au niveau de l'Union européenne. Comme le rappelle le Conseil d'État, l'appréciation de la légalité de la procédure de la clause hollandaise appartient exclusivement aux institutions de l'Union européenne. Mais encore faut-il que la Commission et la Cour de justice puissent tenir compte des effets juridiques propres de la demande de renvoi, ce dont on peut douter.

---

<sup>38</sup> M. Behar-Touchain, F. Bien, D. Théophile, S. Vande Walle, J. Vidal, « Les mécanismes de renvoi », in Dossier : « Vers un réseau européen du contrôle des concentrations », *Concurrences*, n° 3/2020, p. 15.

<sup>39</sup> Conclusions de l'Avocat général Jean Mischo sur l'affaire CJCE 21 mars 2000, *Greenpeace France c/Ministère de l'Agriculture et de la Pêche*, aff. C-6/99, *Rec. p. I-1651*, ECLI:EU:C:1999:587, *AJDA* 2000. 448, note H. Legal, note R. Romi ; *D.* 2001. 1358, obs. J.-C. Galloux

### **3. LA COMPETENCE EXCLUSIVE DES INSTITUTIONS EUROPEENNES POUR CONTROLER L'ACTE DE RENVOI**

Le Conseil d'État justifie son incompétence sur le constat selon lequel cette procédure de contrôle est menée par la Commission (A), sous le contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne (B).

#### ***3.1 Une procédure menée par la Commission européenne***

Suivant l'article 22 du règlement concentration, il appartient à la Commission de vérifier si les caractéristiques de l'opération nécessaires pour procéder au renvoi de son examen à la Commission sont remplies. Ces conditions sont fixées par le règlement concentration, complétées par les orientations adoptées le 31 mars 2021, relatives à l'application du mécanisme de renvoi établi à l'article 22 du règlement sur les concentrations à certaines catégories d'affaires<sup>40</sup>.

Suivant ces derniers, une demande de renvoi peut être formulée par un État membre dans les quinze jours après que l'opération a été portée à la connaissance de l'État membre concerné, si cette opération affecte le commerce entre États membres et qu'elle menace d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire du ou des États membres qui formulent cette demande<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> Orientations de la Commission concernant l'application du mécanisme de renvoi établi à l'article 22 du règlement sur les concentrations à certaines catégories d'affaires (2021/C 113/01), *JOUE* C 113/1, du 31 mars 2021.

<sup>41</sup> *Ibid.*

La première condition qui pourrait faire l'objet d'un examen porte sur les personnes susceptibles d'opérer le renvoi. À l'occasion du référé-suspension devant le Conseil d'État français, les entreprises requérantes ont contesté la compétence de l'Autorité de la concurrence pour procéder au renvoi de l'examen de l'opération de concentration au moyen que cette autorité ne pouvait être considérée comme un « État membre ». Bien que le juge administratif ne réponde pas à cet argument, une réponse doit être trouvée dans la jurisprudence du Tribunal de première instance des Communautés européennes. Il a précisé que pouvait être considéré comme émanant d'un État membre, la demande provenant d'un gouvernement, d'un ministère ou encore des autorités nationales de concurrence<sup>42</sup>. Il en résulte que ce point ne devrait pas faire polémique.

Une fois la demande formulée, la Commission informe les autres États membres « sans délai », afin qu'ils puissent se joindre au renvoi. La Commission dispose alors d'un délai de dix jours ouvrables pour décider d'examiner ou non la concentration<sup>43</sup>.

S'agissant des conditions du bien-fondé du renvoi, la Commission précise dans ses orientations la manière dont doivent être interprétées ces conditions en soulignant que ces critères garantissent que l'opération a un lien suffisant avec l'Union et le ou les États membres requérants. Le critère de l'affectation du commerce entre États membres doit être considéré comme rempli si la concentration envisagée a une influence perceptible sur les courants d'échanges entre États membres<sup>44</sup>. Quant au critère de l'affectation de la

---

<sup>42</sup> TPICE, 15 décembre 1999, *Kesko Oy c/Commission*, aff. T 22/97, ECLI:EU:T:1999:327, point 3.

<sup>43</sup> Article 22 § 3 du règlement concentration.

<sup>44</sup> *Ibid.*, § 14 : « En ce qui concerne le premier critère, la communication sur le renvoi des affaires explique qu'une concentration remplit cette condition lorsqu'elle est susceptible d'avoir une influence perceptible sur les courants d'échange entre États membres. La notion

concurrence sur le territoire du ou des États membres formulant la demande, il exige que l'État fournisse une analyse préliminaire démontrant qu'il existe un risque réel que l'opération ait une incidence négative significative sur la concurrence. Cette analyse peut inclure les considérations suivantes : la création ou le renforcement d'une position dominante de l'une des entreprises concernées, l'élimination d'une force concurrentielle importante du marché, y compris l'élimination d'un nouvel entrant ou d'un entrant futur ou la fusion entre deux innovateurs importants, la réduction de la capacité et/ou de l'incitation des concurrents à se faire concurrence, y compris en rendant leur entrée ou développement plus difficiles ou en entravant leur accès aux approvisionnements ou à certains marchés, la capacité et l'incitation à profiter d'une position de force sur un marché donné vers un autre marché, au moyen de ventes liées ou groupées ou d'autres pratiques d'éviction<sup>45</sup>. La Commission européenne précise en outre les autres facteurs qui devraient être pris en considération par la Commission et les États membres pour apprécier l'opportunité du renvoi. Elle explique que les cas qui devraient « normalement » faire l'objet d'un renvoi fondé sur l'article 22 sont ceux

---

d'« échanges » recouvre toutes les activités économiques transfrontières et englobe les cas dans lesquels l'opération affecte la structure concurrentielle du marché. La Commission appréciera en particulier si l'opération est susceptible d'avoir une influence, directe ou indirecte, réelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres. Parmi les facteurs spécifiques qui pourraient entrer en ligne de compte figurent la localisation des clients (potentiels), la disponibilité et l'offre des produits ou services en cause, la collecte de données dans plusieurs États membres, ou le développement et la mise en œuvre de projets de R&D dont les résultats, y compris les droits de propriété intellectuelle, pourraient, en cas de succès, être commercialisés dans plus d'un État membre.

<sup>45</sup> Orientations de la Commission concernant l'application du mécanisme de renvoi établi à l'article 22 du règlement sur les concentrations à certaines catégories d'affaires (2021/C 113/01), *JOUE C 113/1*, du 31 mars 2021, §§ 15 et 16.

dans lesquels le chiffre d'affaires d'au moins une des entreprises concernées ne reflète pas son « potentiel » concurrentiel actuel ou futur sur le marché.

S'agissant du renvoi de la concentration en cause dans l'affaire sous commentaire, la Commission a accepté la requête formulée par l'Autorité française de la concurrence<sup>46</sup> en se fondant sur certains de ces éléments. La Commission a souligné qu'Illumina était disposée à payer plus de sept milliards de dollars pour une entreprise qui n'avait pas encore généré de chiffre d'affaires. Selon elle, cela indiquait que l'importance concurrentielle de l'opération ne se reflétait pas dans les revenus de la cible. La Commission a conclu également que l'acquisition pourrait permettre à Illumina de restreindre l'accès ou d'augmenter les prix de la prochaine génération de séquenceurs ou de réactifs utilisés dans les tests de dépistage du cancer<sup>47</sup>. La concentration en cause entre donc dans la cible de la nouvelle politique de contrôle des concentrations de la Commission dans son discours du 11 septembre 2020 « *The future of EU merger control* ». À cette occasion, la commissaire européenne en charge de la politique de la concurrence admettant « qu'il existait chaque année une poignée d'opérations de concentration susceptible d'affecter sérieusement la concurrence, mais qui ne font pas l'objet d'un contrôle de la Commission parce qu'elles ne franchissent pas les seuils de contrôle européens, »<sup>48</sup> a pris à bras le corps le problème des acquisitions prédatrices ou consolidantes, ignoré jusqu'ici.

---

<sup>46</sup> La Commission a accepté d'examiner l'opération de concentration le 21 avril 2021. Plusieurs États membres de l'Espace économique européen (Belgique, Grèce, Islande, Pays-Bas et Norvège) se sont joints à cette demande.

<sup>47</sup> « Mergers: Commission to assess proposed acquisition of GRAIL by Illumina » ; Communiqué de presse de la Commission européenne, 20 avril 2021, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/MEX\\_21\\_1846](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/MEX_21_1846)

<sup>48</sup> A. Ronzano, « Réforme : la Commission européenne examine la question du contrôle des opérations d'acquisitions d'entreprises innovantes à haute valeur mais ne franchissant pas les



Face à la dimension supranationale du contrôle qui vient d'être présentée, le rôle des autorités nationales de la concurrence est restreint, l'idée même étant que le niveau le plus approprié pour contrôler ce type de concentration est supranational<sup>49</sup>. Enfin, il découle automatiquement du caractère européen du contrôle de l'opération, la compétence juridictionnelle de la Cour de justice de l'Union européenne.

### ***3.2 Une procédure menée sous le contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne***

Conformément à l'article 19, paragraphe 1 du traité FUE, la Cour de justice est chargée d'assurer « le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités ». La Cour de justice de l'Union européenne est la seule compétente pour constater l'invalidité d'une disposition du droit de l'Union ce qui implique corollairement que les juridictions nationales ne sont pas habilitées à déclarer invalides des actes du droit de l'Union européenne<sup>50</sup>. Cette compétence exclusive découle directement de l'interprétation de l'article 263 et 267 du traité FUE qui confère à la Cour de justice de l'Union européenne la compétence pour connaître des recours en annulation contre les actes des institutions qui

---

seuils de contrôle européens en raison d'un faible chiffre d'affaires », *Concurrences*, n° 4/2020.

<sup>49</sup>Un parallèle peut ici être fait avec le droit des pratiques anticoncurrentielles (*antitrust*) dans le cadre du réseau européen de concurrence.

<sup>50</sup> CJCE, 22, octobre 1987, *Foto-Frost*, aff. 314/85, *Rec.* p. 4199, EU:C:1987:452, point 14.

produisent des effets juridiques contraignants et des renvois préjudiciels en appréciation de validité<sup>51</sup>.

Cette compétence est justifiée par la nécessité de préserver l'unité et la cohérence du système juridique de l'Union européenne en évitant qu'un même acte fasse l'objet de décisions différentes lorsque sa validité est contestée devant plusieurs juridictions nationales<sup>52</sup>. Plus précisément, l'intérêt de l'application du droit de l'Union dans la situation où plusieurs autorités, nationales et européennes, interviennent dans un même processus, est d'attribuer un régime juridique cohérent aux actes qui le compose dans la mesure où « il appartient exclusivement à la Cour de justice de contrôler la légalité des décisions adoptées par [l'autorité européenne] ainsi que des actes des [autorités nationales] qui concourent à cette procédure administrative composite »<sup>53</sup>. La coexistence de voies de recours nationales à l'encontre des actes préparatoires des autorités des États membres comporterait le risque d'une divergence d'appréciation dans une même procédure, étant donné que le contrôle de la légalité de l'acte final des institutions relève du juge de l'Union européenne<sup>54</sup>. Dès lors, le principe de coopération loyale implique d'interpréter les dispositions du traité FUE relatif au contrôle de la légalité des actes de l'Union européenne<sup>55</sup> en ce sens qu'ils font obstacle à ce

---

<sup>51</sup> *Ibid.*

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> Conclusions de l'Avocat général M. Campos Sánchez-Bordona, présentées le 9 juillet 2019 sur l'affaire dans CJUE, 3 décembre 2019, *Iccrea Banca*, aff. C-414/18, EU:C:2019:574, point 55.

<sup>54</sup> F. Lagarde, E. Neframi, M. Mangemot, « Chronique de l'administration européenne », 2019, 1, n° 169, p. 280.

<sup>55</sup> Notamment l'article 263 TFUE.

que les juridictions nationales exercent un contrôle de légalité sur les actes d'ouverture, préparatoires ou de proposition non contraignante adoptés par les autorités nationales dans le cadre de procédures composites<sup>56</sup>.

Comment la Cour de justice contrôle-t-elle les actes nationaux intermédiaires dans le cadre d'une procédure composite ? Dans sa jurisprudence, la Cour de justice a précisé que le contrôle des actes s'inscrivant dans des procédures semblables à celle de la clause hollandaise « suppose nécessairement un contrôle juridictionnel unique, qui ne soit exercé, par les seules juridictions de l'Union, qu'une fois prise la décision de l'institution de l'Union mettant fin à la procédure administrative, décision qui seule est susceptible de produire des effets de droit obligatoires de nature à affecter les intérêts du requérant, en modifiant de façon caractérisée sa situation juridique »<sup>57</sup>. *A priori*, le recours en annulation contre l'acte national de renvoi ne devrait pas être recevable.

*Quid* de la décision de la Commission d'examiner l'opération de concentration renvoyée. Dans le cadre de l'affaire *Grail/Illumina*, l'entreprise Illumina a formé un recours en annulation contre la décision de la Commission d'accepter le renvoi de l'examen de l'opération de concentration à la Commission<sup>58</sup>. On peut douter de la recevabilité d'une telle requête. En droit de l'Union européenne, sont considérés comme des « actes attaquables » au sens de l'article 263 du traité FUE, « toutes dispositions adoptées par les institutions de l'Union, quelle qu'en soit la forme, qui visent à produire des effets de droit obligatoires »<sup>59</sup>. La Cour de justice de l'Union européenne considère qu'un « acte intermédiaire ou

---

<sup>56</sup> CJUE, 19 décembre 2018, *Silvio Berlusconi*, *op. cit.*, point 59.

<sup>57</sup> *Ibid.* point 49.

<sup>58</sup> Trib. UE, *Illumina c/Commission*, aff. T-227/21, affaire pendante.

<sup>59</sup> CJUE, Grd. Ch., 20 février 2018, aff. C-16/16 P, précitée, point 47.

préparatoire n'est pas susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation [...] dès lors qu'un tel acte ne produit pas des effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts des requérants, en modifiant de façon caractérisée leur situation juridique »<sup>60</sup>. Plus encore, lorsque l'adoption d'un acte s'effectue en plusieurs phases, ce qui est le cas dans de la procédure du contrôle des concentrations prévue à l'article 22 du règlement concentration, « seules constituent, en principe, des actes attaquables les mesures fixant définitivement la position de l'institution au terme de la procédure, à l'exclusion des mesures intermédiaires dont l'objectif est de préparer la décision finale »<sup>61</sup>.

Par exception, la Cour de justice a reconnu le principe de la recevabilité d'un recours en annulation formé contre un acte préparatoire qui aurait des « effets juridiques autonomes »<sup>62</sup>. Ce principe a été développé dans le domaine particulier des aides d'États, dans lequel, la décision d'ouverture de la procédure formelle d'examen à l'égard d'une mesure en cours d'exécution et qualifiée d'aide nouvelle par la Commission modifie la situation juridique des entreprises qui en sont bénéficiaires, notamment en ce qui concerne la poursuite de la mise en œuvre de cette mesure. Dans le cadre de la procédure de l'article 22, à la différence du droit des aides d'État, aucune mesure suspensive de l'opération ne peut être imposée, néanmoins, l'ouverture formelle de l'examen de l'opération devant la Commission fragilise

---

<sup>60</sup> Trib. UE, 7 septembre 2010, *Norilsk Nickel Harjavalta et Umicore c/Commission*, aff. T-532/08, *Rec.* p. II-3959, ECLI:EU:T:2010:35, points 93 et 94 ; Trib. UE, 11 juillet 2019, *BP/FRA*, aff. T-888/16, ECLI:EU:T:2019:493, point 215.

<sup>61</sup> CJCE, 11 novembre 1981, *IBM c/Commission*, aff. 60/81, EU:C:1981:264, point 10 ; Trib. UE, 27 novembre 2017, *Schwenk Zement c/Commission*, aff. T-907/16, ECLI:EU:T:2017:858, point 14.

<sup>62</sup> CJUE, 8 décembre 2011, *Deutsche Post c/Commission*, aff. T-421/07, *Rec.* p. II-8105, ECLI:EU:T:2015:65, points 49.

la situation juridique et financière des entreprises et par là même pourrait éventuellement constituer un effet juridique conduisant à reconnaître le caractère attaquant de la décision de la Commission d'examiner l'opération de concentration. Néanmoins, au vu de la jurisprudence actuelle, on peut douter que le Tribunal de l'Union européenne retienne une telle appréciation.

Ainsi, seule la décision finale sur la conformité de la concentration devrait pouvoir faire l'objet d'un recours. La Cour de justice précise d'ailleurs que « le recours introduit contre la décision mettant fin à la procédure assurera une protection juridictionnelle suffisante »<sup>63</sup>. Les éventuelles illégalités entachant un tel acte préparatoire doivent être invoquées à l'appui d'un recours dirigé contre l'acte définitif dont il constitue un stade d'élaboration<sup>64</sup>. Dès lors, la légalité de cette décision n'est susceptible d'être remise en cause que de façon incidente, à l'appui d'un recours dirigé contre les actes ayant mis fin à la procédure.

L'on peut douter de l'intérêt pour les entreprises de la reconnaissance *a posteriori* de l'illégalité du renvoi, notamment par rapport aux effets juridiques qu'elles contestent. Si ce n'est que cette illégalité pourrait être invoquée dans le cadre d'un recours en indemnité. Néanmoins, la question de l'imputabilité du fait générateur du dommage n'ayant pas été réglée dans le cadre d'une procédure composite, la question se pose de savoir si la charge indemnitrice pèserait ici sur les États membres ou sur la Commission et par là même quel

---

<sup>63</sup> Trib. UE, 27 novembre 2017, *Schwenk Zement c/Commission*, aff. T-907/16, ECLI:EU:T:2017:858, point 17

<sup>64</sup> CJCE, 11 novembre 1981, *IBM c/Commission*, aff. 60/81, EU:C:1981:264, point 12 : « il y a lieu d'observer que si des mesures de nature purement préparatoire ne peuvent en tant que telles faire l'objet d'un recours en annulation, les illégalités éventuelles qui les entacheraient pourraient être invoquées à l'appui du recours dirigé contre l'acte définitif dont elles constituent un stade d'élaboration ».

serait le juge compétent pour se prononcer sur la possibilité pour une entreprise d'obtenir l'indemnisation des préjudices causés par la mise en œuvre de cette procédure de renvoi.

Comme on le voit, le régime contentieux des procédures composites n'a pas fini d'interroger la répartition des compétences juridictionnelles entre les juges nationaux et le juge de l'Union européenne, l'enjeu étant pour les juges de préserver les intérêts juridiques des particuliers tout en ne remettant en pas en cause la structure juridictionnelle de l'Union européenne.