



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

Distr. limitée
25 mai 2018
Français
Original : anglais

Conseil du commerce et du développement
Commission du commerce et du développement
Groupe intergouvernemental d'experts du droit
et de la politique de la concurrence
Dix-septième session
Genève, 11-13 juillet 2018
Point 3 d) de l'ordre du jour provisoire
Examen des chapitres V et VI de la loi type sur la concurrence

**Loi type sur la concurrence (2018) :
Chapitre VI révisé***

* Le présent document est une révision du document TD/RBP/CONF.7/L.6.

GE.18-08460 (F) 060618 060618



* 1 8 0 8 4 6 0 *

Merci de recycler



Loi type sur la concurrence (2018) : Chapitre VI

Notification, enquête et interdiction de fusions influant sur des marchés concentrés

I. Notification

Les fusions, rachats, coentreprises ou autres formes de prise de contrôle, y compris les directions imbriquées, de caractère horizontal, vertical ou hétérogène doivent être notifiés lorsque :

- a) L'une au moins des entreprises est établie dans le pays ; et que
- b) La part de marché qui en résultera dans le pays ou dans une partie substantielle de celui-ci, pour tout produit ou service, risque de créer une position de force sur le marché, en particulier dans les branches d'activité où il y a une forte concentration du marché, où il existe des obstacles à l'accès au marché et où il n'y a pas de biens de substitution d'un produit fourni par des entreprises dont le comportement fait l'objet d'une surveillance.

II. Interdiction

Les fusions, rachats, coentreprises ou autres formes de prise de contrôle, y compris les directions imbriquées, de caractère horizontal, vertical ou hétérogène, doivent être interdits lorsque :

- a) L'opération envisagée accroît sensiblement la capacité d'exercer une position de force sur le marché (par exemple en donnant la possibilité à une entreprise ou à un groupe d'entreprises agissant conjointement de maintenir avec profit des prix supérieurs au niveau de la concurrence pendant une longue période) ;
- b) La part de marché qui en résultera dans le pays, ou dans une partie substantielle de celui-ci, pour tout produit ou service, donnera à une entreprise une position dominante ou entraînera une réduction sensible de la concurrence sur un marché dominé par un très petit nombre d'entreprises.

III. Procédures d'enquête

Des dispositions permettant de procéder à des enquêtes sur les fusions, les rachats, les coentreprises ou d'autres formes de prise de contrôle, y compris les directions imbriquées, de caractère horizontal, vertical ou hétérogène, qui risquent de porter atteinte à la concurrence pourraient figurer dans une réglementation concernant les concentrations.

En particulier, aucune entreprise ne devrait, dans les cas relevant des alinéas précédents, procéder à une fusion avant l'expiration d'un délai d'attente de (...) jours à compter de la date de la délivrance du reçu de la notification, sauf si l'autorité de la concurrence réduit ce délai ou prolonge d'une nouvelle période ne pouvant dépasser (...) jours avec le consentement des entreprises concernées, conformément aux dispositions des projets d'éléments pour l'article 7 ci-après. L'autorité de la concurrence pourrait être habilitée à exiger que les parties et les entreprises dans le marché considéré ou les branches commerciales en cause lui communiquent des documents et des attestations, étant entendu que les parties ne pourront bénéficier de ce délai supplémentaire si leur réponse est communiquée tardivement.

Si une audition contradictoire devant l'autorité de la concurrence ou devant un tribunal aboutit à une décision défavorable à l'opération, des mesures peuvent être prises pour empêcher ou même annuler les acquisitions ou fusions en cause dans les cas où elles sont susceptibles de réduire sensiblement la concurrence dans une branche commerciale, dans la juridiction ou dans une partie importante du marché considéré à l'intérieur de la juridiction.

I. 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. Entre autres facteurs, les fusions industrielles sont 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 auront la volonté et la capacité d'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 :
 - a) Des dispositions législatives et de la politique d'application ayant trait à différents types de fusion ;
 - b) 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 ;
 - c) Du traitement des gains d'efficacité et des critères autres que la concurrence ;
 - d) De la portée et de la structure des exemptions ; et
 - e) 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 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.

II. Commentaires relatifs au chapitre VI

A. 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 force¹.

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, et 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 ». Les coentreprises

¹ B. Espen Eckbo, 1985, Mergers and the market concentration doctrine : Evidence from the capital market. *Journal of business* 58: 325-349.

peuvent « donner lieu à des réalisations communes, fabriquer des produits en commun ou encore regrouper leurs compétences en matière de recherche-développement »².

13. 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 télécommunications³.

14. 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 moins préjudiciable 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 marché⁴. 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 »)⁵. Une coentreprise peut également entraîner une baisse de la concurrence réelle ou potentielle, voire une mainmise sur le marché. Selon le degré d'intégration des deux entreprises, une coentreprise peut être considérée comme une fusion ou simplement comme une entente entre concurrents.

Directions imbriquées

15. 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.

16. Dans ce cas, les problèmes de concurrence 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.

17. Comme il ressort du tableau VI.1, la définition de « fusion » peut varier, selon la législation du pays ou du groupe de pays.

Tableau VI.1

Différentes formules relevées dans des législations existantes

– Définition du terme « fusion »

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 faisant intervenir 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. Cependant, la loi ne donne pas de liste exhaustive des formes de prise de contrôle. Elle s'applique à toutes les opérations de fusion, mais généralement seules les moyennes et les grandes opérations doivent être notifiées et approuvées au préalable.
----------------	---

² E. Fox, 2008, Competition law, dans A. Lowenfeld, *International Economic Law*, Second edition (Oxford University Press, Londres).

³ Ibid.

⁴ Ibid.

⁵ A. Jones et B. Sufirin, 2016, *EU [European Union] Competition Law : Text, Cases and Materials*, Sixth edition (Oxford University Press, Oxford et New York).

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 (loi n° 12.529 du 30 novembre 2011, art. 90).
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.
États-Unis d'Amérique	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 donnant lieu à 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).
Union européenne	<p>Aux termes du règlement CE sur les concentrations^a, 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.</p> <p>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).</p>

^a Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (*Journal officiel de l'Union européenne*, n° L24/1 du 29 janvier 2004).

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

Fusions horizontales

19. 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.

20. 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)⁶.

⁶ R. Whish, 2009, *Competition law*, Sixth edition (Oxford University Press, Oxford).

21. 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

22. On parle de fusion verticale lorsque des entreprises situées à des niveaux différents du circuit de production ou de distribution fusionnent (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 lorsqu'elles permettent à l'entité issue de la fusion d'étendre sa mainmise sur le marché, c'est-à-dire de contrôler le circuit de production ou de distribution et, partant, d'évincer du marché les concurrents existants ou de créer des obstacles nouveaux ou supplémentaires à l'implantation de nouveaux concurrents à un ou plusieurs niveaux fonctionnels. 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 prix⁷.

Fusions hétérogènes

23. 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

24. 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 (tableau VI.2). Ces divergences peuvent être regroupées en trois grandes catégories :

- a) Certaines dispositions exigent que la notification soit faite avant que la fusion ne soit réalisée (systèmes de « notification obligatoire *ex ante* ») ;
- b) 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
- c) Certaines dispositions laissent la notification entièrement à la discrétion des parties à la fusion (systèmes « volontaires »).

25. 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.

26. 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

⁷ Ibid.

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.

Tableau VI.2

Différentes formules relevées dans des législations existantes – Seuils juridictionnels

<i>Systèmes volontaires de contrôle des fusions</i>	
Australie	L'article 50 de la loi sur la concurrence et la protection des consommateurs (2010) 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, la Commission de la concurrence et de la consommation, en vertu de ses directives établies en 2008 et actualisées en 2017, entend 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 %.
Hong Kong (Chine)	La loi sur la concurrence (2012) ne donne aucune indication numérique concernant les seuils de notification. Elle interdit toutefois les fusions qui réduisent sensiblement la concurrence sur le marché intérieur (annexe 7, art. 3.1)). D'une manière générale, selon les lignes directrices applicables aux dispositions sur les fusions (par. 3.13), publiées en juillet 2015 par la Commission de la concurrence et l'Autorité de la communication, une fusion horizontale à l'issue de laquelle les deux parties à l'opération contrôlent au moins 40 % du marché est susceptible de poser des problèmes de concurrence.
Maurice	Lorsque deux entreprises ou davantage ont l'intention de fusionner, chacune d'elles peut demander conseil à la Commission de la concurrence pour savoir si l'opération proposée risque de réduire sensiblement la concurrence sur un marché de biens ou de services donné (art. 47 de la loi de 2007 sur la concurrence). La Commission de la concurrence procède à un examen de la situation dans les cas suivants : a) Toutes les parties à la fusion cèdent ou acquièrent des biens ou des services et, à l'issue de l'opération, céderont ou acquerront conjointement 30 % ou plus de la totalité de ces biens ou services sur le marché ; b) L'une des parties à la fusion cède ou acquiert à elle seule, avant l'opération, 30 % ou plus des biens ou des services sur le marché (art. 48 de la loi de 2007 sur la concurrence).
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord	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 la société cible a un chiffre d'affaires supérieur à 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

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.
Canada	<p>La loi de 1985 sur la concurrence, modifiée le 12 décembre 2017, établit différents seuils :</p> <p>a) Le seuil lié à la taille de la transaction, qui est atteint lorsque la société cible a des actifs au Canada, ou des revenus au Canada ou en provenance du Canada tirés de ces actifs, dont la valeur dépasse 86 millions de dollars canadiens ;</p> <p>b) Un seuil lié à la taille des parties, qui est atteint lorsque les parties à l'opération, y compris toutes les sociétés affiliées, ont des actifs au Canada ou des revenus tirés de ventes, au Canada, en provenance ou à destination du Canada, dont la valeur dépasse 400 millions de dollars canadiens ;</p> <p>c) Un seuil lié à la taille des actifs, qui est atteint en cas d'acquisition de plus de 20 % d'actions assorties d'un droit de vote dans une entreprise publique ou de plus de 35 % d'actions assorties d'un droit de vote dans une entreprise privée ou de plus de 35 % de parts dans une entité sans personnalité morale.</p>
Chili	Un système de notification obligatoire préalable a été créé par la nouvelle loi sur la concurrence, promulguée en août 2016, et est entré en vigueur le 1 ^{er} juin 2017. Un règlement du Gouvernement renseigne les parties à une fusion sur les seuils de notification et la procédure de contrôle, et leur précise les informations à fournir dans le cadre de la notification d'une opération de concentration au Bureau du Procureur national – lequel a publié des lignes directrices sur la concurrence, les seuils de chiffre d'affaires et les mesures correctives.
États-Unis	<p>Aux termes de l'article 18 a) du chapitre 1 de la loi Hart-Scott-Rodino, une notification doit être faite lorsque les conditions suivantes sont remplies :</p> <p>a) Le critère du « commerce » : 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 influant sur le commerce aux États-Unis ;</p> <p>b) Le critère de la « valeur de la transaction » : 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 84,4 millions de dollars pour 2018) ;</p> <p>c) Le critère du « poids économique des parties »^d : Ce critère s'applique uniquement aux opérations dont la valeur n'excède pas 337,6 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 16,9 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 168,8 millions de dollars ou plus (sous réserve d'un ajustement annuel).</p> <p>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.</p>

Systèmes obligatoires de contrôle des fusions

Israël	En vertu de l'article 17 de la loi n° 5748-1988 sur les pratiques commerciales restrictives, une opération de fusion est aussi soumise à un contrôle si les entreprises concernées détiennent plus de 50 % du marché, si leur chiffre d'affaires global pour l'exercice avant fusion est supérieur à 150 millions de nouveaux shekels israéliens (environ 42 millions de dollars) ou si l'une d'elles est en situation de monopole (c'est-à-dire contrôle plus de 50 % du marché).
Suède	Une concentration doit être notifiée à l'autorité de la concurrence lorsque le chiffre d'affaires total réalisé durant l'exercice financier précédent par l'ensemble des entreprises concernées excède 1 milliard de couronnes suédoises, et lorsque 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. Il convient de noter que les seuils fixés aux fins du contrôle des fusions en Suède s'appliquent uniquement au chiffre d'affaires réalisé en Suède par les entreprises concernées (ce qui suppose une présence locale forte).
Union européenne	Le règlement CE sur les concentrations dispose que les concentrations de dimension communautaire doivent être notifiées à l'autorité de la concurrence. À moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté, à l'intérieur d'un seul et même État membre ^b , une concentration est de dimension communautaire lorsque : <ul style="list-style-type: none"> a) Le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des parties concernées excède 5 milliards d'euros ; et b) Le chiffre d'affaires réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des parties concernées excède 250 millions d'euros.

^a Il s'agit des seuils applicables en 2018, tels qu'ils ont été révisés par la Commission fédérale du commerce. Voir Registre fédéral, vol. 83, n° 19, 29 janvier 2018.

^b Voir règlement (CE) n° 139/2004, art. 1.

B. Analyse du contrôle des fusions

27. Il existe encore une fois d'importantes différences d'une juridiction à l'autre pour ce qui est d'évaluer la légalité des fusions (tableau VI.3). La plupart du temps, l'un des critères ci-après est appliqué pour déterminer les conséquences probables d'une fusion :

- a) La fusion entraînera-t-elle une réduction substantielle de la concurrence sur un marché donné ?
- b) La fusion créera-t-elle ou renforcera-t-elle une position dominante⁸ ?
- c) La fusion empêchera-t-elle, faussera-t-elle et/ou restreindra-t-elle la concurrence ?

⁸ Les indices habituels sont une hausse des prix à la consommation ou une réduction de la production.

Tableau VI.3

Différentes formules relevées dans des législations existantes – Critères de fond

Brésil	La loi brésilienne sur la concurrence établit des critères concernant la position dominante et la restriction de la concurrence. En juillet 2016, l'autorité de la concurrence a publié de nouvelles lignes directrices relatives aux fusions horizontales. Ces lignes directrices présentent les facteurs qui sont pris en considération pour le contrôle de ces opérations, tels que l'analyse de portefeuille, les concurrents potentiels, l'élimination des francs-tireurs et les acquisitions partielles, et traitent notamment des questions de la participation au marché et de l'équilibre du marché, de l'offre de biens intermédiaires aux concurrents, des effets unilatéraux, des produits homogènes et différenciés, du pouvoir d'achat, de la protection des consommateurs et des effets coordonnés. (Voir http://en.cade.gov.br/press-releases/cade-publishes-guidelines-on-horizontal-mergers , page consultée le 18 mai 2018.)
Chine	<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. Le Ministère du commerce prend en compte les facteurs suivants pour évaluer une fusion :</p> <ul style="list-style-type: none"> a) La part du marché occupée par les parties à la fusion ainsi que leur capacité à contrôler le marché ; b) Le niveau de concentration du marché considéré ; c) L'effet probable de la fusion sur l'accès au marché et le développement de la technologie ; d) L'effet probable de la fusion sur les consommateurs et les autres acteurs du marché ; e) L'effet probable de la fusion sur le développement de l'économie nationale ; et f) D'autres facteurs influant sur la concurrence qui sont jugés pertinents par le Ministère du commerce.
Costa Rica	<p>L'autorité de la concurrence approuve les fusions qui n'ont pas pour objet ou pour effet :</p> <ul style="list-style-type: none"> a) D'obtenir ou d'accentuer sensiblement une position de force sur le marché et, ce faisant, de restreindre ou d'éliminer la concurrence ; b) De faciliter la collusion ou la coordination explicite entre des concurrents, ou d'avoir des répercussions négatives sur les consommateurs ; c) De réduire, de compromettre ou d'entraver la concurrence ou la participation au libre marché pour des biens ou des services identiques, comparables ou substantiellement connexes (loi n° 7472 de 1994, telle que modifiée le 5 avril 2013).

États-Unis	La loi Clayton (1914) interdit les acquisitions qui pourraient entraîner une réduction substantielle de la concurrence ou la création d'un monopole. 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. Une fusion entraîne le renforcement d'une position de force sur le marché si elle est susceptible d'inciter une ou plusieurs entreprises à augmenter leurs prix, à réduire leur production, à moins innover ou à produire des effets autrement préjudiciables aux consommateurs, du fait d'une diminution des obstacles ou des incitations à la concurrence (Ministère de la justice et Commission fédérale du commerce, Lignes directrices relatives aux fusions horizontales, 19 août 2010).
Inde	<p>En matière de contrôle des fusions, le critère de fond consiste à déterminer si l'opération a eu ou est susceptible d'avoir nui sensiblement à la concurrence sur le marché considéré. La Commission de la concurrence tient compte des facteurs suivants :</p> <ul style="list-style-type: none"> a) L'évolution de la part de marché du fait de l'opération ; b) Les obstacles à l'entrée ; c) Le fait que les parties à l'opération puissent avoir des activités qui se chevauchent, horizontalement ou verticalement^a.
Union européenne	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).
Zambie	<p>Avant d'autoriser l'opération, la Commission vérifie que la fusion proposée satisfait aux trois critères de fond suivants :</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Le critère du marché, qui vise à déterminer les effets que la fusion proposée pourrait avoir sur le commerce et l'économie en général, sur le marché considéré ; b) Le critère de la concurrence, qui vise à déterminer si la fusion peut empêcher ou réduire sensiblement la concurrence sur le marché considéré. La Commission examine les facteurs qui influent ou sont susceptibles d'influer sur la concurrence sur le marché considéré, à savoir : <ul style="list-style-type: none"> i) Le degré de concentration du marché ; ii) Les obstacles à l'entrée ; iii) La part des exportations ; iv) La mesure dans laquelle les fournisseurs ou les clients exercent un pouvoir compensateur ; v) La présence de produits de substitution ; vi) La probabilité que la fusion évince du marché un concurrent de poids ; vii) Les caractéristiques dynamiques du marché telles que la croissance, l'innovation, l'établissement des prix et d'autres éléments spécifiques ;

- viii) Le risque d'abus de position dominante ;
- c) le critère de l'intérêt général, qui vise à déterminer si la fusion proposée relèvera de l'intérêt général.

(Loi de 2010 sur la concurrence et la protection des consommateurs, partie IV, Fusions.)

^a International Comparative Legal Guides, 2017, Merger control 2018/India, disponible à l'adresse <https://iclg.com/practice-areas/merger-control-laws-and-regulations/india> (consultée le 18 mai 2018).

28. 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)⁹. Une analyse contrefactuelle du marché tient généralement compte des facteurs suivants¹⁰ :

a) La définition du marché : quel est le marché du produit ou le marché géographique considéré ?

b) L'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 ?

c) L'évaluation des effets probables de la fusion notifiée, y compris les effets unilatéraux et les effets coordonnés : quelle est la probabilité que l'entité issue de la fusion puisse exercer unilatéralement une position de force sur le marché et que la fusion donne davantage la possibilité aux acteurs du marché de coordonner leur comportement ?

d) 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.

29. Il incombe souvent aux parties concernées de réfuter toute 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'empêcher 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.

30. 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).

31. Le concept de « champion national » est 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 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

⁹ Whish, 2009.

¹⁰ Voir les directives sur les fusions du Réseau international de la concurrence, 2006, Merger Guidelines Workbook.

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. De plus, si le marché local est ouvert à la concurrence des importations ou des investissements étrangers directs, le marché mondial pourrait être soumis au critère 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.

32. Ce qui est certain, c'est que les autorités de la concurrence et les gouvernements doivent engager des délibérations approfondies pour déterminer si les questions d'intérêt public devraient être prises en considération dans la politique de la concurrence ou au moyen d'un autre instrument plus efficace¹¹.

C. Mesures correctives

33. 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 (tableau VI.4).

34. 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 recoupement) constitue la mesure corrective structurelle la plus efficace dont disposent les autorités de la concurrence pour prévenir ou réduire le renforcement de la position de force sur le marché.

35. 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.

36. 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 sont généralement moins efficaces que les mesures structurelles, parce qu'elles sont plus difficiles à surveiller et à mettre en œuvre.

Tableau VI.4

Différentes formules relevées dans des législations existantes – Mesures correctives

Brésil	L'autorité de la concurrence dispose de pouvoirs étendus pour assurer une réparation et est expressément autorisée 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 61 de la loi brésilienne antitrust n° 12.529 du 30 novembre 2011.)
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

¹¹ Whish, 2009.

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.

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 en matière de notification peut entraîner une amende jusqu'à concurrence de 10 000 dollars par jour d'infraction. 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. Les autorités peuvent également appliquer des mesures correctives au niveau des pratiques, mais celles-ci sont rarement utilisées dans les cas de fusion.</p>
Fédération de Russie	<p>En vertu de l'article 34.1 de la loi fédérale sur la protection de la concurrence, adoptée en 2006 et modifiée en 2016, les entités qui sont issues de fusions ou d'acquisitions relevant de l'article 27 de la loi antimonopole et réalisées sans l'accord préalable de l'organisme antimonopole doivent être liquidées ou réorganisées en entités juridiquement distinctes à la demande de l'organisme antimonopole.</p> <p>En vertu de l'article 34.2 de la loi, les opérations visées aux articles 28 et 29 et effectuées sans l'accord préalable de l'organisme antimonopole sont déclarées nulles et non avenues par l'organisme antimonopole, si ces opérations ou d'autres mesures entraînent ou sont susceptibles d'entraîner une restriction de la concurrence.</p>
Kenya	<p>En application de la loi n° 12 de 2010 sur la concurrence, toute personne qui ne satisfait pas aux obligations de notification et aux critères d'approbation énoncés dans la partie IV commet une infraction et est passible d'une peine de prison de cinq ans maximum et/ou d'une amende de 10 millions de shillings kényans maximum. L'autorité de la concurrence peut imposer une sanction pécuniaire, dont le montant ne pourra pas excéder 10 % du chiffre d'affaires brut réalisé au Kenya par l'entreprise ou les entreprises concernées au cours de l'année précédente. En vertu de l'article 42 de la loi sur la concurrence, toute fusion réalisée sans l'accord de l'autorité de la concurrence est sans effet juridique.</p>
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. 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. 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>

D. Prise de contrôle entre sociétés étrangères

37. 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 constituées 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.

38. Les autorités de la concurrence devraient être conscientes de deux problèmes qui peuvent survenir 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 l'utilisation du même critère de fond. Deuxièmement, l'application de dispositions différentes en matière de notification et d'autorisation avant la fusion fait supporter des coûts élevés aux parties chargées de notifier l'opération¹². La coopération internationale peut résoudre certains de ces problèmes.

E. Évolution récente de la législation et de son application effective

39. En Argentine, le Congrès a adopté la réforme de la loi sur la concurrence en novembre 2017. La nouvelle loi devrait entrer en vigueur après l'approbation du Sénat, qui était censé l'examiner en mars 2018. Elle prévoit que les parties à une fusion ne puissent plus conclure une opération sans avoir obtenu un accord préalable, compte tenu du passage à un régime suspensif. Elle modifie en outre le délai de la procédure de contrôle des fusions pour le porter à quarante-cinq jours, avec la possibilité de le prolonger de cent vingt jours pour les opérations qui nécessitent un contrôle plus strict¹³.

40. En Arabie saoudite, le Conseil de la concurrence intensifie ses activités de contrôle des fusions, comme il ressort de l'augmentation sensible du nombre d'opérations notifiées. S'agissant des mesures coercitives, il a rendu sa première décision d'interdiction en juillet 2014 et enquête actuellement sur un possible défaut de notification. À ce jour, ses enquêtes n'ont concerné que des opérations avec des entreprises saoudiennes. L'Arabie saoudite est maintenant dotée de l'un des nouveaux régimes du droit de la concurrence les plus importants du Moyen-Orient. Le fait que le Conseil de la concurrence l'applique directement entraîne aussi une multiplication des actions en justice, car les défendeurs font régulièrement appel de ses décisions de sanction financière. Cela peut poser certains problèmes au personnel judiciaire, les juges devant encore se familiariser avec des concepts du droit de la concurrence relativement nouveaux. À mesure que le système continuera de se développer, d'autres pays voisins, comme les Émirats arabes unis, le Koweït et Oman, pourront s'inspirer de l'expérience saoudienne pour tenter d'élaborer leurs propres régimes d'application et de contrôle de l'application du droit de la concurrence¹⁴.

41. Aux Émirats arabes unis, le droit de la concurrence est encore balbutiant et, à ce jour, aucune affaire n'a été recensée dans ce domaine. La loi sur la concurrence a été promulguée en février 2013 et les règlements qui précisent sa portée et son champ d'application ont été publiés en octobre 2014. Bien que ces règlements aient clarifié un certain nombre de questions procédurales importantes, il subsiste des vides juridiques, notamment en ce qui concerne les seuils de notification applicables, qui doivent être examinés séparément et faire l'objet de résolutions distinctes du Gouvernement. On ne sait pas exactement dans quelle mesure les entreprises qui sont parties à des opérations aux Émirats arabes unis susceptibles de leur assurer des parts de marché considérables sont tenues de notifier ces opérations ou si une procédure de contrôle pourrait être engagée après le dépôt d'une plainte par un tiers, selon la procédure maintenant officiellement établie. Une autre question, qui mériterait des éclaircissements, concerne l'obligation pour l'entreprise acquise de notifier l'opération¹⁵.

¹² Fox, 2008.

¹³ J. Davies, dir. publ., 2017, *Merger Control 2017: Getting the Deal Through* (Law Business Research, Londres).

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid.

42. En Chine, les procédures de contrôle des fusions visent de plus en plus des opérations entre des entreprises multinationales. En 2012, l'un des cas les plus remarquables de fusion entre des entreprises étrangères a été l'acquisition de Motorola Mobility par Google. Le Ministère du commerce a posé des conditions d'ordre pratique pour garantir, entre autres, que Google continue de proposer sa plateforme Android gratuitement et librement et continue de se conformer aux dispositions justes, raisonnables et non discriminatoires de concession de licences qui sont applicables au large portefeuille de brevets essentiels à l'application d'une norme détenu par Motorola Mobility dans le secteur des télécommunications. Un autre cas intéressant, qui témoigne de la participation croissante de la Chine au contrôle des fusions entre multinationales, est celui de la fusion entre United Technologies Corporation et Goodrich. En l'espèce, le Ministère chinois du commerce a imposé des mesures correctives structurelles avant même que ses homologues des États-Unis et de l'Union européenne n'aient achevé leur procédure de contrôle, ce qui montre qu'il joue un rôle de plus en plus actif dans l'application de mesures correctives aux fusions entre entreprises étrangères. En 2014, il a imposé de telles mesures dans les opérations de fusion entre Thermo Fisher et Life Technologies, entre Microsoft et Nokia et entre Merck et AstraZeneca, et dans l'association entre Corun, Toyota China, Primearth EV Energy, Sinogy et Toyota Tsusho. Le 19 octobre 2015, le Ministère du commerce a autorisé, sous conditions, l'acquisition d'Alcatel Lucent par Nokia. Pour la première fois, le Ministère du commerce a donné des lignes directrices pour la définition du preneur de licence de bonne foi ou consentant et la détermination des cas où le donneur de licence d'un brevet essentiel à l'application d'une norme peut ou ne peut pas demander une injonction contre un preneur de licence consentant. La décision met en évidence la capacité du Ministère de traiter de certaines questions complexes en matière de lutte contre les trusts et de concession de licences de brevets essentiels à l'application d'une norme ainsi que sa volonté de garantir l'accessibilité de ces brevets aux entreprises technologiques chinoises¹⁶.

43. Aux États-Unis, la Commission fédérale du commerce a remporté deux affaires en invoquant une définition du marché fondée sur la clientèle locale. En février 2015, elle s'est opposée à la fusion entre Sysco Corporation et United States Foods, au motif que si la fusion proposée était approuvée en l'état, les prestations offertes aux clients nationaux de l'industrie de la restauration, y compris les restaurants, les hôpitaux, les hôtels et les écoles, seraient probablement d'un coût plus élevé et d'une moins bonne qualité qu'en l'absence de fusion. Quant à la proposition de céder 11 centres de distribution de United States Foods à Performance Food Group, la Commission fédérale du commerce a considéré que cette mesure corrective ne permettrait pas à Performance Food Group de reprendre la place de United States Foods sur le marché et ne compenserait pas les effets anticoncurrentiels causés par la fusion. Le tribunal a rejeté l'argument soutenant la mesure corrective proposée et a donné gain de cause à la Commission fédérale du commerce en prononçant l'injonction préliminaire que celle-ci avait demandée. Les parties ont abandonné leur projet de fusion le 29 juin 2015¹⁷.

44. La Commission européenne a publié une communication relative à une procédure simplifiée du traitement de certaines opérations de concentration en application du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil (2013/C 366/04). Cette communication décrit la procédure simplifiée que la Commission entend suivre pour le traitement de certaines opérations de concentration qui ne soulèvent pas de problèmes de concurrence. Le nombre de notifications et le nombre de procédures de phase II ont beaucoup augmenté dans l'Union européenne. En 2016, la Commission a interdit le projet d'association de C. K. Hutchison et O2 sur le marché britannique de la téléphonie mobile. Cette décision est survenue moins d'un an après que TeliaSonera et Telenor ont abandonné le projet de fusionner leurs activités de téléphonie mobile au Danemark, par anticipation d'une interdiction. D'autres projets très médiatisés ont été abandonnés, par exemple les fusions entre Mondi et Walki, en décembre 2015, et entre Halliburton et Baker Hughes, en mai 2016¹⁸.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013XC1214%2802%29&from=FR> (page consultée le 16 mai 2018).

45. Dans le cadre de leurs activités de contrôle, les autorités de la concurrence étudient depuis peu l'impact des fusions sur l'innovation. En mars 2017, la Commission européenne a autorisé la fusion entre Dow et DuPont sous réserve d'un réexamen approfondi de l'opération, notamment la cession d'une partie importante de l'activité mondiale de DuPont dans le secteur des pesticides, dont sa structure mondiale de recherche-développement. La Commission européenne craignait que l'opération puisse nuire à l'innovation en dissuadant les parties de poursuivre les efforts qu'elles menaient en parallèle, toutes deux étant en concurrence frontale dans un certain nombre de domaines d'innovation importants liés aux herbicides, aux insecticides et aux fongicides. Elle était aussi préoccupée par ce qui risquait de se produire si les parties étaient dissuadées de développer et de commercialiser de nouveaux pesticides. À cet égard, la Commission européenne a établi que l'entité issue de la fusion aurait moins la volonté et la capacité d'innover que chacune des deux entreprises initiales. Dans le cadre de son enquête, elle a aussi établi que l'entité issue de la fusion investirait moins dans le développement de produits innovants. À l'issue de l'opération, il ne subsisterait que trois entreprises intégrées pour faire concurrence à l'entité issue de la fusion sur le marché mondial et dans un secteur très difficilement accessible. En réponse à ces préoccupations, les parties ont proposé de prendre une série d'engagements, qui ont été acceptés par la Commission européenne¹⁹.

46. Ces dernières années, les opérations de concentration ont aussi été beaucoup plus nombreuses dans le secteur des technologies de pointe. Elles ont concerné Google et DoubleClick, Microsoft et Yahoo, Microsoft et Skype, Facebook et WhatsApp, et Microsoft et LinkedIn. La Commission européenne a approuvé la fusion entre Microsoft et Skype, bien que l'opération permettrait aux deux entreprises de contrôler conjointement près de 90 % du marché des télécommunications grand public. Cette décision se fondait principalement sur les facteurs suivants : le dynamisme et la croissance rapide du secteur des télécommunications, les faibles restrictions à l'entrée, le manque d'effets de réseau et le nombre d'acteurs sur le marché, dont Google et Facebook. Elle a été confirmée par le Tribunal de l'Union européenne dans son arrêt historique en l'affaire T-79/12 *Cisco Systems, Inc. et Messagenet SpA c. Commission*²⁰. La décision de la Commission européenne s'inscrit dans le droit fil de celles qui ont été rendues par les autorités de la concurrence en Australie, au Brésil, aux États-Unis, en Fédération de Russie, en Serbie et dans la province chinoise de Taiwan. En décembre 2016, la Commission européenne a approuvé la fusion de Microsoft et LinkedIn sous réserve de certaines conditions, alors que l'Afrique du Sud, le Brésil, le Canada et les États-Unis l'ont approuvée sans condition. En particulier, la Commission européenne a noté le risque de verrouillage du marché. Dans sa décision, elle a examiné les effets de nature horizontale, verticale ou hétérogène que la concentration des données pouvait produire. Ce faisant, elle a donné d'autres précisions sur sa manière d'aborder ce que l'on appelle communément les questions relatives aux mégadonnées, c'est-à-dire la mise en commun de grands ensembles de données, dans le cadre de fusions²¹.

47. Les États-Unis ont également rencontré certaines difficultés au moment d'examiner les effets des fusions dans le secteur des technologies sur la concurrence. Premièrement, il n'est pas possible de définir selon les méthodes traditionnelles le marché en cause, dans lequel la concurrence est limitée, lorsque ce marché n'existe pas encore ou que l'une des parties n'est pas encore présente sur celui-ci. Deuxièmement, il peut être difficile de savoir comment stimuler au mieux l'innovation, compte tenu de la nature de la concurrence dans ce domaine. Est-ce en mutualisant les ressources de recherche-développement ou en préservant des entités distinctes, indépendantes, qui rivalisent dans la recherche de solutions ? C'est la question qui s'est posée à la Commission fédérale du commerce avec

¹⁹ Commission européenne, 2017, Concentrations : la Commission autorise la concentration entre Dow et DuPont sous réserve de conditions, 27 mars 2017, disponible à l'adresse http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-772_fr.htm (consultée le 16 mai 2018).

²⁰ Tribunal de l'Union européenne, 2013, L'acquisition par Microsoft de Skype est compatible avec le marché intérieur, 11 décembre, disponible à l'adresse http://europa.eu/rapid/press-release_CJE-13-156_fr.htm (consultée le 16 mai 2018).

²¹ Commission européenne, 2017, Competition Merger Brief, Issue 1/2017, disponible à l'adresse <http://ec.europa.eu/competition/publications/cmb/2017/kdal17001enn.pdf> (consultée le 17 mai 2018).

l'acquisition d'Arbitron Inc. par Nielsen Holdings NV. La Commission a estimé que cette opération éliminerait la concurrence future sur le marché intérieur des services de sondage multiclients et multiplateformes, permettrait à Nielsen d'exercer unilatéralement une position de force sur ce marché et entraînerait une hausse des prix des services considérés²². Même si cette théorie du préjudice concernait un marché en devenir, la Commission a jugé que, au vu des faits observés, une mesure corrective s'imposait pour remédier au tort que l'acquisition pourrait causer à la concurrence²³. Pour appuyer sa décision, elle s'est référée aux lignes directrices de 2010 sur les fusions horizontales, qui invitent les organismes compétents à déterminer si les entreprises parties à la fusion sont ou pourraient devenir leurs principales concurrentes directes en l'absence d'opération²⁴. Compte tenu de l'avis de la Commission, les parties sont convenues de faciliter l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché en accordant aux tierces parties une licence libre de droits pour l'utilisation des services de sondage multiplateformes d'Arbitron.

48. Il n'est pas facile pour les autorités de la concurrence de répondre aux préoccupations concernant la concurrence dans le domaine de l'innovation et sur les futurs marchés des technologies de pointe. Parfois, il n'est même pas possible de trouver les mesures correctives qui s'imposent. Par exemple, dans le cas de l'acquisition de Tokyo Electron par Applied Materials, le Ministère de la justice des États-Unis a considéré que ces deux entreprises seraient leurs principales concurrentes sur un marché de produits en cours de développement. Les parties ont abandonné leur projet de fusion après que le Ministère de la justice a rejeté les opérations de cession d'actifs qu'elles avaient proposées à titre de mesure corrective, au motif que celles-ci ne suffiraient pas à lever les préoccupations en matière d'innovation. Enfin, les affaires *Microsoft/Yahoo* et *United States v. American Express Company* montrent la nécessité de tenir compte des particularités des marchés multifaces des technologies de pointe, sur lesquels sont notamment présents Amazon, Facebook, Google et Uber, lorsque l'on analyse les effets des fusions sur ces marchés²⁵.

²² Federal Trade Commission et Department of Justice, 2013, Hart–Scott–Rodino Annual Report : Fiscal Year 2013.

²³ Federal Trade Commission, 2013, Statement of the Federal Trade Commission : In the Matter of Nielsen Holdings N.V. and Arbitron Inc, disponible à l'adresse https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/297661/140228nielsenholdingstatement.pdf (consultée le 23 mai 2018).

²⁴ Ibid.

²⁵ C. S. Hataway et M. S. Wise, 2016, US [United States] merger control in the high-technology sector, dans I. Knable Gotts, dir. publ., *The Merger Control Review* (Law Business Research, Londres).