



Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement

Distr. générale
26 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

Sensibilisation aux questions de concurrence, contrôle des fusions et application effective du droit en période de difficultés économiques

Note du secrétariat de la CNUCED

Résumé analytique

Le présent rapport d'information a pour objet d'examiner les différentes approches adoptées par les autorités de la concurrence en réponse aux enjeux posés par la crise économique mondiale afin de parvenir à une application effective du contrôle des fusions. Partant du constat que la récession s'est étendue au-delà des marchés sur lesquels elle est née, il suggère que les autorités compétentes doivent elles aussi dépasser le cadre des frontières nationales en matière d'application des politiques de la concurrence et de contrôle des fusions. Pour que l'application des règles soit effective, les gouvernements doivent s'efforcer de minimiser les répercussions négatives de leurs interventions sur la concurrence et tenir compte des conséquences préjudiciables qu'elles risquent d'engendrer dans d'autres États, compte tenu des dimensions mondiales de certains marchés. Les pratiques anticoncurrentielles demandent donc des réponses coordonnées sur le plan mondial.

En plus de recommander une coordination accrue, le présent document suggère qu'une application effective des politiques de la concurrence et de contrôle des fusions doit se fonder sur une application rigoureuse et uniforme des lois nationales tout au long du cycle économique, et que ces lois ne doivent pas être assouplies en période de récession. En outre, ce document attire l'attention sur l'importance accrue de la promotion de la concurrence en période de difficultés économiques, en soulignant que l'application effective d'une politique de la concurrence exige que la promotion de la concurrence soit étendue à des domaines politiques plus vastes, sans pour autant compromettre l'indépendance des autorités de la concurrence.

Table des matières

	<i>Page</i>
Introduction.....	3
A. Contexte de la crise financière.....	3
B. Effets sur le contrôle des fusions.....	4
I. Application effective: la nécessité d'une coopération.....	7
A. La dimension mondiale de la concurrence.....	7
B. Instruments internationaux et organisations de la concurrence.....	8
II. Application du droit et de la politique actuels.....	10
A. Le maintien du statu quo.....	10
B. Évolutions procédurales.....	12
C. Modifications importantes.....	13
D. Stratégies de sortie.....	17
III. Promotion de la concurrence.....	17
A. La nécessité d'un rôle renforcé.....	17
B. Stratégie industrielle favorable à la concurrence.....	18
C. Indépendance.....	18
D. Mesures pratiques destinées à élargir le rôle de promotion de la concurrence.....	18
IV. Conclusion.....	20

Introduction

A. Contexte de la crise financière

1. On estime que la récente crise financière mondiale est imputable à une combinaison d'erreurs stratégiques majeures, à l'inconscience des banques et à la faiblesse de la réglementation en vigueur. Les banques, appâtées par des perspectives de profits trompeuses, ont emprunté et prêté de manière excessive et largement au-dessus de leurs réserves. Au moment de l'éclatement de la bulle des prix des actifs, elles se sont retrouvées exposées, déclenchant par la même occasion des défauts de paiement à grande échelle. Ces effets se sont étendus dans le monde entier en raison de la vente et de l'achat d'obscur produits dérivés de crédits entre les établissements financiers du monde entier.

2. La crise a atteint son paroxysme en septembre 2008, lorsque la banque d'investissement Lehman Brothers, la quatrième banque des États-Unis, s'est déclarée en faillite. Peu après, les marchés mondiaux du crédit se sont figés, les marchés boursiers se sont effondrés et d'autres établissements financiers de premier plan sont tombés les uns après les autres, d'abord aux États-Unis, ensuite en Europe puis dans le reste du monde. Le choc infligé au système bancaire a été tel que les banques se sont retrouvées dans l'incapacité d'accorder des crédits aux entreprises dans l'économie réelle, ce qui a eu pour conséquence d'étendre les effets de la crise au-delà des seuls marchés financiers. La crainte d'une défaillance systémique du mécanisme financier international et d'une récession économique généralisée a alors été évoquée. Des appels pressants ont été lancés aux gouvernements, notamment des pays développés, afin qu'ils prennent des mesures rapides pour arrêter l'effet domino des faillites de banques, assainir les marchés financiers et relancer l'économie.

3. En réponse à la crise financière mondiale, les États ont adopté différentes formes de politiques interventionnistes, notamment:

a) En renflouant de grandes entreprises ((en majorité mais pas uniquement) des établissements financiers);

b) En injectant des liquidités dans les systèmes financiers pour préserver la circulation du crédit, souvent en contrepartie d'une participation importante dans le capital du bénéficiaire;

c) En encourageant les fusions dans le secteur financier, ce qui a donné lieu à la création de «méga banques»; et

d) En demandant aux autorités de la concurrence d'«assouplir» l'application des règles de concurrence afin d'autoriser des fusions et des alliances qui auraient autrement été remises en question.

(L'encadré ci-dessous fournit d'autres exemples précis de mesures adoptées par les gouvernements du monde entier pour contrer les effets de la crise financière et de la récession mondiale.)

4. La mise en œuvre des politiques de la concurrence a donc fait de plus en plus l'objet de pressions politiques. La Commission européenne a par exemple été forcée de modifier sa politique concernant l'application des règles en matière d'aides d'État aux institutions financières pour l'adapter aux mesures de sauvetage adoptées par les gouvernements pour soutenir leurs secteurs financiers. Étant donné que de nombreux gouvernements de l'Union européenne avaient déjà octroyé des aides aux établissements en difficulté, en infraction des règles applicables en matière d'aides d'État, certains affirment que la Commission

européenne n'avait pas d'autre choix que de mettre en place ces modifications afin, d'une part, d'éviter que ces règles soient ouvertement bafouées et, d'autre part, pour contrer les pressions politiques appelant à leur non-respect.

5. Le fait de céder aux pressions politiques systématiques appelant à un assouplissement des règles de concurrence et de leur application peut avoir des conséquences préjudiciables sur le plan national et international et retarder la reprise mondiale. La dimension mondiale des marchés et l'étendue de la récession soulignent les répercussions extérieures que les activités économiques d'un pays peuvent avoir sur les marchés d'un autre. Comme le souligne le chapitre II ci-dessous, pour que la concurrence soit effective, il est indispensable que les pays ne poursuivent pas simplement leur propre intérêt national mais qu'ils adoptent une approche plus large afin de tenir compte des répercussions de leur politique sur la concurrence dans les autres pays.

B. Effets sur le contrôle des fusions

6. En plus d'affecter la composition et la structure des marchés, les fusions ont des répercussions sur des domaines politiques situés en dehors du cadre de la concurrence. Par exemple, une part importante des investissements directs à l'étranger prend la forme de fusions et d'acquisitions qui sont souvent encouragées par les gouvernements, en particulier dans les pays en développement qui cherchent à faire progresser leur croissance. Pendant la récente crise financière, les acquisitions de grandes sociétés en difficultés financières ont souvent été accueillies favorablement par les États car elles les dispensaient d'avoir à encourir la moindre dépense en venant à l'aide de ces sociétés. La politique de la concurrence, dont l'objectif est de réglementer et d'empêcher les fusions susceptibles d'être préjudiciables à la concurrence sur le marché, peut se heurter à ces objectifs. Les fusions se trouvent donc à la croisée des objectifs des politiques industrielles, politiques ou économiques. Pour les autorités de la concurrence du monde entier, l'adoption d'une approche adéquate du contrôle des fusions en période de difficultés économiques constitue un défi de taille.

7. Le paragraphe qui suit résume les développements majeurs de l'activité de fusion et de l'application du contrôle des fusions pendant la récente récession:

a) Une pression accrue exercée sur les gouvernements en vue d'assouplir les lois en matière de contrôle des fusions et les normes en matière d'application dans leur ensemble. Cet aspect s'est révélé être une difficulté majeure pour les autorités de la concurrence de certaines juridictions, dont le rôle a été mis en retrait au profit d'autres d'objectifs de politiques souvent à court terme;

b) Les fusions encouragées par les États ou réalisées à leur initiative ont souvent été associées à de vastes paquets de mesures budgétaires de relance dans le cadre de politiques publiques de reprise. Là encore, l'application du contrôle des fusions a été entravée par les objectifs potentiellement divergents qui sous-tendaient ces fusions;

c) La crise a accru la complexité de l'analyse substantive des décisions relatives aux fusions. L'analyse contrefactuelle¹ opère désormais en territoire inconnu, d'où la nécessité d'effectuer la transition entre les quinze années précédentes, pendant lesquelles la

¹ L'analyse contrefactuelle constitue un moyen auquel recourent les autorités de la concurrence pour être en mesure de prédire les répercussions potentielles d'une fusion sur le marché concerné. Elle suppose de comparer la structure concurrentielle existant sur le marché et la composition future du marché en cas de réalisation de la fusion en question. Le but est généralement de déterminer si oui ou non il y aura réduction de la concurrence en raison de la fusion.

plupart des économies ont connu une croissance continue et la stabilité, et le contexte actuel, marqué par un accès limité au financement et une demande en chute libre. Plus concrètement, en raison du nombre croissant d'entreprises en difficultés financières, on a observé un recours plus important à l'argument de l'entreprise défaillante pour justifier des fusions qui, en temps normal, auraient été qualifiées d'anticoncurrentielles. Cette situation pose des problèmes non seulement en termes d'analyse substantive mais également en termes de mesures correctives. Par exemple, le nombre réduit d'acheteurs en mesure d'acquiescer des cessions en raison de l'accès restreint au financement a limité la latitude des autorités de la concurrence pour imposer des mesures correctives de nature structurelle;

d) Au niveau procédural, la fragilité du marché et l'instabilité financière des entreprises ont forcé les autorités de la concurrence à répondre rapidement aux demandes, soulevant des doutes sur la qualité de l'évaluation substantive.

8. Le rapport est organisé de la manière suivante. Le chapitre I souscrit à la nécessité d'une coopération mondiale en matière d'application des règles de concurrence afin de parvenir à une application effective du contrôle des fusions, en particulier en période de difficultés économiques. Il décrit la dimension mondiale de la concurrence et la nécessité pour les autorités de la concurrence de mettre davantage l'accent sur les répercussions mondiales susceptibles d'affecter la concurrence lors de l'application des règles en matière de contrôle des fusions au niveau national. Le chapitre II souligne les avantages d'une application stricte, en période de crise économique, du droit national de la concurrence en vigueur et explique qu'il est essentiel de ne pas céder aux pressions appelant à un assouplissement de la législation en contrepartie de gains politiques à court terme. Ce chapitre insiste également sur la nécessité d'aborder la question des limites au sein de régimes de concurrence contraignants. Le chapitre III traite du rôle de la promotion pour parvenir à une application effective des mesures. Il préconise d'étendre la promotion de la concurrence à des domaines de politique plus vastes afin de limiter les fusions anticoncurrentielles et de favoriser d'autres options. Le dernier chapitre formule des conclusions sous la forme d'observations et soulève des thèmes de discussion.

Réponses des États à la crise économique 2008-2009

Tour d'horizon des pays développés

Lieux de naissance de la crise économique mondiale, les pays développés, en particulier les États-Unis et les marchés européens, ont été largement affectés par la crise. L'économie ayant été mise à rude épreuve, les gouvernements ont pris des mesures sans précédent pour venir en aide aux établissements financiers d'importance systémique au bord de la faillite.

États-Unis

- Un paquet de mesures budgétaires de relance d'un montant de 787 milliards de dollars a été introduit.
- Plusieurs fusions ont été autorisées, augmentant de façon substantielle la concentration des marchés financiers américains. On peut citer notamment l'achat de Merrill Lynch par Bank of America, qui a donné naissance à la deuxième banque mondiale en termes de valeur boursière.
- La Réserve fédérale a prêté au géant de l'assurance American International Group (AIG) 182,5 milliards de dollars en contrepartie d'une participation de 79,9 % dans son capital.
- Le Gouvernement des États-Unis a acheté pour 250 milliards de dollars supplémentaires d'actions dans neuf banques américaines de premier plan.

- Les géants de l'automobile en difficulté General Motors Corporation et Chrysler LLC ont été sauvés de la faillite par plusieurs prêts que leur a concédés le Trésor américain.

Union européenne

- Un paquet de mesures budgétaires de relance de 200 milliards de d'euros (264 milliards de dollars des États-Unis) a été introduit dans toute l'Union européenne, représentant environ 1,5 % du PIB.
- La Commission européenne a accéléré l'approbation des plans de sauvetage des banques et a rapidement adopté des lignes directrices au niveau européen prévoyant des systèmes de garantie nationaux des dépôts bancaires pour une durée de deux ans, assouplissant ainsi les règles en matière d'aides d'État lorsque c'était jugé «nécessaire pour permettre aux établissements de faire face à la crise secouant les marchés financiers».

Royaume-Uni

- Un plan de sauvetage des banques d'un montant de 850 milliards de livres sterling a été introduit.
- Lloyds TSB Bank a été autorisée à acheter HBOS, la première banque britannique de crédit immobilier, pour 12 milliards de livres sterling (18,9 milliards de dollars des États-Unis). À cette occasion, l'Office of Fair Trading (OFT), l'autorité britannique de la concurrence, a remarqué que la transaction était susceptible d'entraîner une réduction significative de la concurrence sur certains marchés (par exemple, les marchés des comptes courants et des prêts immobiliers).
- Les banques de crédit immobilier Northern Rock et Bradford & Bingley Plc ont été nationalisées. La banque espagnole Banco Santander SA a racheté les dépôts des comptes courants de Bradford & Bingley ainsi que son réseau d'agences.

Japon

- Un paquet de mesures de relance d'un montant de 15 trillions de yens (3 % du PIB) a été introduit.
- La Banque du Japon a offert jusqu'à 10,2 milliards de dollars des États-Unis de prêts subordonnés aux banques afin de renforcer leurs fonds propres.
- L'assemblée législative japonaise a modifié ses lois en matière de contrôle des fusions afin de simplifier le processus d'examen des fusions.

République de Corée

- Le Gouvernement a introduit un plan de sauvetage de 130 milliards de dollars des États-Unis offrant une garantie d'État sur la dette extérieure ainsi que la promesse de recapitaliser les établissements financiers.
- Le pouvoir législatif a également modifié les lois en matière de contrôle des fusions afin de simplifier la procédure d'examen.
- Le Gouvernement a réduit de 70 % les taxes sur l'achat et l'immatriculation pour les clients achetant de nouvelles voitures en remplacement de leurs anciens véhicules.

Tour d'horizon des pays en développement/transition

Selon la Banque mondiale, les économies en développement et en transition ont été durement touchées par la récession mondiale. Au premier trimestre 2009, 25 des 31 pays développés pour lesquels les statistiques trimestrielles des comptes nationaux sont disponibles avaient déclaré des taux de croissance négatifs.

Brésil

- Le Gouvernement a réduit le niveau des réserves obligatoires détenues par les banques et a incité les grands établissements financiers à acheter les portefeuilles de prêts de banques moins importantes.
- L'État a encouragé les banques nationalisées ou contrôlées par l'État à élargir leurs activités de crédit en octroyant jusqu'à 115 milliards de réaux (soit 4 % du PIB) en prêts fédéraux à la Banque nationale développement (BNDES) ainsi qu'à d'autres institutions entre 2009 et 2010.
- Le Gouvernement a accordé des facilités de crédit aux exportateurs, autorisé la vente de swap de change par la banque centrale et allégé les charges fiscales sur certaines opérations financières.

Chine

- Le Gouvernement a introduit un plan de relance de 4 milliards de milliards de yuans (586 milliards de dollars des États-Unis).
 - Ce plan comportait différentes mesures d'aide financière telles que des réductions d'impôts et des mesures fiscales visant à renforcer les secteurs prioritaires.

I. Application effective: la nécessité d'une coopération**A. La dimension mondiale de la concurrence**

9. La tendance mondiale en faveur de la libéralisation et la déréglementation dans les années 80 s'est traduite par une désaffection massive des politiques industrielles² au profit des politiques de la concurrence³. Aujourd'hui, des autorités de la concurrence existent dans plus d'une centaine de pays (la Chine et l'Inde étant les derniers pays à s'en être dotés), contre tout juste 14 il y a dix ans. Bien que les tentatives de développement de règles de concurrence multilatérales se soient soldées par des échecs, il ne fait aucun doute aujourd'hui que la concurrence est un phénomène mondial et qu'il est indispensable de mettre en place une forme de coordination entre les autorités de la concurrence et les régimes de concurrence au niveau mondial.

10. L'essor du mouvement de libéralisation des échanges a également entraîné la croissance des investissements directs étrangers, dont une part croissante a pris la forme de fusions et d'acquisitions. Cette évolution confère à la coopération une importance toute particulière dans le contexte du contrôle des fusions. Aujourd'hui, la gamme des marchés ouverts aux entreprises s'est sensiblement élargie, amplifiant de ce fait la portée extraterritoriale des fusions. La majorité des grandes fusions entre entreprises américaines et européennes exigent maintenant l'approbation de multiples autorités de la concurrence dans le monde entier. Une coordination accrue des procédures et des normes en matière d'application entre les autorités de la concurrence profite donc à l'ensemble de la communauté des affaires car elle réduit les coûts de transaction et allège les procédures

² Les *politiques industrielles* impliquent généralement un effort concerté, ciblé et conscient de la part des pouvoirs publics pour encourager et promouvoir des industries ou des secteurs spécifiques.

³ La *concurrence* décrit la lutte pour la supériorité, ce qui, dans un contexte commercial, revient à chercher à gagner la clientèle et la part de marché des acteurs d'un marché.

d'examen de la même transaction par plusieurs juridictions. Plus important encore, dans la mesure où une fusion se répercute sur la concurrence dans d'autres juridictions, une coopération accrue peut jouer un rôle essentiel pour répondre aux préoccupations des autorités de la concurrence d'autres nations. Pour ce faire, les décideurs doivent donc avoir du «domaine de concurrence» une perception qui soit juridique au lieu d'être politique ou à connotations politiques.

11. Comme nous l'avons mentionné précédemment, les périodes de difficultés économiques sont marquées par une méfiance ou une intolérance accrue à l'égard des valeurs de la concurrence, en dépit de leurs avantages à long terme et de leur rôle clé dans la reprise et la croissance économique (voir le chapitre II ci-dessous). La coopération est plus que jamais importante en période de récession car elle permet d'éviter de céder à la tentation d'assouplir le contrôle des fusions en contrepartie de la stabilité à tout prix. La prise en compte des retombées des politiques anticoncurrentielles dans d'autres domaines et de leurs effets globalement préjudiciables sur la concurrence permettra de réduire les possibilités de conflits entre les gouvernements et de parvenir plus facilement à des conditions de concurrence équitables.

B. Instruments internationaux et organisations de la concurrence

12. La coopération se trouve au cœur de l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives (l'Ensemble), négocié sous les auspices de la CNUCED, ainsi que des différents instruments de l'Organisation de coopération et de développement économiques⁴. L'Ensemble et les instruments de l'OCDE reconnaissent la nécessité d'une collaboration internationale pour éliminer les pratiques commerciales restrictives qui affectent les échanges commerciaux internationaux et recommandent l'adoption et l'application effective d'un droit et d'une politique de la concurrence. Les pratiques de coordination entre les autorités de la concurrence recommandées par l'Ensemble et les instruments de l'OCDE prévoient notamment la notification, la consultation, l'échange de renseignements non confidentiels et confidentiels (avec certaines garanties), la coordination des enquêtes et une assistance dans ce domaine, ainsi que l'établissement d'un mécanisme de conciliation pour minimiser les conflits dans l'application des lois en matière de concurrence. En outre, l'Ensemble insiste sur la nécessité pour les pays développés de prendre en considération les besoins de développement, les besoins financiers et les besoins commerciaux des pays en développement, en particulier des pays les moins avancés (art. C). Il exhorte les États à aller le plus loin possible dans la mise en œuvre de mesures appropriées pour empêcher et/ou réprimer l'emploi de pratiques commerciales restrictives quand ils constatent que ces pratiques sont préjudiciables au commerce international.

13. À un niveau moins formel, le Réseau international de la concurrence est un forum qui assure la promotion de la coopération internationale dans la mise en œuvre du contrôle des fusions par le biais du dialogue informel et de l'échange des meilleures pratiques. La mission de cette organisation dans le cadre du contrôle des fusions est de promouvoir l'adoption des meilleures pratiques dans la conception et le fonctionnement des régimes d'examen des fusions afin d'améliorer l'efficacité des mécanismes d'examen de chaque juridiction, de faciliter la convergence procédurale et substantive et de réduire le temps ainsi que les coûts consacrés par l'administration et les entreprises à l'examen des fusions dans plusieurs juridictions⁵.

⁴ Les instruments de l'OCDE s'appliquent au groupe restreint de ses membres.

⁵ Voir <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/merger.aspx>.

14. Des progrès importants ont été accomplis dans le monde entier pour parvenir à la coopération décrite précédemment et les avantages de cette coordination ont été démontrés à un certain nombre d'occasions au cours de la récente crise. La Commission européenne a par exemple été particulièrement sensible à la nécessité «de maintenir des conditions de concurrence équitables et de garantir que les mesures nationales n'aient pas pour effet d'exporter les problèmes vers d'autres États membres». Elle a adopté des mesures afin d'éviter une course aux subventions entre États membres en les encourageant à respecter des principes du marché tels que la non-discrimination et la proportionnalité. Ces efforts ont naturellement été ciblés au niveau régional de l'Union européenne.

15. Les pays nordiques fournissent un autre exemple d'action coordonnée au niveau régional. Ce groupe de pays a compris qu'il était nécessaire de coordonner leur approche du droit et de la politique de la concurrence afin d'atteindre le niveau de compétitivité auquel ils aspirent. Leur récent rapport sur la politique de la concurrence et la crise financière fournit une analyse détaillée des effets de la crise économique sur leurs économies et dessine les grandes lignes de leur approche face aux difficultés rencontrées. S'accordant sur la notion de base selon laquelle la politique de la concurrence ne devrait pas être assouplie en période de crise économique, le groupe a formulé des recommandations sur des approches communes de l'application de mesures dans tous les domaines, y compris le contrôle des fusions (Autorités de la concurrence des pays nordiques).

16. On peut également citer des efforts de coopération au niveau bilatéral pendant la récession. La Commission des pratiques commerciales équitables de la République de Corée et la Commission européenne ont officiellement conclu un accord en vue de coopérer et d'accroître la convergence sur la politique de la concurrence et son application. Cet accord comporte notamment un volet de coopération en matière d'examen des fusions et acquisitions et de notification réciproque des activités d'application des mesures susceptibles d'avoir un impact sur l'autre juridiction. Les deux autorités ont également convenu de partager des informations, de coordonner les mesures d'application, de protéger les informations confidentielles fournies par l'autre autorité ainsi que plusieurs autres mesures visant à faciliter une relation de travail étroite entre les autorités. Dans le même esprit, l'assemblée législative japonaise a modifié son processus d'examen des fusions pour le rapprocher des processus européens et américains et pour réduire le nombre de transactions soumises aux exigences de notification.

17. Pour des exemples spécifiques du contenu potentiel de ces accords de coordination, on peut se référer au «Cooperation Protocol for Merger Review» («Protocole de coopération pour l'examen des fusions») conclu entre l'Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) et la New Zealand Commerce Commission (NZCC). Ces agences se sont accordées pour se tenir informées des transactions de fusions pouvant impliquer des opérations transmanésiennes ou avoir des répercussions sur le marché de l'autre pays. Elles cherchent également à obtenir des parties notifiantes l'autorisation d'informer l'autre agence en cas de fusion de ce type. Les autres dispositions visant à rationaliser les mesures d'application concernent notamment:

a) *Le calendrier des évaluations* – Dans la mesure du possible, les agences s'efforcent de dresser des calendriers d'évaluation en tenant compte des différences entre leurs processus respectifs;

b) *Renoncements à la protection de la confidentialité des informations et recueil des preuves* – Les agences demandent aux parties à une fusion de renoncer formellement à la confidentialité des informations relatives à la transaction de manière à pouvoir les partager avec l'autre agence en vue d'améliorer la communication et de parvenir à un processus décisionnel mieux informé, opportun et effectif;

c) *Évaluation substantive* – Les agences ont convenu d’être en rapport constant tout au long du processus d’évaluation en partageant les informations et en rapprochant l’approche analytique des preuves recueillies;

d) *Mesures correctives* – Les agences ont convenu de s’efforcer de faciliter l’application des mesures correctives acceptées dans chacune des juridictions et de discuter de leur compatibilité réciproque, le cas échéant, de partager les mesures correctives proposées afin de les commenter et de participer à des discussions conjointes avec les parties aux fusions et les tiers concernés.

18. L’accord conclu entre l’ACCC et la NZCC nous apprend que les accords de coopération doivent tenir compte des similarités et des différences entre les contextes législatifs et les processus d’examen mis en place par les différentes agences. Par exemple, bien que la notification des opérations de fusion dans le cadre procédures d’examen soit volontaire en Nouvelle-Zélande et en Australie, le degré de formalité du processus d’examen est très variable, le système australien étant très informel. Dès lors, il est indispensable que ces accords soient suffisamment flexibles pour autoriser des différences d’approche sans compromettre pour autant l’objectif de coordination et de partage des informations.

19. Si l’on constate effectivement une tendance vers la coordination (en particulier aux niveaux bilatéral et régional), elle concerne essentiellement les États membres de l’OCDE. En outre, il existe relativement peu d’accords bilatéraux entre les autorités de la concurrence des pays développés et en développement voire parmi les pays en développement. Il est essentiel d’identifier les raisons de cette tendance et de parvenir à une plus grande coordination et unicité de manière à ce que l’ensemble de la législation et des régimes de concurrence tiennent compte des effets extraterritoriaux sur la concurrence des politiques nationales en matière de fusions.

II. Application du droit et de la politique actuels

A. Le maintien du statu quo

20. Pendant les périodes de récession, des voix s’élèvent souvent pour préconiser l’assouplissement de la politique de la concurrence, l’adoption de mesures protectionnistes, l’intervention de l’État en faveur des entreprises en difficulté et une application moins stricte du droit de la concurrence. Bien que les autorités de la concurrence soient majoritairement opposées à un assouplissement de la politique de la concurrence et donc du contrôle des fusions en période de récession, de nombreux gouvernements ont néanmoins cédé à cette tentation, principalement mais pas uniquement, en ce qui concerne le secteur bancaire et financier.

21. L’argument de l’assouplissement du contrôle des fusions au profit de l’intervention de l’État dans le secteur bancaire et financier est facile à comprendre. La nature même de ce secteur le rend plus vulnérable au risque systémique que d’autres marchés. Les banques et autres acteurs financiers dépendent fortement de la confiance que leur portent leurs clients étant donné qu’ils prêtent plus qu’ils ne reçoivent. En outre, les acteurs des marchés financiers sont extrêmement interdépendants. C’est pourquoi, contrairement à d’autres secteurs, la défaillance d’une banque est capable d’ébranler la confiance du système bancaire et financier tout entier voire de conduire à son effondrement. L’intervention des gouvernements en vue de protéger les établissements financiers de l’effondrement était donc justifiable dans la mesure où une autre solution (c’est-à-dire attendre que les marchés se régulent d’eux-mêmes, ce qui aurait éventuellement supposé la faillite de plusieurs établissements financiers) se serait révélée trop coûteuse. L’intervention des États a

également permis d'apaiser les tensions sociales grandissantes et de dissiper l'érosion de la confiance des entreprises. En outre, l'assouplissement du contrôle des fusions constituait pour les gouvernements une solution à peu de frais étant donné qu'il les dispensait d'avoir à débours des fonds publics.

22. Malgré ces avantages apparents, il convient de souligner les répercussions à long terme. Dans des conditions économiques normales, les marchés concurrentiels profitent aux consommateurs et aux entreprises performantes. Pendant les périodes de prospérité, l'économie connaît une expansion et on assiste à l'entrée de nombreux acteurs sur les nouveaux marchés. Les entreprises performantes profitent des bons investissements et réalisent des profits. En période de récession, les entreprises réduisent leurs coûts et quittent les marchés afin de s'ajuster à la baisse des dépenses de leurs clients. Les entreprises inefficaces qui vendent les produits les moins attrayants ou dont les coûts sont les plus élevés, quittent le marché et laissent la place à des entreprises plus performantes qui pourront se développer ainsi qu'à de nouvelles sociétés qui pourront faire leur entrée sur le marché au moment de la reprise. Et ainsi le cycle se poursuit, la sortie des entreprises, tout comme leur entrée faisant partie intégrante du mécanisme du marché. Le droit et la politique de la concurrence empêchent que les sociétés manipulent ce système en mettant sur pied des ententes destinées à contourner les effets du marché et ainsi à obtenir des parts de marché par la fixation des prix, en tenant à l'écart les entreprises rivales, en fusionnant avec des concurrents importants et en percevant des subventions ou une protection publiques discriminatoires.

23. L'émasculature de ces lois et politiques en raison d'un contexte économique difficile à court terme affaiblit le mécanisme du marché et entraîne des conséquences préjudiciables à moyen et long terme. Au fil du temps, on assiste à une augmentation générale des prix, au détriment des consommateurs, et la baisse des coûts de production réduit l'incitation à innover, et donc la qualité des produits. L'utilisation abusive des politiques interventionnistes illustre également le comportement inconscient des sociétés bénéficiaires, à l'instar des banques, qui semblaient être hors d'atteinte, compte tenu de leur taille et de leur importance sur le marché. Cette question a d'ailleurs fait l'objet d'un débat intense au cours de la dernière récession car le plan de sauvetage des banques se fondait essentiellement sur l'argument selon lequel elles étaient trop importantes pour faire faillite «too big to fail». Bien que des acteurs tels que les actionnaires et les directeurs du secteur aient bénéficié d'un assouplissement de la politique de la concurrence et des règles de contrôle des fusions, les coûts sont ressentis en dernier lieu par les consommateurs, car les sociétés performantes et compétitives ne participent pas à cette activité.

24. D'autre part, il peut être véritablement dangereux d'adopter une approche reléguant au second plan la politique de la concurrence et les règles de contrôle des fusions au profit de l'intervention de l'État et de la politique industrielle pour la bonne raison que les interventions du gouvernement peuvent tout simplement se révéler inefficaces. Les autorités de réglementation prennent souvent des décisions mal à propos, et malgré leurs bonnes intentions, leurs efforts sont parfois vains. Il suffit d'examiner les répercussions de la politique de réglementation industrielle promulguée au cours des récessions et des crises financières précédentes pour se rendre compte des effets arbitraires que les mesures industrielles anticoncurrentielles ont eues sur la reprise⁶. À l'exception du secteur bancaire et financier, dont la nature particulière le rend plus vulnérable, l'assouplissement de la politique de la concurrence et de l'application du contrôle des fusions, en plus d'être un

⁶ Il existe des similarités entre les justifications utilisées pour passer outre le droit de la concurrence et celles utilisées pour autoriser des fusions potentiellement anticoncurrentielles en réponse à la panique financière de 1907 aux États-Unis et à la récession de 1930. On reconnaît généralement que ces pratiques ont entraîné un ralentissement de la reprise économique.

moyen inefficace et contre-productif de parvenir à la reprise, risque en fait d'en ralentir le processus.

25. Pendant la récession, les autorités de la concurrence du monde entier s'accordaient généralement à penser que, dans la mesure du possible, la politique de la concurrence et l'application du contrôle des fusions ne devaient pas être affaiblies. Les autorités de l'Union européenne, des États-Unis, du Royaume-Uni, de la Chine et des pays nordiques, parmi tant d'autres, ont pris grand soin de réitérer l'importance du respect de la politique de la concurrence en période de difficultés économiques et ont souligné que leurs régimes actuels étaient bien équipés pour remédier aux problèmes spécifiques qui se dressaient face à la concurrence pendant une récession. Néanmoins, les répercussions des crises économiques sur les aspects pratiques de l'application des règles de concurrence ne peuvent être ignorées. Les autorités de la concurrence ont été chargées de la tâche peu enviable de maintenir une attitude réaliste, sachant qu'une crise économique peut être un contexte anormal pour évaluer des transactions de fusions tout en évitant tout impact défavorable sur la concurrence. Elles y sont parvenues à des degrés variables. Nous discuterons par la suite de certains des efforts déployés en termes de contrôle des fusions pour contrer la crise.

B. Évolutions procédurales

26. L'ancienne commissaire européenne Neelie Kroes a souligné à de nombreuses occasions qu'il était indispensable d'envisager la concurrence comme faisant partie de la solution à la crise, ajoutant que l'adoption d'une attitude laxiste vis-à-vis de l'application des règles ne pouvait que desservir l'économie. S'agissant du contrôle des fusions, la commissaire Kroes s'est dite déterminée à continuer d'appliquer les règles actuelles tout en tenant pleinement compte de l'environnement économique. Son successeur M. Joaquin Almunia a encore récemment évoqué cette approche, en soulignant que la nécessité d'appliquer les règles de concurrence en général restait forte en période de crise économique. De même, l'Assistant Attorney General des États-Unis, M^{me} Christine Varney, a déclaré que l'application rigoureuse d'une législation antitrust constituait une composante essentielle de la stabilité économique.

27. L'expression «tenir pleinement compte de l'environnement économique» s'est traduite par au moins deux dérogations aux pratiques procédurales existantes, sans doute à l'origine d'un assouplissement du droit et de la politique de la concurrence en matière de contrôle des fusions.

1. Dérogation aux périodes de moratoire

28. De nombreux régimes de contrôle des fusions imposent des périodes d'attente ou de «moratoire» obligatoires qui empêchent les sociétés de fusionner avant d'avoir obtenu l'aval des autorités de la concurrence. Les autorités ont fait montre d'une flexibilité accrue dans leur volonté de déroger à l'obligation de moratoire, en donnant leur approbation à la conclusion immédiate de transactions ou en autorisant une partie à apporter son assistance à une autre avant d'obtenir l'aval des autorités de la concurrence. En adoptant cette approche, les autorités de la concurrence ont cherché à faire coïncider l'objectif politique de garantie de la stabilité financière, en réduisant les délais de fusions impliquant des parties en difficultés financières, et lorsqu'en raison de la viabilité financière rapidement déclinante de l'une des parties, il était essentiel d'agir vite. Selon la position de la Commission européenne, ces dérogations devaient être accordées en l'absence de tout problème de concurrence. Toutefois, cette approche a été adoptée y compris lorsque des problèmes de

concurrence étaient constatés et que des cessions d'actifs étaient imposées⁷. D'autres autorités ont également opté pour cette flexibilité accrue. L'autorité belge a par exemple accordé sa toute première dérogation à la période de moratoire lorsque l'État belge a pris une participation dans le capital de Fortis par l'intermédiaire de la Société fédérale de participations et d'investissement.

2. Périodes d'examen plus courtes

29. Certaines autorités se sont efforcées de réduire substantiellement leurs périodes d'examen pendant la récession, notamment pour avantager les sociétés connaissant des difficultés financières. Là encore, la Commission européenne a été une pionnière dans ce domaine, en menant dans certains cas une analyse complète et en se prononçant dix jours ouvrés avant la date limite légale. Aux États-Unis, des dispositions du *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act* ont été utilisées pour avancer l'expiration des périodes d'attente dans les cas ne présentant pas de problèmes manifestes vis-à-vis de la législation antitrust. Ces dispositions, associées à une coopération étroite entre le Département de la justice et les autorités de réglementation du secteur financier telles que la Réserve fédérale, ont permis l'examen accéléré et l'autorisation de nombreuses fusions potentiellement problématiques telles que Wells Fargo/Wachovia, JPMorganChase/Washington Mutual, et Mitsubishi UFJ/Morgan Stanley. Le Ministère chinois du commerce a également adopté cette approche, en accélérant la fusion Fiat/Chrysler pour des raisons d'urgence financière.

30. En période de difficultés économiques, les autorités de la concurrence doivent se soucier de faire coïncider des objectifs politiques tels que la stabilité. Toutefois, l'application effective des règles de la concurrence exige également que ces dernières fassent preuve de constance et qu'elles restent fidèles à l'idée que les principes du droit et de la politique de la concurrence doivent être maintenus à chacune des étapes du cycle économique. L'assouplissement des procédures permet de supprimer les obstacles administratifs qui retardent l'examen des fusions et favorise la conclusion de transactions destinées à accélérer un retour à la stabilité économique. Néanmoins, il est essentiel que ces changements n'affectent pas l'analyse substantielle au détriment de la concurrence. Là encore, une plus grande coopération entre les autorités de la concurrence du monde entier permettra de fixer une référence normative et incitera les autorités de la concurrence nationales et les gouvernements à mieux rendre compte de leurs actions.

C. Modifications importantes

31. Dans l'ensemble, relativement peu de juridictions ont modifié substantiellement leurs régimes de contrôle des fusions en réponse à la récession mondiale, celles-ci étant largement convaincues que le cadre existant suffisait à remédier aux problèmes déclenchés par la crise. En fait, certaines juridictions ont utilisé la récession pour soutenir les capacités et les ressources de leurs autorités et de leurs politiques de concurrence. Au Mexique, par exemple, on parle d'introduire des réformes du régime de concurrence afin d'accroître les pouvoirs juridiques ainsi que les outils d'application des règles de la concurrence de l'autorité nationale et de renforcer l'environnement concurrentiel global de l'économie.

⁷ À titre d'exemple, lors de la fusion *BNP Paribas/Fortis*, la Commission a autorisé la BNP Paribas à surveiller la salle des marchés de Fortis en Belgique avant l'approbation de la transaction et n'a pas non plus contesté l'injection massive par la BNP Paribas de liquidités dans le capital de Fortis pour empêcher sa faillite.

32. La crise a cependant mis en évidence certains domaines de divergence des cadres législatifs nationaux, notamment en ce qui concerne:

- a) L'argument de l'entreprise défaillante;
- b) Les exigences de notification des opérations de fusion;
- c) Les priorités d'intérêt public (notamment, dans le secteur bancaire et financier); et
- d) Les mesures correctives.

1. L'argument de l'entreprise défaillante

33. Généralement, l'argument de l'entreprise défaillante autorise la conclusion d'une fusion normalement considérée comme anticoncurrentielle au motif que, l'une des parties et ses actifs disparaîtraient du marché si elle n'était pas conclue. La fusion est donc justifiée comme un «moindre mal» en termes d'effets sur la concurrence sur le marché concerné. Si de nombreuses juridictions avaient prévu de telles dispositions dans leur cadre de concurrence, les conditions requises pour faire valoir cet argument étaient rarement réunies, du moins avant l'arrivée de la récession mondiale.

34. À l'instar du discours ambiant sur le rôle de la politique de la concurrence pendant la récession, les autorités de la concurrence, les gouvernements et les universitaires du monde entier ont adopté une position résolument défavorable à l'utilisation de l'argument de l'entreprise défaillante pour justifier l'adoption massive de fusions anticoncurrentielles pendant la récession. Quand bien même, certaines autorités se sont montrées compréhensives dans certains cas particuliers, compte tenu du contexte économique défavorable. Au Royaume-Uni, l'Office britannique de la concurrence (OFT) a par exemple jugé recevable l'argument de l'entreprise défaillante dans le cadre d'une fusion entre deux des premiers détaillants britanniques, HMV et Zavvi, au motif que la disparition des 15 magasins de Zavvi paraissait inéluctable et que la fusion ne serait pas dommageable aux marchés concernés. De la même manière, la Commission de la concurrence néo-zélandaise a admis l'argument de l'entreprise défaillante et publié pour la première fois des directives sur l'application de la doctrine⁸.

35. Dans certaines juridictions, la récession a fait ressortir des problèmes dus à l'absence de l'argument de l'entreprise défaillante. Les réglementations mexicaines sur la concurrence ne comportent pas de disposition relative à l'argument de l'entreprise défaillante. Toutefois, depuis le début de la récession, des appels ont été lancés en faveur d'une modification du droit de la concurrence pour intégrer l'argument de l'entreprise défaillante afin de remédier à l'ambiguïté actuelle qui laisse une marge discrétionnaire considérable (et sans aucune transparence) à l'autorité de la concurrence chargée d'évaluer des fusions entre des sociétés connaissant des difficultés financières.

36. Bien qu'il ne soit pas possible, en période de crise, de faire l'impasse sur la question des fusions remplissant les critères de l'entreprise défaillante, les autorités doivent s'assurer qu'elles respectent la finalité de cet argument et ne pas permettre qu'il soit au service d'objectifs plus larges, au détriment de la concurrence. Du fait de son application peu fréquente, l'argument de l'entreprise défaillante constitue un thème idéal de coopération internationale.

⁸ Voir <http://www.comcom.govt.nz/media-releases/detail/2009/commercecommissiongrantsclearancet>.

2. Exigences de notification des opérations de fusion

37. Les conditions de notification des opérations de fusions sont variables selon les régimes juridiques nationaux. Ces variations peuvent être classées en deux grandes catégories: celles qui exigent une notification avant la réalisation de la transaction de fusion («régimes de notification préalable obligatoire») et celles qui laissent cette notification à la discrétion des parties ou les autorisent à notifier la fusion après la réalisation de la fusion («régimes volontaires» et «régimes post-fusion»).

38. Les entreprises fusionnant dans de nombreuses juridictions (en particulier les plus anciennes et les mieux établies) où le régime est volontaire peuvent, dans la pratique, chercher à obtenir des autorités, une forme d'autorisation formelle ou informelle. Néanmoins, dans une récession accentuant la tendance en faveur d'une consolidation du marché, il est clair qu'un régime de notification préalable obligatoire donne davantage de latitude aux autorités de la concurrence pour fournir une analyse des répercussions probables d'une fusion donnée sur la concurrence. En revanche, les régimes volontaires et post-fusion compliquent la tâche de l'application des règles de concurrence et font courir un risque accru d'approbation de fusions anticoncurrentielles. Ceci étant, il convient de noter qu'un régime de notification obligatoire représente une charge administrative plus lourde, aussi bien pour les parties notifiantes que pour les autorités de la concurrence. L'approche adoptée doit donc tenir compte des limites de ressources pesant sur l'autorité concernée.

3. Priorités d'intérêt public

39. Comme cela a été évoqué précédemment, une récession fait ressortir des objectifs à la fois concomitants et opposés en matière de fusions. Les objectifs non-concurrentiels tels que la stabilité se répercutent alors fréquemment sur les décisions autorisant les fusions. Un équilibre doit être trouvé entre les gains à court terme en termes de stabilité et les avantages à long terme du maintien de marchés concurrentiels. Les priorités d'intérêt public sont intégrées au cadre législatif de certaines juridictions, ce qui permet aux gouvernements de passer outre les règles en matière de contrôle des fusions, dès lors que des objectifs d'intérêt public plus pressants sont remplis. L'utilisation des priorités d'intérêt public pendant la récession a été variée. Certaines juridictions, parmi lesquelles, l'Union européenne, les États-Unis, la Chine et le Japon, ont choisi de ne pas passer outre les règles en matière de contrôle des fusions⁹, alors que d'autres, comme le Royaume-Uni, l'Italie et le Brésil, ont recouru aux exceptions d'intérêt public dans des cas isolés.

40. Le cas de la fusion Lloyds/HBOS au Royaume-Uni est l'un des exemples les plus représentatifs de l'utilisation des priorités d'intérêt public en réponse à la récente récession. L'analyse de l'OFT a conclu que l'acquisition par la Lloyds de HBOS, qui était alors la première banque de crédit immobilier du pays, était susceptible d'entraîner une réduction significative de la concurrence sur certains aspects du marché bancaire. Malgré cela, le Gouvernement du Royaume-Uni s'est doté de nouveaux pouvoirs en matière de contrôle des fusions, en introduisant une nouvelle intervention d'intérêt public, permettant au Secrétaire d'État britannique aux Affaires économiques, aux Entreprises et à la Réforme de la réglementation d'intervenir dans le processus d'examen des fusions et d'empêcher un renvoi devant la Commission de la concurrence du Royaume-Uni. Le nouvel intérêt public ainsi protégé devait être la «stabilité du système financier du Royaume-Uni», qui, il avait été décidé, prévalait sur les préoccupations de l'OFT concernant le caractère anticoncurrentiel de la fusion.

⁹ Les régimes japonais et chinois ne prévoient pas explicitement la notion de priorités d'intérêt public.

41. Il ne fait aucun doute que l'intervention du Secrétaire d'État, qui agissait sur les conseils du Trésor de Sa Majesté, de la Banque d'Angleterre et de l'Autorité britannique de réglementation des services financiers, a été effectuée en totale transparence et dans le respect le plus total de la procédure légale. Toutefois, cette initiative a été très critiquée car on craignait que la fusion ne se traduise par une réduction significative de la concurrence sur les marchés financiers déjà très concentrés du Royaume-Uni. En outre, nombreux sont ceux qui ont contesté sa nécessité compte tenu de l'ampleur du plan d'aides accordé au secteur financier après que la fusion a été réalisée, lequel plan d'aides était, selon certains, suffisant pour éviter l'effondrement de HBOS.

42. L'autorité de la concurrence brésilienne, Conselho Administrativo de Defesa Economica (CADE), a rencontré des difficultés semblables, qui ont souligné la nécessité de l'analyse de la concurrence concernant les fusions dans le secteur bancaire. La Banque centrale du Brésil (BACEN) est depuis longtemps l'autorité compétente en matière de réglementation du secteur et détient la responsabilité du contrôle des fusions entre les banques fondées sur des motifs comparables d'intérêt public de sécurité du système financier. Malgré les récentes initiatives dans le sens d'une coopération accrue entre le CADE et la BACEN et la plus grande participation du CADE dans le processus de contrôle des fusions, la BACEN demeure la première autorité de décision s'agissant de la viabilité des fusions.

43. La nature particulière du secteur financier ne pouvait toutefois pas être invoquée pour justifier l'introduction par le Gouvernement italien d'une législation ad hoc pour autoriser la fusion Alitalia/AirOne. Un décret a été promulgué pour empêcher l'agence italienne de lutte contre les ententes illégales de bloquer une fusion entre les deux transporteurs aériens et de bloquer ou imposer des mesures correctives structurelles en cas de fusions entre deux grandes sociétés en crise. Ce décret s'est traduit par l'approbation d'un certain nombre d'autres fusions potentiellement anticoncurrentielles, notamment la transaction par laquelle Compagnia Aerea Italiana S.P.A. (CIA), un consortium d'entrepreneurs italiens privés, a fait l'acquisition de l'actif d'exploitation d'Alitalia et pris le contrôle exclusif d'AirOne.

44. Les priorités d'intérêt public représentent l'obstacle le plus important pour les autorités de la concurrence. Elles devront accroître les activités de promotion et de lobbying pour empêcher la mise en œuvre généralisée de ces politiques. Seul le temps nous donnera la pleine mesure des répercussions que ces priorités auront sur la concurrence, mais en tout état de cause, elles devraient constituer l'exception et non pas la règle si l'on veut que les mesures de concurrence soient effectivement appliquées.

4. Mesures correctives

45. En période de difficultés économiques, on ne peut pas avoir autant recours à des mesures correctives structurelles telles que les cessions d'actifs en raison, par exemple, de la réduction du nombre d'acquéreurs potentiels sur le marché. Il existe un certain nombre d'autres options lorsque les engagements structurels ne peuvent pas être imposés normalement. Les autorités peuvent purement et simplement interdire la transaction ou demander aux parties à la fusion d'identifier un acheteur avant sa réalisation. Des périodes de cession plus longues peuvent également être accordées. Les autorités peuvent également imposer des engagements en matière de comportement à condition que ces mesures règlent véritablement les problèmes de concurrence. Enfin, les autorités peuvent simplement autoriser la transaction sans imposer de conditions.

46. L'adoption de l'une ou d'une combinaison de ces options est décidée au cas par cas. Dans un contexte économique aussi difficile, l'application effective des mesures de concurrence demande de la flexibilité et un mode de penser innovant de la part des autorités de la concurrence. Celles-ci doivent également s'efforcer de ne pas décourager la

conclusion des fusions qui ne présentent pas de danger ou qui sont économiquement bénéfiques, en raison de difficultés réelles ou perçues à obtenir l'autorisation.

D. Stratégies de sortie

47. Les effets exacts des compromis évoqués précédemment sont difficiles à prévoir. Il est capital, cependant, que chaque fusion approuvée dans le cadre d'une application plus souple du droit comporte une stratégie de sortie bien conçue afin de pallier d'éventuelles distorsions de la concurrence. Les stratégies de sortie proconcurrentielles adoptées pendant la crise ont varié énormément d'une juridiction à l'autre. Là encore, un dialogue et une coopération accrues entre les autorités pourront contribuer à produire une approche plus rationalisée et éviter d'éventuelles distorsions internationales de la concurrence.

48. L'OCDE a suggéré un certain nombre de politiques et de stratégies de sortie proconcurrentielles susceptibles de réduire les effets distordants des «mégafusions» soutenues par l'État dans le secteur financier. On peut notamment citer l'incitation aux rachats de banques nationales par des banques internationales lorsque les fusions nationales risquent d'accroître la puissance commerciale. En outre, l'OCDE a suggéré que les répercussions sur les marchés des fusions anticoncurrentielles déjà en place pouvaient être atténuées en favorisant l'accès de nouveaux entrants sur les marchés, en abaissant, par exemple, les barrières réglementaires à l'entrée et en limitant les coûts de transfert de compte.

III. Promotion de la concurrence

A. La nécessité d'un rôle renforcé

49. La promotion de la concurrence a été définie comme des «activités menées par l'autorité de la concurrence compétente qui visent à promouvoir un environnement compétitif pour l'activité économique par des moyens non répressifs, et notamment par le biais de ses relations avec d'autres entités gouvernementales et de la sensibilisation du public aux avantages de la concurrence». Pendant les étapes de formation d'une autorité de la concurrence, la promotion de la concurrence est principalement utilisée pour informer les parties prenantes de l'existence du droit et de la politique ainsi que des obligations et des droits qui leur sont associés. Au fil du temps, le rôle de la promotion de la concurrence évolue vers une sensibilisation des gouvernements aux questions de concurrence dans les domaines de la privatisation, de la réglementation des secteurs et autres politiques. En période de difficultés économiques, le rôle de la promotion de la concurrence doit changer et évoluer davantage.

50. Comme il a été mentionné précédemment, les fusions sont souvent des composantes de politiques réglementaires et industrielles dont la finalité est de parvenir à la stabilité financière. La dernière récession a fourni des exemples d'interventions gouvernementales potentiellement anticoncurrentielles, tels que l'organisation de fusions ou l'injection de liquidités à des sociétés, qui n'ont pas été soumises à une analyse concurrentielle¹⁰. On estime que la réglementation insuffisante du secteur bancaire est l'un des principaux facteurs ayant conduit à la récession mondiale. Contrairement à la relative objectivité offerte par les marchés concurrentiels, la réglementation ne permet pas toujours d'atteindre

¹⁰ À titre d'exemple, le Gouvernement des États-Unis n'a pas consulté la Federal Trade Commission concernant le plan de sauvetage de l'industrie automobile.

un résultat probant. C'est d'autant plus vrai pendant les récessions, qui sont marquées par des réglementations réactionnaires et influencées par la politique. Il est donc essentiel que les répercussions de ces politiques sur la concurrence soient pleinement évaluées dès leur lancement afin que la réalisation d'autres objectifs ne se fasse pas au détriment de la concurrence. Si l'on veut que le droit et la politique de la concurrence soient effectivement appliqués, la promotion de la concurrence doit non seulement s'appliquer au-delà du domaine des fusions et de l'application du droit de la concurrence, mais également promouvoir un meilleur accès aux forums au cours desquels les politiques industrielles sont décidées.

B. Stratégie industrielle favorable à la concurrence

51. Ceci étant dit, la politique industrielle ne doit pas être considérée comme intrinsèquement mauvaise ou inutile, en particulier en période de difficultés économiques. Maintenant que la récession est passée, on reconnaît largement que, malgré des degrés variables de succès, les interventions de l'État et les mesures de relance ont empêché une récession plus grave et ont joué un rôle essentiel dans la reprise et la relative stabilité actuelle des marchés financiers. Il est donc plus indiqué de trouver un compromis entre le droit et la politique de la concurrence et la politique industrielle plutôt que de s'attacher à leurs conflits potentiels.

52. Selon Daniel Lewis, les autorités de la concurrence doivent identifier les éléments de «stratégie industrielle favorable à la concurrence» tout en luttant contre «les éléments de stratégie industrielle les plus susceptibles d'engendrer des distorsions graves du marché». Cette dernière approche semble être le moyen le plus sensé et le plus flexible d'équilibrer les objectifs de stabilité sans compromettre l'objectif à long terme de croissance au sein de marchés concurrentiels.

C. Indépendance

53. Ces objectifs doivent être atteints d'une façon qui ne remette pas en cause le niveau d'indépendance de l'autorité de la concurrence. L'indépendance dont disposent les autorités de la concurrence et autres autorités de réglementation sectorielles leur évite d'être politisées ou d'être soumises à d'autres conflits d'intérêt potentiels. Il est vital que les autorités de la concurrence soient des institutions fortes qui ne soient pas inféodées au gouvernement en place mais, au contraire, capables de survivre à un changement de régime politique. Une telle indépendance est nécessaire pour maximiser les avantages de la coopération entre les autorités de la concurrence, dans la mesure où elle inspire une plus grande confiance dans leur jugement. Néanmoins, le maintien de l'indépendance doit aller de pair avec la reconnaissance du fait que la politique de la concurrence et le contrôle des fusions, en particulier, se déroulent dans un contexte plus large qui demande aux autorités de la concurrence de coopérer avec les organismes gouvernementaux.

D. Mesures pratiques destinées à élargir le rôle de promotion de la concurrence

54. Les régimes de la concurrence internationaux offrent aux autorités de la concurrence des opportunités variées d'intervenir dans le développement de la politique industrielle. Bien que certains régimes permettent aux autorités d'émettre des opinions ad hoc, d'autres

exigent expressément que les autorités de la concurrence soient consultées si une réglementation est susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur la concurrence¹¹. D'autres régimes vont encore plus loin, en conférant aux membres des autorités nationales de la concurrence un statut ministériel et en leur donnant la possibilité de participer étroitement à la formulation des politiques industrielles¹².

55. En l'absence d'obligation juridique contraignant les gouvernements à consulter les autorités de la concurrence au sujet des plans d'assistance et des propositions de fusions, il est d'autant plus impératif que ces dernières soient actives et interviennent dans toute l'étendue de leurs pouvoirs afin de fournir aux organes gouvernementaux et au grand public leur point de vue concernant les incidences sur la concurrence. Une plus grande coordination entre les régimes de concurrence afin de généraliser ces mesures améliorerait l'application des règles de concurrence dans le monde entier.

56. Les mesures destinées à élargir le rôle de la promotion de la concurrence ne doivent pas être limitées aux périodes de crise économique. Elles doivent au contraire être mises en place et appliquées tout au long du cycle économique afin d'intégrer au régime suffisamment de flexibilité pour résister aux périodes de difficultés économiques. En réponse à la récession, la Commission de la concurrence du Royaume-Uni a recommandé un certain nombre de stratégies de promotion de la concurrence adaptées à la crise. Celles-ci impliquaient notamment: premièrement, la nécessité pour les autorités de faire connaître leur position et leur approche de l'application des règles de concurrence pendant la crise, la promotion de la stricte application des règles de concurrence tout au long du cycle économique et la reconnaissance des effets pratiques de la situation économique par rapport aux ressources et à l'analyse contrefactuelle.

57. Deuxièmement, la promotion de la concurrence doit avoir pour objectif prioritaire de dissiper les inquiétudes sans fondement concernant les répercussions de la politique de la concurrence, comme par exemple, le fait de dire qu'elle s'oppose à la reprise et à la stabilité. Pour ce faire, il peut être utile de participer aux débats en cours et, dans la mesure du possible, de publier sur certaines questions précises; troisièmement, comme cela a été évoqué précédemment, soutenir autant que possible et guider les autres organes de réglementation pour garantir une détection précoce des conséquences et des coûts anticoncurrentiels non désirés; quatrièmement, le fait de fournir des orientations et des éclaircissements supplémentaires sur la politique concernant des questions précises pourrait permettre de démontrer comment la politique de la concurrence peut aider à résoudre la crise. Ces orientations souligneraient des problèmes spécifiques susceptibles de survenir et l'approche proposée pour y remédier.

58. À ces recommandations très utiles, il convient d'ajouter certains points évoqués précédemment dans le rapport relatifs à la promotion de la formulation de stratégies de sortie de fusions potentiellement anticoncurrentielles conclues dans le cadre de stratégies industrielles. En réponse à la crise actuelle, les autorités de la concurrence doivent faire de leur mieux pour influencer le cadre réglementaire du secteur financier, afin d'atténuer le traitement préférentiel accordé aux banques et d'empêcher que l'argument du «too big to fail» ne soit invoqué à nouveau pour venir en aide à des banques dont la faillite ferait courir un risque systémique. La promotion de la concurrence doit également comporter des examens de la politique de la concurrence et des politiques industrielles en vigueur afin d'en tirer des enseignements. Enfin, la promotion suppose que les autorités de la concurrence engagent un dialogue et échangent les meilleures pratiques pertinentes à

¹¹ Comme par exemple l'attitude du Gouvernement espagnol envers l'Andalousie.

¹² C'est le cas de la République de Corée, où le responsable de l'autorité de la concurrence est un ministre, qui participe aux discussions des lois ou des projets de lois au sein du Conseil des ministres.

travers une procédure d'examen mutuel du droit et de la politique de la concurrence dans des forums internationaux.

IV. Conclusion

59. Au sein d'une économie mondiale toujours plus ouverte et interdépendante, l'application effective des règles de la concurrence suppose l'application du droit et de la politique de la concurrence dans le contexte d'une coopération internationale plus large. Les économies de libre marché ont ceci d'avantageux que tous les pays bénéficient d'un plus grand accès aux marchés mondiaux. Celui-ci crée les conditions du dynamisme, de la croissance et du développement économiques au sein des marchés nationaux. Il en va donc de l'intérêt à long terme de toutes les nations que tous les pays (ou du moins la plupart) disposent de régimes juridiques et politiques et qu'ils soient dotés de l'expertise, des ressources et infrastructures essentielles pour les mettre en application de manière effective.

60. Si les normes mondiales de la politique de la concurrence et leur application sont élevées, tout le monde sera gagnant et la légitimité de la théorie de la concurrence en sera renforcée. La coopération internationale entre les autorités en matière d'application des règles de concurrence ne vise pas à poursuivre des intérêts individuels sinon à maximiser les avantages de marchés fonctionnant correctement et générant de la richesse pour tous. La coordination est capitale pour parvenir à un tel niveau de normes internationales et de légitimité. En outre, le manque de coopération et de constance dans les normes d'application renforce les arguments contre l'efficacité de la concurrence en tant qu'outil de croissance et de développement économique.

61. Comme pour la fraude fiscale internationale, la corruption et le terrorisme, les effets des politiques nationales anticoncurrentielles peuvent être ressentis au-delà des frontières nationales. Une application effective du droit et de la politique de la concurrence demande donc des efforts conscients de la part des autorités nationales pour tenir compte des effets à grande échelle de leurs actions sur la concurrence. Ces objectifs ne peuvent être atteints que par l'intermédiaire d'un effort considérable pour améliorer la promotion de la concurrence de la part des organismes de la concurrence du monde entier. La surveillance de la concurrence ne doit négliger aucun aspect du cadre réglementaire gouvernemental afin de limiter les concessions de la politique de la concurrence au nom du conflit des objectifs de politiques.

62. À ces mesures, il convient d'ajouter un effort conscient de ne pas seulement maintenir les normes en vigueur concernant l'application des règles de concurrence mais également d'effectuer les améliorations nécessaires et conformes aux normes internationales. Ceci étant, une approche réaliste de l'application des règles en période de difficultés économiques implique de tenir compte des caractéristiques économiques uniques de chaque crise.

Questions à débattre

- a) Les régimes de contrôle des fusions devraient-ils tenir compte des effets transnationaux des fusions nationales sur la concurrence dans d'autres États?
- b) Comment la coordination entre les autorités de la concurrence des pays en développement et des pays développés peut-elle être encouragée?
- c) Comment parvenir à une meilleure coopération internationale en ce qui concerne l'application de l'argument de l'entreprise défaillante?
- d) Comment développer des autorités de la concurrence fortes, capable de tenir tête à l'influence du gouvernement en place?

e) Comment les autorités de la concurrence peuvent-elles gagner en visibilité sur les forums où les décisions de politique gouvernementale sont prises et éviter toute récupération politique?
