



Rapport final du conseiller-auditeur¹

Deutsche Börse / NYSE Euronext

(COMP/M.6166)

1. HISTORIQUE

1. Le 29 juin 2011, la Commission européenne a reçu notification, conformément à l'article 4 du règlement sur les concentrations², d'un projet de concentration par lequel les entreprises NYSE Euronext et Deutsche Börse (ci-après les «parties notifiantes») fusionnent au sens de l'article 3, paragraphe 1, point a), du règlement sur les concentrations. Le 4 août 2011, la Commission a ouvert la procédure conformément à l'article 6, paragraphe 1, point c), du règlement sur les concentrations.

2. PROCÉDURE ÉCRITE

2.1. Communication des griefs

2. Le 5 octobre 2011, la Commission a adressé une communication des griefs aux parties notifiantes en leur demandant d'y répondre au plus tard le 19 octobre.
3. Les parties notifiantes ont exprimé leur préoccupation que le délai imparti pour la proposition d'engagements sans déclencher de prolongation de la procédure conformément à l'article 10, paragraphe 3, (c'est-à-dire avant le cinquante-cinquième jour) ne tombe avant la date fixée à titre provisoire pour l'audition. Par la suite, elles sont convenues avec la Commission d'une prolongation de la procédure de sept jours ouvrables conformément à l'article 10, paragraphe 3, deuxième alinéa, du règlement sur les concentrations. J'ai par ailleurs décidé de prolonger jusqu'au 24 octobre 2011 le délai de réponse à la communication des griefs et de reporter l'audition des 24 et 25 octobre aux 27 et 28 octobre.

2.2. Accès au dossier

4. Les parties notifiantes ont pu accéder au dossier après la communication des griefs, initialement le 6 octobre 2011. Par la suite, elles ont eu accès au dossier à intervalles réguliers jusqu'à la consultation du comité consultatif, conformément au point 43 des bonnes pratiques en matière de concentrations³.

¹ En vertu des articles 16 et 17 de la décision 2011/695/UE du président de la Commission européenne du 13 octobre 2011 relative à la fonction et au mandat du conseiller-auditeur dans certaines procédures de concurrence (JO L 275 du 20.10.2011, p. 29) (ci-après le «mandat»).

² Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004, JO L 24 du 29.1.2004, p. 1 (ci-après le «règlement sur les concentrations»).

³ Bonnes pratiques de la DG Concurrence concernant le déroulement de la procédure communautaire en matière de contrôle des concentrations.

5. Les parties notifiantes ne m'ont saisi d'aucune demande concernant l'accès au dossier.

2.3. Demandes des tiers intéressés

6. Le nombre de personnes souhaitant participer à la procédure était exceptionnellement élevé. J'ai accordé le statut de tiers intéressé aux 23 entreprises et associations suivantes après que celles-ci ont justifié d'un intérêt suffisant au résultat de la procédure:

ACCOR S.A., Association belge des sociétés cotées, Association française des entreprises privées, Association for Financial Markets in Europe, Bank of New York Mellon, BNP Paribas Arbitrage, Chi-X Europe Ltd., [CONFIDENTIEL], LCH.Clearnet Group Limited, CME Group Inc., Euroclear Group, IMC Financial Markets, ICAP Securities Limited, IntercontinentalExchange Inc., Kyte Group Limited, London Stock Exchange Group plc, Nasdaq OMX Nordic OY, L'Oreal S.A., Robeco Groep N.V., [...]*, Solvay SA, ThromboGenics N.V., et Vlaamse Federatie van Beleggersclubs en Beleggers vzw.

7. Les parties notifiantes ont été informées de l'identité des entreprises auxquelles j'ai accordé le statut de tiers intéressé.

8. J'ai rejeté deux demandes de statut de tiers intéressé:

- la première émanait d'un particulier, [...]*. Stichting NYSE Euronext. Celui-ci n'a pas justifié d'un intérêt suffisant au résultat de la procédure conformément à l'article 18(4) du règlement sur les concentrations. Qui plus est, la relation entre Stichting NYSE Euronext et les parties notifiantes a suscité des doutes quant à la question de savoir si [...]* était bien un «tiers intéressé» au sens de l'article 18 du règlement sur les concentrations. J'ai informé [...]* de mon intention de rejeter sa demande et l'ai invité à faire connaître son point de vue, ce qu'il n'a pas fait. J'ai donc rejeté sa demande par décision formelle⁴;
- la seconde émanait de NEVIR (l'association néerlandaise des relations avec les investisseurs). Sur la base de la demande, j'ai estimé que l'association proprement dite ne justifiait pas d'un intérêt suffisant au résultat de la procédure de la Commission. Compte tenu de ses statuts, j'ai en outre estimé que l'association ne représentait pas les intérêts d'entreprises commerciales, mais ceux d'un groupe spécifique de professionnels, à savoir les spécialistes des relations avec les investisseurs, et j'avais des doutes sérieux que leurs intérêts particuliers fussent suffisamment affectés par la procédure au sens de l'article 18, paragraphe 4, du règlement sur les concentrations. J'ai informé l'association NEVIR de mon intention de rejeter sa demande et l'ai invitée à faire connaître son point de vue, ce qu'elle n'a pas fait. J'ai donc rejeté sa demande par décision formelle⁵.

* Certains passages du présent document ont été supprimés afin de ne pas publier d'informations confidentielles; ils figurent entre crochets et sont indiqués par un astérisque.

⁴ Conformément à l'article 5 du mandat. Au lieu de faire connaître son point de vue, M. de Larosière a fait une présentation dans le cadre de la délégation des parties notifiantes.

⁵ Conformément à l'article 5 du mandat.

9. Quelques autres demandeurs ont retiré leur demande initiale après s'être vu expliquer ce qu'elle impliquait – la plupart d'entre eux voulaient uniquement assister à l'audition en qualité d'observateurs – ou après avoir été invités à justifier davantage leur intérêt. Il convient de rappeler à cet égard que les tiers justifiant d'un intérêt suffisant ont le droit d'être entendus par écrit et ne peuvent participer à l'audition des parties que si la Commission le juge opportun, par exemple s'ils peuvent utilement contribuer à la clarification des faits pertinents du cas d'espèce⁶. Dix des 23 tiers intéressés ont effectivement exercé leur droit de présenter des observations écrites à la Commission après avoir reçu une version non confidentielle de la communication des griefs⁷.

3. PROCÉDURE ORALE

11. Les parties notifiantes ont sollicité une audition, qui a eu lieu les 27 et 28 octobre 2011 à Bruxelles.
12. Les participants suivants ont assisté à l'audition:
- les parties notifiantes et leurs conseillers;
 - les services concernés de la Commission;
 - des représentants des États membres;
 - une représentante du ministère américain de la justice, que j'ai autorisée à assister à l'audition à sa demande et après avoir obtenu l'accord des parties notifiantes; et
 - certains tiers intéressés.
13. J'ai rejeté une seule demande de participation à l'audition émanant d'un tiers intéressé pour les raisons suivantes. Premièrement, la demande n'a pas été présentée en temps utile (un jour et demi avant l'audition). Deuxièmement, le tiers n'avait pas participé à la procédure jusqu'à cette date. Il n'a présenté aucune observation à la Commission à la suite de la publication au Journal officiel de la notification⁸ ou de l'ouverture de la procédure⁹. Il n'a pas non plus répondu au questionnaire transmis par la direction générale de la concurrence de la Commission (ci après la «DG Concurrence») dans le cadre de son enquête de marché. D'une manière générale, j'ai estimé qu'il était peu probable que ce tiers contribue utilement à la clarification des faits pertinents lors de l'audition et j'ai donc rejeté sa demande de participation à l'audition. Il est également intéressant de noter que certains tiers intéressés autorisés à assister à l'audition ont ultérieurement retiré leur demande de participation en tant que tiers intéressés, préférant être entendus dans le cadre de la délégation des parties notifiantes¹⁰.

⁶ Voir article 16, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission du 7 avril 2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (JO L 133 du 30.4.2004, p. 1) et considérant 13 du mandat.

⁷ Conformément à l'article 16, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission.

⁸ JO C 199 du 7.7.2011, p. 9.

⁹ JO C 234 du 10.8.2011, p. 2.

¹⁰ Cela concerne cinq tiers intéressés.

4. PROCÉDURE APRÈS L'AUDITION

4.1. Engagements

14. Afin de remédier aux problèmes de concurrence relevés dans la communication des griefs, les parties notifiantes ont présenté des engagements le 17 novembre 2011 et une version révisée de ces engagements le 21 novembre 2011. La Commission a lancé une enquête de marché concernant ces engagements le 22 novembre 2011. Le 12 décembre 2011, les parties notifiantes ont présenté une seconde série d'engagements, qui ont ensuite été modifiés le 14 décembre 2011. L'enquête de marché sur cette seconde série d'engagements a été lancée les 14 et 15 décembre 2011.
15. Je n'ai reçu aucune plainte des parties notifiantes concernant les enquêtes de marché effectuées par la Commission au sujet des propositions d'engagements.

4.2. Autre question de procédure

16. Le 1^{er} décembre 2011, les parties notifiantes ont adressé une lettre à la DG Concurrence dans laquelle elles soutenaient que, lors d'une réunion tenue le 23 novembre 2011 en leur présence, l'équipe de l'économiste en chef de la DG Concurrence avait invoqué une série de nouveaux arguments qui ne l'avaient pas été jusqu'alors et avait fait référence à une autre analyse économique réalisée par ses soins.
17. La DG Concurrence a répondu par lettre du 8 décembre 2011 en expliquant les raisons pour lesquelles l'analyse présentée aux parties notifiantes le 23 novembre ne contenait ni ne constituait aucun élément de fait ou grief nouveau, et ne faisait qu'illustrer les arguments présentés dans la communication des griefs. Des explications plus complètes sur l'analyse économique présentée par l'équipe de l'économiste en chef ont été incluses dans la lettre et le procès-verbal de la réunion du 23 novembre a été joint à cette dernière, ainsi que le document auquel il a été fait référence lors de la réunion et qui comporte les codes Stata utilisés par l'équipe de l'économiste en chef pour son analyse. Un délai expirant le 13 décembre 2011, à 9 heures, a été imparti aux parties notifiantes pour la présentation d'éventuelles observations complémentaires.
18. Le 13 décembre 2011, à 17 h 40, les parties notifiantes ont répondu en réitérant que deux éléments contenus dans les analyses présentées par l'équipe de l'économiste en chef étaient nouveaux et ont exprimé de sérieuses réserves quant à leur capacité d'exercer leurs droits de la défense. Elles ont néanmoins fourni une analyse économique établie par leurs conseillers économiques commentant les analyses présentées par l'équipe de l'économiste en chef. Elles ont également présenté une version révisée du procès-verbal de la réunion du 23 novembre 2011.
19. La question de procédure susmentionnée appelle les observations suivantes. Premièrement, les lettres des parties notifiantes n'expliquaient pas les raisons pour lesquelles celles-ci n'étaient pas en mesure d'exercer effectivement leurs droits de la défense et pourquoi les explications de la Commission sur l'absence de tout nouvel argument ou grief auraient été insuffisantes. En effet, en présentant des observations écrites, elles ont pu faire connaître leur point de vue sur les éléments qui leur ont été présentés par l'équipe de l'économiste en chef le 23 novembre et qui étaient plus

amplement décrits dans la lettre de la Commission du 8 décembre. En outre, les parties notifiantes ne m'ont pas directement saisi de cette question. Bien qu'elles m'aient mis en copie des deux lettres susmentionnées, les parties notifiantes n'ont pas fait usage de la possibilité, prévue à l'article 3, paragraphe 7, du mandat du conseiller-auditeur, de porter tout problème concernant l'exercice effectif des droits procéduraux devant le conseiller-auditeur en vue d'un examen indépendant lorsque ce problème n'est pas réglé par la DG Concurrence. J'en déduis que les explications de la Commission sur l'absence de tout nouvel argument ou grief et la possibilité exercée par les parties notifiantes de présenter des observations écrites ont permis de régler la question. En conclusion, j'estime que les droits procéduraux des parties notifiantes ont été effectivement exercés en ce qui concerne ce point.

5. LE PROJET DE DÉCISION DE LA COMMISSION

20. Conformément à l'article 16 du mandat, le rapport final indique si le projet de décision ne retient que les griefs au sujet desquels les parties ont eu l'occasion de faire connaître leur point de vue.
21. Après avoir examiné le projet de décision, je considère que celui-ci ne retient aucun grief au sujet duquel les parties notifiantes n'ont pas eu l'occasion de faire connaître leur point de vue.

6. CONCLUSION

22. En conclusion, je considère que les parties notifiantes et les autres personnes associées à la procédure ont été en mesure d'exercer leurs droits procéduraux de manière effective dans cette affaire.

Bruxelles, le 19 janvier 2012

(signé)

Michael ALBERS