



**Conférence des Nations Unies  
sur le commerce  
et le développement**

Distr. limitée  
30 août 2010  
Français  
Original: anglais

---

**Sixième Conférence des Nations Unies  
chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble  
de principes et de règles équitables convenus  
au niveau multilatéral pour le contrôle  
des pratiques commerciales restrictives**

Genève, 8-12 novembre 2010

Point 6 a) de l'ordre du jour provisoire

**Examen de l'application et de la mise en œuvre de l'Ensemble**

**Loi type sur la concurrence (2010) – Chapitre VI**

## Loi type sur la concurrence (2010) – Chapitre VI

### *Objectifs ou buts de la loi*

*Contrôler ou éliminer les accords ou arrangements restrictifs entre entreprises, les fusions-acquisitions ou les abus de position dominante sur le marché, qui limitent l'accès au marché ou, d'une autre manière, restreignent indûment la concurrence, ayant des effets préjudiciables au commerce ou au développement économique sur le plan national ou international.*

## Commentaires du chapitre VI et formules différentes relevées dans des législations existantes

### Introduction

1. Les fusions-acquisitions font aujourd'hui partie intégrante de l'activité économique. Une distinction peut être établie d'un point de vue économique entre les différentes formes de fusion en fonction de leur raison d'être.
2. Les fusions industrielles sont entre autres dictées par: l'expansion géographique d'une société; la diversification de ses activités, de ses produits ou de ses services; la consolidation de la position qu'elle occupe sur le marché; un accroissement de sa productivité grâce aux économies d'échelle réalisées et au fait qu'elle peut produire des marchandises à un coût marginal moindre tout en fonctionnant à un niveau d'efficacité minimum. Ce type de fusion peut permettre à une entreprise d'avoir un meilleur accès aux capitaux, de renforcer ses capacités en matière de recherche-développement et de mieux utiliser ses compétences en matière de gestion. En outre, une fusion permet à une entreprise de sortir d'un marché donné parce qu'elle est sur le point de déposer son bilan ou qu'elle souhaite restructurer ses activités.
3. D'autre part, les fusions-acquisitions peuvent être réalisées uniquement à des fins d'investissement. Ainsi, des fonds de capital-investissement et des banques d'investissement acquièrent des sociétés dans le but, à court terme, d'accroître les revenus de leurs actionnaires et, à moyen terme, de revendre la société ou une partie de celle-ci en enregistrant des bénéfices.
4. La plupart des fusions ne nuisent pas à la concurrence. Elles peuvent toutefois dans certains cas modifier la structure du marché d'une façon telle que cela peut engendrer des problèmes de concurrence. L'entité issue de la fusion peut par exemple renforcer sa position de force sur le marché et faire face à une concurrence limitée, ce qui lui permet de restreindre la production et d'augmenter les prix. Le contrôle des fusions vise alors à répondre aux préoccupations en matière de concurrence que suscitent de telles fusions en prévenant la création, par des acquisitions ou d'autres regroupements structurels, d'entreprises qui voudront peut-être et pourront exercer une position de force sur le marché.
5. Bien que la plupart des régimes de concurrence du monde comportent des dispositions prévoyant un contrôle des fusions, la teneur et l'application de ces dispositions varient d'une juridiction à l'autre. Des différences dans la façon dont les diverses législations en matière de concurrence traitent les fusions ont été relevées au niveau, entre autres:

- Des dispositions législatives et de la politique d'application ayant trait à différents types de fusion;
- Des facteurs structurels et comportementaux pris en compte et de leur importance relative, y compris la part de marché et/ou les seuils de chiffre d'affaires déclenchant un examen par les autorités de concurrence, ainsi que des critères déterminant qu'une entente est en principe interdite parce qu'elle est anticoncurrentielle;
- Du traitement des gains d'efficacité et des critères autres que la concurrence;
- De la portée et de la structure des exemptions; et
- Des dispositifs procéduraux, notamment les notifications volontaires ou obligatoires de fusion d'entreprises répondant à certains critères en matière de chiffre d'affaires ou de part de marché, des possibilités d'intervenir a posteriori pour contrer une fusion, ainsi que des mesures correctives ou des sanctions applicables.

6. S'agissant du traitement des fusions, la plupart des régimes de concurrence présentent néanmoins plus de similitudes que de différences. Ces dernières années, plusieurs pays ont ainsi introduit des dispositions distinctes dans leurs lois sur la concurrence afin de couvrir les fusions et, suivant cette tendance générale à adopter ou à modifier la législation pertinente, de nombreux pays ont adopté ou modifié des dispositions sur le contrôle des fusions en suivant les mêmes grandes orientations.

## Terminologie

7. La définition des opérations soumises au contrôle des autorités chargées de la concurrence constitue la pierre angulaire des dispositions relatives au contrôle des fusions. L'idée fondamentale est d'examiner toutes les opérations qui transforment plusieurs acteurs du marché auparavant indépendants en une seule entité, modifiant ainsi la structure de marché, peut-être aux dépens de la concurrence. La terminologie utilisée pour définir les opérations soumises au contrôle des fusions varie néanmoins beaucoup d'une juridiction à l'autre. La présente section définit brièvement les diverses opérations devant être notifiées et le préjudice qu'elles sont susceptibles de causer à la concurrence.

## Concentration

8. Le terme «concentration» peut être utilisé pour décrire la prise de contrôle d'une autre entreprise, que ce soit par une fusion-acquisition ou tout autre moyen. Il peut par conséquent être utilisé indifféremment à la place du terme «fusion», défini ci-après. Il peut aussi servir à décrire le nombre d'acteurs présents sur un marché donné. Ainsi, une forte concentration indique essentiellement que le marché compte peu d'acteurs, alors qu'une faible concentration est synonyme d'un plus grand nombre d'acteurs. La «théorie de la concentration du marché» est largement utilisée comme indicateur de la position de force qu'une entreprise exerce sur le marché. On estime généralement qu'un degré de concentration relativement élevé, conjugué à d'importants obstacles à l'accès de nouveaux concurrents sur le marché, favorise la collusion ou la position dominante et offre les conditions optimales pour permettre aux acteurs d'exercer une position de force<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Espen Eckbo B (1985). Mergers and the market concentration doctrine: Evidence from the capital market. *Journal of business* 58: 325-349.

**Fusion**

9. Aux termes du droit des sociétés, une fusion s'entend généralement de l'union, en une seule et même entreprise, de deux entreprises ou plus auparavant indépendantes les unes des autres, dont l'une ou plusieurs perdent leur identité. Le terme «fusion» a souvent un sens plus large dans le droit de la concurrence que dans le droit des sociétés s'il peut en effet inclure une acquisition, un rachat, une coentreprise et même d'autres formes de prise de contrôle, comme les directions imbriquées (voir plus loin).

**Acquisition/rachat**

10. L'acquisition ou le rachat d'une entreprise par une autre suppose habituellement que la seconde achète la totalité ou la majorité des actions de la première, voire une minorité, pourvu que le pourcentage des actions achetées soit suffisant pour pouvoir exercer le contrôle et une influence substantielle. Dans certains pays, l'acquisition d'actifs importants d'une autre société est aussi considérée comme une opération devant être notifiée, si elle permet à l'acquéreur de reprendre la position que le vendeur occupait sur le marché. L'acquisition d'un site de production ou d'une autre unité fonctionnelle d'une autre entreprise illustre bien cette situation. Une acquisition peut avoir lieu sans le consentement de l'entreprise absorbée. On parle alors d'acquisition ou d'OPA «hostile».

11. Comme on l'a vu précédemment, les coentreprises et les directions imbriquées sont souvent incluses dans la définition des fusions, aux fins du contrôle de celles-ci.

**Coentreprises**

12. Les coentreprises sont des «accords entre entreprises en vue de s'engager dans une activité commune spécifique, souvent par le biais de la création d'une filiale détenue et contrôlée conjointement, afin d'effectuer une tâche utile aux deux entreprises en cause ou pour réaliser des synergies à partir des contributions de la société mère»<sup>2</sup>. Les coentreprises peuvent «donner lieu à des réalisations communes, fabriquer des produits en commun ou encore regrouper leurs compétences en matière de recherche-développement». Les alliances sont une forme de coentreprise que les sociétés utilisent pour se livrer à des activités conjointes sur différents marchés géographiques et pour pénétrer le marché de leur partenaire. Ces structures sont souvent privilégiées pour les fusions dans les secteurs du transport aérien et des télécommunications<sup>3</sup>.

13. Une collaboration qui crée une nouvelle fonction ou une nouvelle entreprise, ou qui permet de mieux exercer une ancienne fonction, favorise généralement la concurrence. Toutefois, certains problèmes de concurrence surgissent lorsque la coentreprise sert à créer ou à renforcer une position de force sur le marché, engendre des accords secondaires trop restrictifs ou constitue un moyen inutile d'atteindre les objectifs souhaités (c'est-à-dire lorsqu'il existe un moyen nuisant moins à la concurrence). En pareil cas, une coentreprise est susceptible de nuire à la concurrence et pourrait même être utilisée pour dissimuler des actions collusoires, telles qu'une entente illégale sur les prix ou une répartition du marché<sup>4</sup>. C'est par exemple le cas lorsque les liens communs entre les deux sociétés mères de la coentreprise ont entraîné une collusion en dehors du champ d'application de celle-ci («effets d'entraînement»)<sup>5</sup>. Une coentreprise peut également entraîner une baisse de la concurrence réelle ou potentielle, voire une mainmise sur le marché. Selon le degré

---

<sup>2</sup> Fox E (2008). Chapter 14: Competition law. Dans: Lowenfeld A. *International Economic Law*. Second edition. Oxford University Press: 445.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> Jones *et al.* (2007). *EC Competition Law*. Second edition. Oxford University Press: 1094.

d'intégration des deux entreprises, une coentreprise peut être considérée comme une fusion ou simplement comme une entente entre concurrents.

### Directions imbriquées

14. Il y a direction imbriquée quand une personne est membre du conseil d'administration de deux entreprises ou plus, ou quand les représentants de deux entreprises ou plus font partie du conseil d'administration d'une même entreprise.

15. Les problèmes de concurrence engendrés par une telle situation résident dans la possibilité qu'une direction imbriquée puisse aboutir à un contrôle administratif tel que les décisions d'investissement et de production conduisent en fait à l'élaboration, entre des entreprises autrement concurrentes, de stratégies communes en matière de prix, de répartition des marchés et autres activités concertées. Les directions imbriquées verticalement sont de nature à entraîner une intégration verticale des activités entre – par exemple – fournisseurs et clients, à décourager l'expansion vers des secteurs concurrentiels et à favoriser des accords de réciprocité entre les entreprises.

### Différentes formules relevées dans des législations existantes

#### – Définition du terme «fusion»

##### *Pays/Région*

Brésil	Toutes les fusions, acquisitions et associations (y compris les coentreprises) sont visées par la réglementation brésilienne applicable aux fusions dès lors qu'elles atteignent les seuils réglementaires et qu'elles ont des effets précis sur le marché brésilien (voir l'article 54 de la loi brésilienne antitrust n° 8884 de 1994, par. 3).
Chine	En Chine, la définition des «fusions-acquisitions» est très large et met l'accent sur l'effet du contrôle. Aux termes de l'article 20 de la loi antimonopole de la République populaire de Chine, les «fusions-acquisitions» incluent la fusion d'opérateurs commerciaux, l'achat d'actifs et l'exercice d'une influence déterminante sur d'autres opérateurs commerciaux, que ce soit par le biais de contrats ou par tout autre moyen.
Union européenne	Aux termes du règlement CE sur les concentrations <sup>6</sup> , une concentration s'entend de la fusion de deux ou de plusieurs entreprises auparavant indépendantes ou de l'acquisition du contrôle direct ou indirect de l'ensemble ou de parties d'une autre entreprise, qui entraîne un changement durable de la structure de l'entreprise concernée.  Cette définition inclut les entreprises communes accomplissant toutes les fonctions prévues et dont le chiffre d'affaires atteint le seuil fixé. Les entreprises communes accomplissant toutes les fonctions incluent les entités économiques autonomes qui entraînent un changement permanent de la structure du marché, quelle que soit la coordination du comportement concurrentiel des sociétés mères découlant de l'acquisition (art. 3 du règlement).

<sup>6</sup> Règlement n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (JO L24/1 du 29 janvier 2004).

Afrique du Sud	Aux termes de l'article 12, chapitre 3, de la loi n° 89 sur la concurrence (1998), le terme «fusion» s'entend de toute opération mettant en cause l'acquisition directe ou indirecte, ou la prise de contrôle par une ou plusieurs personnes, de la totalité ou d'une partie des activités d'une autre entreprise, que ce contrôle résulte de l'achat ou de la location d'actions, d'intérêts ou d'actifs, d'une fusion ou de tout autre moyen.
États-Unis	La réglementation américaine en matière de fusion vise les achats d'actifs ou d'actions donnant droit de vote, notamment les acquisitions de participation majoritaire ou minoritaire, les coentreprises, les fusions ou toute autre opération mettant en cause l'achat d'actifs ou d'actions donnant droit de vote (voir la loi Hart-Scott-Rodino de 1976 sur les améliorations de la législation antitrust).

---

16. D'un point de vue économique, une fusion peut être horizontale, verticale ou hétérogène.

### **Fusions horizontales**

17. Les fusions horizontales sont celles qui sont réalisées entre des concurrents réels ou potentiels qui occupent le même marché du produit et le même marché géographique et se retrouvent au même niveau du circuit de production ou de distribution. Cette forme de fusion peut susciter des préoccupations en matière de concurrence parce qu'elle est susceptible d'entraîner une baisse du nombre de concurrents, ce qui se traduirait par une concentration plus forte du marché. De plus, une fusion horizontale permet généralement à l'entité résultant de la fusion de détenir une part de marché globalement supérieure.

18. Cette forme de fusion peut engendrer deux types de problèmes. Premièrement, comme elle détient une part globale de marché plus grande qu'auparavant et que le nombre de concurrents a diminué, l'entité issue de la fusion est susceptible de renforcer sa «position de force sur le marché», ce qui lui permettrait d'augmenter unilatéralement les prix et de restreindre la production (effets unilatéraux). Deuxièmement, étant donné la concentration accrue du marché, il est plus facile pour les acteurs de coordonner leurs activités et d'exercer une «position de force commune sur le marché» en adoptant un comportement interdépendant (effets coordonnés)<sup>7</sup>.

19. Plus que toute autre forme de fusion, les fusions horizontales peuvent susciter d'importantes préoccupations sur le plan de la concurrence et sont susceptibles de contribuer plus directement à la concentration du pouvoir économique et d'aboutir à une position dominante ou à une collusion illicite.

### **Fusions verticales**

20. On parle de fusion verticale lorsque des entreprises situées à des niveaux différents du circuit de production ou de distribution fusionnent (c'est-à-dire une fusion entre un fournisseur et un distributeur). En règle générale, les fusions verticales engendrent moins de problèmes de concurrence que les fusions horizontales; elles peuvent même s'avérer bénéfiques si les économies réalisées grâce aux synergies et aux gains d'efficacité sont répercutées sur les consommateurs par le biais d'une baisse des prix. Elles peuvent toutefois susciter certaines craintes si elles permettent à l'entité issue de la fusion d'étendre

---

<sup>7</sup> Whish (2009). *Competition law*. Six edition. Oxford University Press: 779-800.

sa mainmise sur le marché, c'est-à-dire lorsque celle-ci est en mesure de contrôler le circuit de production ou de distribution, d'évincer ses concurrents existants du marché ou encore de créer des obstacles à l'implantation de nouveaux concurrents à un ou plusieurs niveaux fonctionnels, ou d'accroître le nombre de ces obstacles. En outre, les fusions verticales permettent à des entreprises concurrentes de coordonner plus facilement leurs activités si, par exemple, elles aboutissent à une plus grande transparence des prix<sup>8</sup>.

### Fusions hétérogènes

21. L'expression «fusion hétérogène» s'entend d'une fusion entre des parties appartenant à des branches d'activité et à des marchés totalement différents. En règle générale, ces formes de fusion suscitent peu de préoccupations en matière de concurrence car elles n'affectent ni ne changent la structure de la concurrence sur un marché spécifique. Toutefois, dans certains cas, les fusions hétérogènes peuvent permettre à l'entité résultant de la fusion d'exercer une position de force sur le marché et, par le fait même, de fermer le marché aux concurrents occupant des marchés distincts mais connexes.

### Obligations de notification

22. Le fait de notifier les fusions permet de porter celles-ci à l'attention des autorités de la concurrence et d'en faciliter le contrôle. Les obligations de notification des fusions varient d'un régime juridique de la concurrence à un autre. Ces divergences peuvent être regroupées en trois grandes catégories:

- Certaines dispositions exigent que la notification soit faite avant que la fusion ne soit réalisée (systèmes de «notification obligatoire ex ante»);
- Certaines dispositions permettent aux parties qui opèrent la fusion de notifier les autorités une fois celle-ci réalisée (systèmes de «notification obligatoire ex post»); et
- Certaines dispositions laissent la notification entièrement à la discrétion des parties à la fusion (systèmes «volontaires»).

23. De nombreux systèmes volontaires encouragent les parties à la fusion à se soumettre à des enquêtes informelles et aux obligations de notification, et ce, pour réduire les risques qu'une fusion anticoncurrentielle soit réalisée et éviter une intervention coûteuse des autorités. Que les systèmes de notification soient volontaires ou obligatoires, les autorités chargées de la concurrence sont généralement compétentes pour enquêter sur des fusions qui pourraient être anticoncurrentielles si celles-ci sont réalisées sans leur autorisation; elles sont également souvent habilitées à appliquer des mesures correctives ou à introduire des recours auprès d'un tribunal pour minimiser ou contrer les effets anticoncurrentiels de telles fusions.

24. Afin d'assurer l'efficacité des procédures et de réduire les coûts administratifs au minimum, presque tous les régimes juridiques de la concurrence limitent les obligations de notification aux opérations ayant un certain poids économique qui sont susceptibles d'engendrer des problèmes de concurrence. Dans ce but, les régimes fixent des seuils à partir desquels la notification est obligatoire; ces seuils sont établis en fonction de la valeur des actifs et/ou du chiffre d'affaires des parties à la fusion, de leur situation géographique et de la part globale du marché considéré qu'elles détiennent. L'obligation de notification est déclenchée uniquement lorsque l'opération proposée atteint le seuil fixé.

---

<sup>8</sup> Ibid.: 809.

## Différentes formules relevées dans des législations existantes – Seuils juridictionnels

*Pays/Région*

### Systèmes volontaires de contrôle des fusions

- Australie** L'article 50 de la loi de 1974 sur les pratiques commerciales interdit aux sociétés d'acquérir directement ou indirectement des actions ou des actifs si une telle opération a pour conséquence de réduire sensiblement la concurrence sur un marché australien important.
- Bien que la notification soit volontaire, les directives de la Commission australienne de la concurrence et de la consommation précisent que celle-ci espère tout de même être informée des fusions suffisamment à l'avance lorsque les produits ou services des parties à la fusion peuvent se substituer les uns aux autres ou se compléter, et que la part de marché que détiendrait alors l'entreprise résultant de la fusion serait supérieure à 20 % (Directives de 2008 de la Commission sur les fusions).
- Royaume-Uni** Les seuils juridictionnels sont fixés en fonction du critère du chiffre d'affaires et/ou du critère de la part de marché.
- Dans le premier cas, le seuil est atteint si le chiffre d'affaires que la société cible réalise au Royaume-Uni excède 70 millions de livres (ce qui est le cas de la majorité des acquisitions importantes).
- Dans le second cas, le seuil est atteint lorsque les deux parties occupent un segment de marché particulier et que la part globale du marché qu'elles détiennent excède 25 %.

### Systèmes obligatoires de contrôle des fusions

- Union européenne** Le règlement CE sur les concentrations dispose que les concentrations de dimension communautaire soient notifiées. La dimension communautaire est déterminée en fonction des seuils de chiffre d'affaires de la façon suivante:
- Le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des parties concernées excède 5 milliards d'euros; et
- Le chiffre d'affaires réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des parties concernées excède 250 millions d'euros; à moins que:
- Chacune des parties 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.
- Voir l'article premier du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil.
- Afrique du Sud** En règle générale, les obligations de notification s'appliquent uniquement aux fusions de moyenne importance et aux grandes fusions. Les seuils fixés ne sont alors pas les mêmes, mais ils sont réévalués chaque année. Ils sont fixés en fonction du chiffre d'affaires et des actifs des parties à la fusion.



---

 Pays/Région
 

---

Suède	<p>Une concentration doit être notifiée à l'Administration de la concurrence en Suède si:</p> <p style="margin-left: 40px;">a) Le chiffre d'affaires total réalisé durant l'exercice financier précédent par l'ensemble des entreprises concernées excède 1 milliard de couronnes suédoises; et</p> <p style="margin-left: 40px;">b) Le chiffre d'affaires réalisé individuellement en Suède durant l'exercice financier précédent par au moins deux des entreprises concernées excède 200 millions de couronnes suédoises.</p> <p>Il convient de noter que les seuils fixés aux fins du contrôle des fusions en Suède s'appliquent uniquement au chiffre d'affaires réalisés en Suède par les entreprises concernées (c'est-à-dire une antenne locale forte).</p>
États-Unis	<p>Aux termes du chapitre premier, article 18 a), de la loi Hart-Scott-Rodino, une notification doit être faite lorsque les conditions suivantes sont remplies:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Le critère du «<i>commerce</i>»: La partie qui procède à l'acquisition ou la partie qui fait l'objet de celle-ci exerce des activités commerciales aux États-Unis ou toute autre activité affectant le commerce aux États-Unis;</li> <li>• Le critère de la «<i>valeur de la transaction</i>»: La valeur des actions donnant droit de vote ou des actifs détenus à la suite de l'acquisition excède le seuil fixé en dollars (le seuil est ajusté chaque année et est fixé à 65,2 millions de dollars pour 2010);</li> <li>• Le critère du «<i>poids économique des parties</i>»: Ce critère s'applique uniquement aux opérations dont la valeur n'excède pas 262,7 millions de dollars (sous réserve d'un ajustement annuel). Ce critère s'applique si les actifs ou les ventes réalisés sur le plan mondial par l'une des parties concernées atteignent 13 millions de dollars ou plus (sous réserve d'un ajustement annuel) et si les actifs ou les ventes réalisés sur le plan mondial par l'autre partie concernée atteignent 130,3 millions de dollars ou plus (sous réserve d'un ajustement annuel); et – Aucune exemption n'est applicable:  La fusion n'ouvre droit à aucune des exemptions consenties en vertu de la loi Hart-Scott-Rodino, par exemple l'acquisition d'actions ne donnant pas droit de vote.</li> </ul>

---

**Analyse du contrôle des fusions**

25. Il existe encore une fois d'importantes différences d'une juridiction à l'autre pour ce qui est d'évaluer la légalité des fusions. La plupart du temps, l'un des critères ci-après est appliqué pour déterminer les conséquences probables d'une fusion:

- La fusion entraînera-t-elle une réduction substantielle de la concurrence sur un marché donné?

- La fusion créera-t-elle ou renforcera-t-elle une position dominante (les indices habituels étant une hausse des prix à la consommation ou une réduction de la production)?
- La fusion empêchera-t-elle, faussera-t-elle et/ou restreindra-t-elle la concurrence?

**Différentes formules relevées dans des législations existantes – Critère de fond**

*Pays/Région*

<p>Brésil</p>	<p>La loi brésilienne sur la concurrence établit des critères concernant la position dominante et la restriction de la concurrence.</p> <p>Aux termes des directive sur les fusions horizontales adoptées par les autorités chargées de la concurrence, une fusion ne peut être considérée comme nuisant à la concurrence lorsqu'elle:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>i) Ne permet pas d'exercer un contrôle sur une part substantielle du marché considéré;</li> <li>ii) Permet d'exercer un contrôle sur une part importante du marché considéré, mais que l'exercice d'une position de force sur le marché est improbable compte tenu d'autres facteurs structurels (par exemple, faibles obstacles à la pénétration des marchés);</li> <li>iii) Permet d'exercer un contrôle sur une part substantielle du marché considéré tout en rendant probable l'exercice d'une position de force sur ce marché, mais que les effets négatifs d'une telle opération sont inférieurs aux retombées sociales qu'elle engendre.</li> </ul> <p>En vertu du critère de fond, il doit exister un lien de causalité entre l'opération et le contrôle d'une part substantielle du marché considéré ou l'exercice d'une position de force sur le marché; en l'absence de ce lien, la fusion doit être autorisée (voir la Directive commune SDE-SEAE n° 50/2001).</p>
<p>Chine</p>	<p>La loi antimonopole interdit les fusions qui ont ou sont susceptibles d'avoir pour effet de supprimer ou de restreindre la concurrence, à moins que les parties puissent démontrer que la concentration peut améliorer les conditions de la concurrence et que les effets positifs sur celle-ci font plus que compenser les effets négatifs de la fusion. Le Ministère chinois du commerce peut également autoriser les fusions pour des raisons d'intérêt public.</p> <p>Le Ministère du commerce prend en compte les facteurs suivants pour évaluer une fusion:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• La part du marché occupée par les parties à la fusion ainsi que leur capacité à contrôler le marché;</li> <li>• Le niveau de concentration du marché considéré;</li> <li>• L'effet probable de la fusion sur l'accès au marché et le développement de la technologie;</li> <li>• L'effet probable de la fusion sur les consommateurs et les autres acteurs du marché;</li> <li>• L'effet probable de la fusion sur le développement de</li> </ul>

---

*Pays/Région*


---

	<p>l'économie nationale; et</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• D'autres facteurs affectant la concurrence qui sont jugés pertinents par le Ministère du commerce.</li> </ul>
Union européenne	<p>Le règlement CE sur les concentrations interdit les fusions susceptibles d'entraver de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante (voir l'article 2 du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil).</p>
États-Unis	<p>La loi Clayton (1914) interdit les acquisitions qui pourraient entraîner une réduction substantielle de la concurrence ou la création d'un monopole.</p> <p>Plusieurs directives sur les fusions publiées par les organes antitrust indiquent également que les fusions ne devraient pas être autorisées si elles entraînent la création ou le renforcement d'une position de force sur le marché ou si elles facilitent l'exercice d'une telle position.</p> <p>L'expression «position de force sur le marché» s'entend de la capacité d'un vendeur à «maintenir avec profit des prix supérieurs aux niveaux de la concurrence pendant une longue période» (voir les commentaires conjoints concernant les directives applicables aux fusions horizontales (2006), disponibles à l'adresse suivante: <a href="http://www.ftc.gov/os/2006/03/CommentaryontheHorizontalMergerGuidelinesMarch2006.pdf">http://www.ftc.gov/os/2006/03/CommentaryontheHorizontalMergerGuidelinesMarch2006.pdf</a>).</p>
Zambie	<p>Le critère de fond utilisé pour autoriser une fusion concerne une restriction substantielle de la concurrence; il oblige les autorités à déterminer:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Si la fusion proposée est susceptible d'entraîner une position dominante ou l'acquisition d'une position de force sur le marché;</li> <li>• Si la fusion proposée est susceptible d'entraîner une mainmise sur les marchés considérés;</li> <li>• L'existence d'importations parallèles ou l'absence de telles importations; et</li> <li>• S'il existe un pouvoir de faire contrepoids.</li> </ul> <p>Le critère de la réduction substantielle de la concurrence est appliqué sous réserve de considérations d'intérêt public, comme la création d'emplois et les responsabilités confiées à des Zambiens. Les gains d'efficacité éventuels sont également pris en compte (voir l'article 8 de la loi de 1994 sur la concurrence et les pratiques commerciales loyales).</p> <hr/>

26. Toute analyse portant sur le contrôle des fusions doit nécessairement être axée sur l'avenir et faire une comparaison de la situation du marché avant et après la fusion proposée afin d'évaluer l'effet potentiel sur la concurrence (analyse «contrefactuelle»/prévisionnelle)<sup>9</sup>. Une analyse contrefactuelle du marché inclut généralement les aspects suivants<sup>10</sup>:

i) La définition du marché (quel est le marché du produit ou le marché géographique considéré?);

ii) Une évaluation de la structure et de la concentration du marché avant la fusion. (Quelles entreprises occupent le marché, quelles sont les parts et l'importance stratégique de ces entreprises par rapport aux marchés du produit? Quelles entreprises pourraient être en concurrence à l'avenir?);

iii) Une évaluation des effets probables de la fusion notifiée, y compris les effets unilatéraux et les effets coordonnés (la probabilité que l'entité issue de la fusion puisse exercer unilatéralement une position de force sur le marché et la probabilité que la fusion permette davantage aux acteurs du marché de coordonner leur comportement); et

iv) La probabilité que de nouveaux concurrents aient accès aux marchés et l'existence d'obstacles effectifs à la pénétration et à l'expansion de ceux-ci.

27. Il incombe souvent aux parties concernées de réfuter une théorie voulant que la fusion proposée entrave la concurrence et d'apporter la preuve que cette opération n'aura pas sur le marché d'effets plus préjudiciables que le statu quo. Un juste équilibre doit être établi en ce qui concerne le fardeau de la preuve. Les autorités de la concurrence doivent veiller, d'une part, à ce que les critères ne soient pas contraignants au point d'interdire des fusions bénéfiques et, d'autre part, à ce que le niveau de preuve ne soit pas faible au point d'autoriser des fusions préjudiciables.

28. Outre les thèmes généraux abordés précédemment, certaines juridictions incluent d'autres facteurs d'«intérêt public» dans l'analyse du contrôle des fusions, notamment la stabilité financière, la protection des champions nationaux, les politiques industrielles, la promotion de l'emploi, la survie des petites et moyennes entreprises, et l'accès accru à la propriété pour les personnes historiquement défavorisées. Bon nombre de ces intérêts publics sont certes importants, mais ils ne sont pas exclusivement liés à la concurrence et supposent généralement certains compromis (par exemple un résultat qui n'est pas le meilleur dans les circonstances).

29. Le concept de «champion national» constitue un exemple intéressant de compromis. Certains pays, dotés de petits marchés, pourraient souhaiter aiguiller la fusion d'entreprises nationales vers la constitution d'un champion national, donnant ainsi lieu à une situation de monopole sur le marché intérieur, au motif que cela leur permettrait d'être plus concurrentiels sur les marchés internationaux. Toutefois, sans contrôle réglementaire, il est fort probable qu'un tel champion se constitue des «rentes de monopole» et que, en l'absence de concurrence sur le marché intérieur, il n'arrive pas davantage à devenir plus compétitif à l'étranger, au détriment des consommateurs nationaux et, en fin de compte, du développement de l'économie dans son ensemble. En outre, dans le cas des petits pays, il est peu probable que la domination du marché intérieur permette à une entreprise de réaliser les économies d'échelle dont elle aurait besoin pour devenir compétitive à l'échelle internationale. Par ailleurs, si le marché local est ouvert à la concurrence des importations ou des investissements étrangers directs, le marché mondial pourrait être soumis au critère

---

<sup>9</sup> Whish (2009). *Competition Law*. Sixth edition. Oxford University Press: 811.

<sup>10</sup> Voir les directives sur les fusions du Réseau international de la concurrence (2006).

du contrôle des fusions, et le fournisseur national unique pourrait être autorisé à procéder à une fusion. En conséquence, les autorités de la concurrence doivent trouver un équilibre entre les considérations de compétitivité internationale et le préjudice que pourrait subir le marché intérieur.

30. Ce qui est certain, c'est que les autorités de la concurrence et les gouvernements doivent engager des délibérations approfondies pour déterminer si les considérations d'intérêt public doivent être incluses dans la politique de la concurrence ou s'il vaudrait mieux qu'elles soient prises en compte par le biais d'un autre instrument plus efficace<sup>11</sup>.

### Mesures correctives

31. Les autorités de la concurrence sont généralement habilitées à autoriser ou à interdire une fusion sur la base de leur analyse des effets probables sur la concurrence. En outre, lorsqu'une opération notifiée suscite des problèmes de concurrence, plusieurs régimes de contrôle des fusions permettent à la partie présentant la notification de proposer des mesures correctives et, ce faisant, de modifier l'opération proposée de façon à résoudre ces problèmes. Les autorités de concurrence devraient alors évaluer l'opération modifiée. D'autres juridictions permettent à l'autorité de la concurrence d'imposer de telles mesures correctives aux parties ayant présenté une notification.

32. Étant donné que le contrôle des fusions vise à protéger la structure concurrentielle d'un marché, les mesures correctives structurelles semblent être la solution à privilégier pour atténuer les préoccupations suscitées par une fusion. La cession de certaines activités des parties à la fusion (généralement les domaines de chevauchement) constitue la mesure correctrice structurelle la plus efficace dont disposent les autorités de la concurrence afin de prévenir ou de réduire le renforcement de la position de force sur le marché.

33. Il est plus facile d'adopter des mesures correctives structurelles dans le cadre d'un système de contrôle obligatoire avant une fusion ou une notification, car les parties concernées peuvent être tenues de mettre en place les changements structurels avant de réaliser la fusion. Bien que de nombreuses autorités soient habilitées à mettre un terme à des fusions anticoncurrentielles une fois celles-ci réalisées, cette façon de procéder engendre manifestement de plus graves perturbations et peut prendre beaucoup de temps.

34. Un grand nombre d'autorités de la concurrence peuvent également imposer des mesures correctives au niveau des pratiques en obligeant les parties à la fusion à prendre certaines mesures une fois la fusion réalisée (l'octroi de licences à des concurrents, par exemple) pour résoudre les problèmes de compétence. Dans le cas des fusions, ces types de mesures s'avèrent généralement moins efficaces que les mesures structurelles parce qu'elles sont plus difficiles à surveiller et à mettre en œuvre.

---

<sup>11</sup> Whish (2009). *Competition Law*. Sixth edition. Oxford University Press: 805–806 and 813–814.

**Différentes formules relevées dans des législations existantes**  
**– Mesures correctives**

*Pays/Région*

Brésil	Le CADE, l'autorité brésilienne de la concurrence, dispose de pouvoirs étendus pour assurer une réparation et est expressément autorisé à recourir à toutes les mesures disponibles pour obtenir compensation d'un dommage causé à la concurrence par une fusion, y compris la dissolution ou la division d'une entité issue d'une fusion. (Voir l'article 54 de la loi brésilienne antitrust n° 8884 de 1994, par.9.)
Chine	La loi antimonopole donne au Ministère du commerce le pouvoir d'empêcher une fusion ou d'imposer des mesures correctives avant qu'une autorisation ne soit accordée. Ce ministère peut également infliger diverses sanctions légales aux parties à la fusion pour ne pas avoir respecté la loi; ces sanctions peuvent prendre la forme de mesures correctives structurelles et/ou de mesures correctives au niveau des pratiques.
Union européenne	<p>La Commission est autorisée à infliger aux entreprises des amendes jusqu'à concurrence de 10 % du chiffre d'affaires total réalisé chaque année sur le plan mondial lorsqu'elles contreviennent à la condition de suspendre la réalisation d'une fusion jusqu'à l'examen de la Commission ou lorsqu'elles réalisent une fusion interdite par cette dernière. La Commission peut également infliger des astreintes jusqu'à concurrence de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen réalisé sur le plan mondial pour chaque jour d'infraction.</p> <p>En outre, des amendes jusqu'à concurrence de 1 % du chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial peuvent être infligées dans certaines circonstances, par exemple lorsque les parties à la fusion fournissent des renseignements dénaturés ou inexacts.</p> <p>Dans le cas où une fusion anticoncurrentielle a déjà été réalisée, la Commission peut exiger sa dissolution complète et prendre des mesures provisoires ou toute autre mesure nécessaire pour rétablir une concurrence effective sur le marché donné. (Voir l'article 8 du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil.)</p>
Kenya	Les autorités de la concurrence peuvent refuser d'autoriser une fusion ou approuver une fusion sur une base conditionnelle. Ces conditions peuvent inclure le démantèlement de certaines parties de l'entreprise issue de la fusion. Les autorités de la concurrence peuvent également prendre certaines mesures correctives au niveau des pratiques. (Voir l'article 31 de la loi de 1990 sur les pratiques restrictives commerciales, les monopoles et la régulation du commerce.)

États-Unis	<p>Les autorités de la concurrence peuvent demander une injonction auprès du tribunal fédéral pour interdire la réalisation d'une fusion proposée. La Commission fédérale du commerce peut également engager des procédures administratives afin de déterminer la légitimité d'une fusion. Le non-respect des dispositions de la loi Hart-Scott-Rodino peut entraîner une amende jusqu'à concurrence de 16 000 dollars par jour d'infraction.</p> <p>Des mesures correctives structurelles sont souvent appliquées, en particulier sous la forme d'un jugement d'expédient exigeant que les parties à la fusion démantèlent certaines parties des actifs existants ou une partie des actifs qui seront acquis lorsque l'opération sera réalisée.</p> <p>Les autorités peuvent également appliquer des mesures correctives au niveau des pratiques, mais celles-ci sont rarement utilisées dans les cas de fusion.</p>
------------	---

---

### Prise de contrôle entre sociétés étrangères

35. Puisque les fusions entre sociétés étrangères sont susceptibles d'avoir des effets sur le marché local, de nombreux régimes juridiques de la concurrence soumettent aussi ces fusions au contrôle des autorités locales de la concurrence. Les fusions entre sociétés étrangères s'entendent des fusions, rachats ou autres formes de prise de contrôle visant des sociétés incorporées dans d'autres pays, mais qui génèrent néanmoins un chiffre d'affaires sur le marché local, soit par l'intermédiaire de filiales, soit au moyen de ventes directes à l'étranger.

36. Les autorités de la concurrence devraient être conscientes de deux problèmes qui surgissent sur la scène internationale. Premièrement, les décisions concernant l'évaluation d'une même opération peuvent différer d'une juridiction à une autre lorsque les critères d'évaluation ne sont pas les mêmes ou que des conditions inégales sur les marchés peuvent donner un résultat différent et ce, malgré le fait que le même critère de fond soit utilisé. Deuxièmement, le fait d'appliquer, avant une opération, des dispositions en matière de notification et d'autorisation qui diffèrent entraîne des coûts élevés pour les parties chargées de notifier ladite l'opération<sup>12</sup>. La coopération internationale peut contribuer à résoudre certains de ces problèmes.

---

<sup>12</sup> Fox E (2008). Chapter 14: Competition Law. In: Lowenfeld A. International Economic Law. Second edition. Oxford University Press: 444.