

Non classifié

DAF/COMP/WP3(2013)5

Organisation de Coopération et de Développement Économiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

19-Jul-2013

Français - Or. Anglais

DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE

Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi

LA NOTION D'OPÉRATION DE FUSION

-- Note du Secrétariat --

Le 18 juin 2013

Le document joint est soumis au Groupe de travail n°3 du Comité de la concurrence POUR EXAMEN au titre du point IV de l'ordre du jour de sa prochaine réunion qui se tiendra le 13 juin 2013.

Pour toute question relative à ce document, veuillez contacter M. Antonio Capobianco [Tél : + 33 1 45 24 98 08 -- Courriel : antonio.capobianco@oecd.org].

JT03343121

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine

Ce document et toute carte qu'il peut comprendre sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.



DAF/COMP/WP3(2013)5
Non classifié

Français - Or. Anglais

LA NOTION D'OPÉRATION DE FUSION

*Note du Secrétariat**

1. Le présent document examine l'approche adoptée par différents pays pour définir les opérations relevant de leur législation sur le contrôle des fusions (les « opérations de fusion »)¹ et par conséquent susceptibles de faire l'objet d'un contrôle. Décider qu'une action constitue une opération de fusion peut avoir plusieurs implications en fonction des régimes de contrôle des fusions, selon que les notifications des opérations de fusion sont obligatoires ou spontanées, et selon que, dans les régimes de contrôle des fusions dotés de systèmes de notification obligatoire, la compétence du contrôle et l'obligation de notification sont deux notions distinctes (de sorte que certaines opérations de fusion contrôlables ne sont pas soumises à une notification obligatoire et à des délais d'attente) ou sont identiques. Néanmoins, quelle que soit la manière dont les régimes de fusion organisent le processus de contrôle, tous doivent définir dans un premier temps les types d'opérations de fusion réputés « se prêter » à un contrôle.

2. L'analyse des seuils de compétence, qui implique de définir ce qu'est une opération de fusion, est une question éminemment technique, mais néanmoins importante, car des seuils de compétence appropriés sont essentiels au bon fonctionnement d'un régime de contrôle des fusions visant l'efficacité, l'efficience et la transparence². Il est incontestable qu'une bonne définition de ce qui constitue une opération de fusion doit, au vu de ces objectifs, (i) cibler les types « adéquats » d'opérations, c'est-à-dire celles qui débouchent sur des changements structurels, plus durables, sur le marché et pourraient à terme compromettre les objectifs fondamentaux d'un régime de droit de la concurrence, (ii) éviter de couvrir un trop grand nombre d'opérations qui généralement ne présentent pas de risque du point de vue du droit de la concurrence ou qui seront mieux contrôlées par d'autres outils dont disposent les autorités de concurrence, et (iii) appliquer autant que possible des règles précises reposant sur des critères objectifs, clairs et transparents pour déterminer si une opération doit être soumise à un contrôle.

3. Toutefois, ces deux objectifs ne sont pas aisément conciliables, et aucune solution unique ne permet de parvenir à un équilibre optimal. Cela s'explique notamment par le fait que des facteurs supplémentaires, spécifiques à chaque régime de contrôle des fusions, ont une incidence sur ce que pourrait être la meilleure solution. Ces facteurs sont notamment les seuils de notification, les obligations d'information initiale, la rapidité du contrôle, les hypothèses relatives aux effets potentiellement préjudiciables pour la concurrence de certains types d'opérations et l'efficacité d'autres instruments d'application du droit de la concurrence. Malgré l'élaboration de bonnes pratiques, reconnues à l'échelle

* Cette note a été rédigée pour le Secrétariat par Andreas Reindl (consultant à l'OCDE).

¹ Le présent document utilisera le terme d'« opération de fusion » de manière neutre pour décrire les opérations relevant de la législation applicable en matière de contrôle des fusions, et reconnaît que chaque législation peut utiliser sa propre terminologie, et parler de « phénomène de fusion », de « concentration » ou de « fusion ».

² OCDE, Recommandation du Conseil sur le contrôle des fusions, [C\(2005\)34](#), article I(A)(1)(2) ; RIC, Procédures de notification des opérations de concentration, RP VI.A. Commentaire 1 (« Efficacité, efficience, transparence et prévisibilité sont des attributs fondamentaux d'un régime de contrôle des concentrations bien conçu »). Sur le thème de la définition d'une opération de fusion, voir également RIC, *Defining "Merger" Transactions for Purposes of Merger Review (2007)*.

internationale, applicables au processus de contrôle des fusions, il n'est donc pas surprenant que plusieurs pays continuent de recourir à des approches différentes et que les définitions de ce qu'est une opération de fusion divergent sensiblement. Les modifications apportées à la définition de la notion « d'opération de fusion », bien que moins fréquentes que les modifications des seuils de notification, ne sont pas rares, ce qui met en évidence l'importance, mais aussi la complexité, du sujet.

4. Toutes ces différences et les arbitrages effectués entre les principes énoncés plus haut n'importent guère pour les opérations qui sont au cœur de la législation sur le contrôle des fusions. Par exemple, l'acquisition pure et simple de toutes les actions d'une société-cible précédemment indépendante sera inmanquablement considérée comme une opération de fusion. La situation serait à peu près identique si l'entreprise repreneuse acquérait 80 % et non 100 % de la société-cible, ou encore la quasi-totalité des actifs de la société-cible nécessaires pour poursuivre les activités que celle-ci menait. La législation sur le contrôle des fusions s'applique en règle générale aussi lorsque deux entreprises fusionnent des branches d'activité précédemment autonomes au sein d'une nouvelle entité, créée et contrôlée conjointement, qui devient un nouvel acteur du marché.

5. Mais plus l'on s'éloigne de ces cas de figure, qui sont au cœur même de la législation, pour s'intéresser de plus près aux opérations qui se trouvent « à la marge », plus frappantes sont les différences entre les différents pays. Par exemple, lorsqu'une entreprise acquiert uniquement une petite participation dans la société-cible ou des éléments d'actifs plus limités qui, en soi, ne constituent pas une entreprise en activité, ou lorsque deux entreprises fusionnent plusieurs pans de leurs activités au sein d'une forme d'entité conjointe plus souple, les régimes de contrôle des fusions adoptent des approches différentes pour déterminer si ces opérations constituent ou non des fusions.

6. Dans le présent document, on examinera la notion d'opération de fusion en étudiant principalement la manière dont les différents régimes de contrôle des fusions appliquent cette notion aux opérations « à la marge ». Dans ce contexte, il s'agit, pour les pays, de déterminer quels types d'opérations ils souhaitent contrôler dans le cadre du régime de contrôle des fusions qui est le leur, et de quelle manière ils peuvent cibler efficacement ces opérations sans compromettre les objectifs d'efficacité et de transparence de leur dispositif. Cet examen s'articule autour des principaux types d'opérations généralement concernés par le contrôle des fusions : les prises de participation, les acquisitions d'actifs et les coentreprises. Chacune de ces trois catégories soulève une série de questions distinctes, mais ont ceci en commun que le souci de pouvoir couvrir la totalité ou la quasi-totalité de ces opérations susceptibles, en théorie, d'être problématiques semble avoir l'influence la plus déterminante sur la définition de ce qu'est une d'opération de fusion. L'idée que les seuils de compétence devraient se fonder sur des critères très précis et être ciblés avec soin pour éviter de prendre en compte un trop grand nombre d'opérations sans incidence sur la concurrence semble être moins déterminante. Les seuils de notification semblent être l'outil le plus couramment utilisé et le plus efficace pour offrir une plus grande objectivité et mieux calibrer la portée de la législation relative au contrôle des fusions.

1. Définition de la notion d'opération de fusion – une approche fonctionnelle

7. La définition de ce qui constitue une opération de fusion et les seuils de notification sont les deux outils couramment utilisés pour déterminer si une opération donnée doit déclencher un contrôle et/ou à une obligation de notification. Les seuils de notification, qui dépendent le plus souvent de la taille de l'opération ou des parties concernées, ont pour but d'éliminer les opérations qui n'auront vraisemblablement aucune incidence notable dans un pays donné³. La définition d'une opération de fusion

³ Pour une analyse plus approfondie des seuils de notification, et notamment de la question de l'existence d'un lien suffisant, voir par exemple les pratiques recommandées du RIC, Recommandation II ; RIC, *Setting Notification Thresholds for Merger Review (2008) ("ICN Notification Threshold Report")*. Pour une description générale de l'incidence des seuils de notification sur les régimes nationaux de contrôle des

a une fonction différente, car elle vise à identifier les opérations « se prêtant » à un contrôle, cette nécessité étant liée au fait que le contrôle des fusions est un processus ponctuel visant à déterminer si un regroupement durable d'actifs précédemment autonomes est susceptible de faire évoluer significativement les incitations à utiliser de telle ou telle manière les actifs dans le processus concurrentiel, ce qui pourrait entraîner des résultats contraires aux objectifs visés par un régime de droit de la concurrence. Pour déterminer si les opérations de fusion se prêtent ou non à un contrôle, on doit donc essentiellement se demander si elles seront à l'origine de changements structurels et si l'on peut raisonnablement estimer qu'elles risquent d'entraver la concurrence sur le marché. En particulier, les opérations qui se traduisent par des changements structurels mineurs, dont il est très peu probable qu'elles aient des effets anticoncurrentiels, et pour lesquelles les coûts induits par un contrôle ne seraient par conséquent pas justifiés, paraissent de ce fait moins se prêter à un contrôle. Il en va de même des accords plus transitoires pourtant susceptibles d'avoir une plus forte incidence sur la concurrence mais dans le cadre desquels les décisions que les parties pourront être amenées à prendre dans le futur ne sont pas raisonnablement prévisibles au moment du contrôle⁴.

8. Les critères de seuils de compétence doivent respecter un juste équilibre entre le désir de connaître la plupart des opérations susceptibles de porter atteinte à la concurrence par des changements plus durables sur le marché d'une part, et la nécessité de s'assurer que le processus reste gérable et le coût raisonnable pour toutes les parties concernées d'autre part. On pourrait envisager de fixer ou d'ajuster les seuils de compétence en fonction des courbes coûts /avantages marginaux. La portée un régime de contrôle des fusions ne devrait être étendue que pour autant que les coûts liés au contrôle d'opérations supplémentaires ne dépassent pas les avantages découlant de l'interdiction des (rares) opérations supplémentaires susceptibles de nuire à la concurrence ou des mesures correctives prises à leur encontre. À l'inverse, il conviendrait de restreindre la portée du dispositif de contrôle des fusions dès lors que les économies (avantages) tirées du contrôle d'un nombre moins élevé d'opérations ayant été notifiées sont supérieures aux coûts supplémentaires découlant, pour la collectivité, d'une fusion anticoncurrentielle qui passerait entre les mailles du filet⁵.

9. Par analogie avec les principes qui régissent l'élaboration de normes destinées à mener une analyse sous l'angle du droit matériel de la concurrence, on peut également décrire cet arbitrage comme une volonté d'axer les efforts sur une réduction maximale des coûts. Dès lors, les seuils de compétence devrait avoir pour objet de minimiser la somme des coûts résultant des erreurs de type I (contrôle d'opérations notifiées qui ne posent pas de problèmes d'ordre concurrentiel), les erreurs de type II (contrôle d'opérations problématiques qui échappent au contrôle des fusions) et des efforts de conformité

fusions, voir par exemple OCDE, *Report on Experiences of Member Countries under the 2005 OECD Recommendation on Merger Review (OECD Merger Recommendation Report)* (à paraître en 2013) ; Maria Coppola & Cynthia Lagdameo, *Taking Stock and Taking Root: A Closer Look at Implementation of the ICN Recommended Practices for Merger Notification & Review Procedures*, dans *The International Competition Network at Ten 297* (Paul Lugard ed. 2011).

⁴ Les restructurations intra-groupe peuvent également être exclues du dispositif de contrôle des fusions car elles ne modifient pas les incitations à utiliser des éléments d'actif dans le processus concurrentiel.

⁵ Voir pour une analyse plus détaillée RIC, *Notification Threshold Report*, supra note 3, point 4, notamment les références à Konkurrensverket, *Tröskelvärden för koncentrationsprövningar – Bättre omsättningsgränser för anmälan av företagskoncentrationer 31-33 (2006)*, disponible à l'adresse suivante : http://www.kkv.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/rap_2006-3.pdf ; résumé en anglais disponible à l'adresse http://www.kkv.se/upload/Filer/ENG/Publications/rap_2006-3_summary.pdf. Des situations pratiques récentes dans lesquelles une approche similaire a été utilisée sont présentées, à titre d'exemple, dans OCDE, *Merger Recommendation Report*, supra note 3, point 11 (exemples de réformes menées en Allemagne, au Brésil et en Italie).

et d'application de la loi (susceptibles d'augmenter lorsque des critères incertains ou subjectifs sont utilisés)⁶.

10. Ce calcul n'est bien entendu pas une science exacte, en raison de l'absence de données de qualité sur les avantages ou les coûts. En outre, les seuils de notification et la définition de la notion d'opération de fusion auront des effets interdépendants : un pays peut opter pour une définition très large mais retenir des seuils de notification très élevés et ainsi limiter le nombre des opérations concernées ; l'application de seuils de notification élevés pourrait également réduire les coûts de conformité et d'application dans la mesure où, un grand nombre d'opérations ne pouvant avec certitude être qualifiées de fusions, les parties n'en sont pas affectées puisque les opérations en question sont en deçà ces seuils de notification. L'analyse coûts/avantages dépendra également de facteurs supplémentaires, notamment le caractère obligatoire ou non de la notification⁷, les obligations d'information initiale et la rapidité du contrôle. Les coûts peuvent aussi dépendre de l'efficacité d'autres moyens d'action prévus par le droit de la concurrence en matière de contrôle des opérations potentiellement anticoncurrentielles qui sont pas définies comme étant des fusions. Si, par exemple, le contrôle d'accords anticoncurrentiels est un moyen efficace de dissiper la crainte que certaines opérations puissent déboucher sur une meilleure coordination des parties en favorisant les échanges d'informations entre elles, le coût induit par une définition de ce fait plus restrictive de ce qui constitue une opération de fusion sera moindre et, les arguments en faveur d'un élargissement de cette définition s'en trouveront affaiblis.

11. Les différents facteurs coûts/avantages étant très variables, on ne saurait prétendre trouver une définition « optimale » ou « correcte » de ce qu'est une opération de fusion qui serait valable dans tous les pays. De fait, la définition de la notion d'opération de fusion n'est qu'un critère parmi d'autres qui déterminent les coûts et avantages de telle ou telle solution. Néanmoins, l'approche coûts/avantages fait ressortir les objectifs qui doivent être pris en compte pour déterminer si les seuils de compétence d'un régime de contrôle des fusions fonctionnent correctement ou s'ils doivent être revus. Plus précisément, cette approche met en évidence le fait qu'un régime de contrôle des fusions efficace n'a pas pour objet de traquer toutes les sources d'atteintes potentielles à la concurrence, mais uniquement celles pour lesquelles les avantages induits par une intensification de l'action publique sont susceptibles de l'emporter sur les coûts supplémentaires qui en découlent. Elle montre également que les décisions d'élargissement du champ de compétence ne doivent pas reposer sur des affaires particulières très médiatisées qui suscitent rapidement des préoccupations relatives à « une application lacunaire de la loi », mais sur une série d'observations étayant plus solidement les hypothèses avancées en matière de coûts et d'avantages potentiels⁸. Enfin, elle montre qu'une approche de la définition de la notion d'opération de fusion qui

⁶ *ICN Notification Threshold Report*, supra note 3, point 4.

⁷ Dans les régimes de contrôle des fusions sans exigences de notification obligatoire, la fonction de la définition de la notion d'opération de fusion est essentielle pour limiter le pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité de concurrence pour déterminer quelles opérations doivent faire l'objet d'un contrôle. Dans certains pays qui mettent en œuvre cette approche, tels que l'Australie ou la Nouvelle-Zélande, cette définition est tellement large (elle couvre en principe toutes les prises de participation et acquisitions d'actifs) qu'elle ne limite pas significativement la capacité de l'autorité de la concurrence à s'intéresser à ce type d'opérations dans leur ensemble, quelle que soit leur ampleur et leur nature ; des limites plus pertinentes existent, par exemple, dans le régime des fusions britannique. Cela étant, cette large définition a peu d'effet sur le calcul coûts/avantages auquel le régime doit se livrer étant donné que la grande majorité des opérations qui peuvent être définies comme des fusions ne seront jamais contrôlées. En ce sens, l'importance de la définition de ce qui constitue une opération de fusion dans un régime dépourvu de système de notification obligatoire diffère légèrement de ce qu'elle est dans les régimes où cette notification est obligatoire.

⁸ Généralement, il peut être plus aisé de restreindre le champ de compétence si l'on peut mettre en évidence que certaines catégories d'opérations ne posent presque jamais de problèmes de concurrence et/ou au contraire que certaines catégories d'opérations ne sont tout simplement pas contrôlées comme il le faudrait.

fonctionne dans un pays n'est pas nécessairement exportable, sous l'angle du rapport coûts/avantages, avec le même succès.

12. Cette approche explique également comment de nouvelles connaissances et une meilleure compréhension des risques importants associés à certains types d'opérations peuvent inciter à modifier la définition de ce qu'est une opération de fusion. Si, de l'avis général, certaines opérations sont de nature à être plus préjudiciables que ce que l'on supposait auparavant, on peut s'attendre à ce que les coûts induits par le fait que ces opérations échappent au processus de contrôle des fusions augmentent. Il sera alors temps de s'interroger sur la nécessité, réelle ou supposée, de mettre fin à une « application lacunaire de la loi », en élargissant la portée du régime de contrôle des fusions. Le document de référence de la précédente table ronde du Groupe de travail n°3 sur les prises de participation minoritaire a souligné, à juste titre, ce lien entre les préoccupations de fond et la réponse que peut y apporter le régime de contrôle des fusions⁹.

2. Différents critères utilisés dans la définition de la notion d'opération de fusion

13. Deux types de critères sont principalement utilisés dans les différents pays pour définir ce qui constitue une « opération de fusion » : d'une part des critères « objectifs » et chiffrés, et, d'autre part, des critères plus « économiques » visant à mieux aligner cette définition sur l'évolution de la relation entre des parties, susceptible de conduire à des problèmes de concurrence. Différentes combinaisons de ces deux types de critères peuvent également être utilisées. Par ailleurs, certains pays ont recours à une définition large, selon laquelle la notion d'opération de fusion recouvre en principe toute prise de participation ou acquisition d'actifs et qui n'est pas restreinte par un objectif ou des critères économiques supplémentaires.

14. Les seuils de pourcentage applicables aux prises de participation sont un exemple d'approche « objective ». À titre d'exemple, plusieurs pays se fondent sur l'acquisition d'une participation de 5 %, 10 %, 20 %, 25 %, 35 % ou 50 %¹⁰ dans la société-cible. Cette énumération montre que les seuils jugés pertinents par les différents régimes de contrôle des fusions sont très variables. Toutefois, les seuils objectifs ne doivent pas être choisis de manière arbitraire, car ils doivent permettre de mesurer les effets potentiels que telle ou telle opération peut avoir sur la relation entre l'acquéreur et la société-cible. Ainsi, lorsque le repreneur acquiert une participation de 50 %, cela lui donne incontestablement le contrôle de la société-cible, tandis qu'une prise de participation de 25 % peut donner à penser que les actionnaires minoritaires seront en mesure d'exercer les droits importants que leur confère la loi, qui peuvent leur permettre d'influer sur le comportement commercial de la société-cible. Les seuils inférieurs correspondent généralement à une prise de participation minoritaire dans la société-cible, se situant à un niveau donnant à penser, selon toute vraisemblance, que l'acquéreur dispose sans doute de moyens différents, mais suffisants, lui permettant d'influer sur le comportement commercial de la société-cible.

15. Lorsque les seuils en pourcentage sont en particulier fixés à l'extrémité basse de la fourchette, il peut être préférable de les combiner à d'autres critères faisant apparaître que les liens entre les deux parties à l'opération sont en fait plus étroits. Le régime japonais de contrôle des fusions est un bon exemple de cette approche. Outre un seuil de prise de participation de 50 % dans la société-cible, il prévoit deux seuils plus bas de 10 % ou 20 %. Cela étant, à chaque fois, l'opération ne sera contrôlée que si d'autres indicateurs donnent à penser que l'acquéreur peut exercer une certaine influence sur la société-cible :

Il peut être en effet plus difficile de trouver des éléments empiriques justifiant un élargissement du champ couvert par un régime de contrôle des fusions.

⁹ OCDE, Problèmes de lutte contre les monopoles en cas de participation minoritaire et de cumul des mandats d'administrateur, DAF/COMP(2008).

¹⁰ Ces exemples sont tirés des régimes de contrôle des fusions de l'Allemagne, du Brésil, du Canada et du Japon. Tous sont examinés ci-après.

lorsqu'il s'agit d'une prise de participation de 20 %, l'acquéreur doit ainsi devenir le principal actionnaire de la société-cible ; dans le cas d'une participation de 10 %, il doit être devenu l'un des trois plus importants détenteurs de droits de vote de la société-cible et plusieurs autres critères, laissant supposer qu'il peut, dans une certaine mesure, exercer une influence sur la cible, doivent également être pris en compte¹¹.

16. Les critères « économiques » utilisés pour définir ce qu'est une opération de fusion sont plus directement fonction du mécanisme par lequel une opération pourrait nuire à la concurrence. En l'occurrence, il s'agit principalement de se demander si l'opération permettra à une entreprise d'acquérir la capacité d'exercer une quelconque forme de contrôle sur une autre entreprise, jusque-là indépendante. Les différents systèmes juridiques établissent une gradation entre les différents niveaux d'intensité du contrôle : « influence déterminante », « influence significative », « influence substantielle », ou « influence significative sur le plan de la concurrence », même si l'on peut se demander si ces nuances sont vraiment déterminantes du point de vue économique. Ces gradations rendent compte plus directement que les seuils en pourcentage des éventuels motifs de préoccupation concernant la concurrence. Peut-être reflètent-elles également la crainte que les seuils en pourcentage fixés puissent inciter les parties à contourner le système. Dans le même temps, cependant, elles nécessitent davantage d'interprétation et de conseil concernant les facteurs qui seront pris en compte et peuvent par conséquent être source d'incertitude. Citons à titre d'exemple le régime de contrôle des fusions de l'UE qui applique un critère de « contrôle/influence déterminante »¹², également retenu par de nombreux autres régimes en Europe et dans d'autres pays, notamment en Chine¹³. Font également partie de cette catégorie les régimes britannique¹⁴, allemand¹⁵ et canadien¹⁶ qui font appel (en plus d'autres définitions de la notion d'opération de fusion) aux critères moins exigeants que sont « l'influence substantielle », « l'influence significative sur le plan de la concurrence » ou « l'influence significative ».

17. Les lignes directrices publiées dans certains pays et expliquant la notion d'opération de fusion peuvent contribuer à rendre plus prévisibles les critères en vigueur, mais peuvent aussi illustrer les risques potentiels d'un recours à des critères « d'influence » plus ouverts. Ainsi, les lignes directrices canadiennes et britanniques établissent une assez longue liste de facteurs pertinents différents pouvant être pris en compte pour déterminer l'existence ou non de l'« influence » requise, soulignant le fait qu'au final le contexte général sera plus déterminant que la présence ou l'absence de tel ou tel facteur isolé¹⁷. Si une telle

¹¹ Commission de la concurrence japonaise (JFTC, Japan Fair Trade Commission), *Guidelines to the Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combinations*, (version révisée, 2010), parties I(1)(A) et I(1)(B).

¹² Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, J.O. L 2004/1 (2004) (règlement UE sur les concentrations), articles 3 (1) et (2).

¹³ Loi antimonopole de la République populaire de Chine, article 203).

¹⁴ Enterprise Act 2002, article 26(3). Il convient de noter que l'Enterprise Act prévoit trois niveaux de contrôle. Outre l'« influence substantielle », un contrôle peut également être exercé *de jure* (participation de contrôle) ou *de facto* (capacité de contrôle). La présente note s'intéressera plus particulièrement au critère d'influence substantielle qui est le plus utile pour les besoins de la comparaison.

¹⁵ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) [Loi contre les restrictions de concurrence].

¹⁶ Loi sur la concurrence, article 91.

¹⁷ Bureau de la concurrence, Fusions - Lignes directrices pour l'application de la loi (2011), Section 1.6 ; Office of Fair Trading and Competition Commission, *Merger Assessment Guidelines (2010)*, sections 3.2.8 à 3.2.12, et, de manière plus détaillée, OFT, *Mergers, Jurisdictional and Procedural Guidance (2009)*, sections 3.15 à 3.28. Le Royaume-Uni étant doté d'un régime de contrôle des fusions sans notification obligatoire, les risques pour les parties découlant de l'utilisation de critères d'« influence » moins bien définis sont considérablement moindres que dans un régime où la notification est obligatoire.

situation est à l'évidence compréhensible du point de vue de l'autorité de la concurrence chargée de faire respecter le droit, l'important pouvoir d'appréciation dont elle dispose pour décider au cas par cas si elle est (ou veut être) compétente pour évaluer une opération peut engendrer des problèmes du point de vue des parties cherchant à obtenir plus de clarté et de prévisibilité.

**Recours à des lignes directrices en vue d'améliorer la prévisibilité découlant de définitions de la notion d'opération de fusion reposant sur le concept d'« influence » -
L'exemple du Canada**

Facteurs retenus par le Bureau de la concurrence canadien pour déterminer si une participation minoritaire précise, une association d'intérêts, une entente ou tout autre lien ou intérêt confère une influence importante¹⁸ :

- les droits de vote liés aux actions ou aux titres de participation dans une association d'intérêts détenus par l'acquéreur;
- le statut de l'acquéreur qui participe dans une société de personnes (c.-à-d. commandité ou commanditaire) ainsi que la nature des droits et des pouvoirs liés à cette participation;
- les détenteurs du reste des actions ou des intérêts et leur répartition (si la participation de l'entreprise acquise est partagée ou restreinte et si l'acquéreur est l'actionnaire le plus important);
- la composition du conseil d'administration⁴ et le quorum aux réunions du conseil d'administration, la participation et les habitudes de vote antérieures (si l'acquéreur est en mesure d'obtenir un niveau de représentation suffisant pour influencer la décision ou d'empêcher l'adoption de résolutions par son vote dans une réunion ordinaire);
- l'existence de droits de vote ou de veto spéciaux liés aux actions ou aux intérêts de l'acquéreur (c.-à-d. l'étendue des droits d'approbation de l'actionnaire en ce qui a trait aux transactions qui ne surviennent pas dans le cours normal des affaires);
- les conditions des conventions d'actionnaires ou des ententes de vote;
- l'action bénéficiaire ou la participation aux bénéfices de l'intérêt minoritaire en comparaison avec la participation financière de l'acquéreur;
- l'étendue, le cas échéant, de l'influence de l'acquéreur sur le choix des cadres ou des membres siégeant aux principaux comités;
- le statut et l'expertise de l'acquéreur par rapport à ceux des autres actionnaires;
- les services (à titre de cadre, de conseiller ou autre) que l'acquéreur fournit à l'entreprise, le cas échéant;
- les options de vente et d'achat ou autres droits de liquidité, le cas échéant, que l'acquéreur détient et dont il peut se servir pour influencer d'autres actionnaires ou cadres;
- l'accès dont dispose l'acquéreur, s'il y a lieu, aux renseignements confidentiels sur l'entreprise;
- la mesure dans laquelle l'acquéreur peut par ailleurs faire pression sur les processus décisionnels de l'entreprise.

C'est en règle générale la combinaison de facteurs, et non la présence ou l'absence d'un seul facteur, que le Bureau juge déterminante dans son évaluation de l'influence concrète.

¹⁸

Bureau de la concurrence, Lignes directrices, supra note 17, Section 1.6

18. Certains pays utilisent des définitions différentes pour décrire les opérations qui constituent des fusions. Le droit allemand sur le contrôle des fusions en est un bon exemple. D'après l'article 37 du GWB, il y a opération de fusion lorsqu'une entreprise acquiert une participation de 25 % ou de 50 % dans une autre entreprise, le « contrôle » d'une autre entreprise, une influence significative sur une autre entreprise sur le plan de la concurrence ou la totalité ou une part substantielle des actifs d'une autre entreprise. Chacun de ces cas décrit un scénario d'opération de fusion différent. Cette approche repose sur deux notions générales, celle de « contrôle » (qui est identique à la notion de contrôle/d'influence déterminante du règlement UE sur les concentrations) et celle d'« influence significative sur le plan de la concurrence » (moins exigeante), mais ajoute quelques seuils spécifiques qui devraient apporter une plus grande clarté, et permettre de couvrir les manières très différentes dont les opérations peuvent avoir une incidence sur la propension à livrer concurrence. Ces définitions étant multiples, une opération donnée peut être considérée comme une opération de fusion en vertu de plusieurs d'entre elles. Dans la pratique, la qualification retenue ne porte pas à conséquence car elle est sans effet sur le processus de contrôle de la fusion ou l'analyse de l'opération sur le fond.

19. Le Canada pourrait être considéré comme un autre pays ayant adopté une telle approche. Il se fonde principalement sur deux définitions légales et générales de la notion d'« opération de fusion », à savoir l'acquisition d'un contrôle (*de jure*) ou d'une « influence significative ». Toutefois, le Bureau explique également qu'il part du principe que les opérations notifiables, en vertu du chapitre IX de la Loi sur la concurrence, conduisent également à l'acquisition d'une participation importante dans une société-cible : en matière d'acquisition d'actions, une prise de participation de 20 % (dans une entreprise cotée) ou de 35 % (dans une entreprise non cotée) déclenche une obligation de notification (en supposant que les seuils de notification sont atteints) et, par conséquent, est censée avoir pour effet l'exercice d'une influence significative¹⁹.

20. Le régime américain de contrôle des fusions adopte quant à lui une approche toute différente²⁰. Il repose sur ce qui est sans doute l'une des définitions les plus larges de la notion d'opération de fusion. Le libellé de l'article 7 du *Clayton Act* – « *no person...shall acquire... the whole or any part of the stock or assets of another entity...* » (nul [...] ne doit acquérir [...] tout ou partie des actions ou des éléments d'actif d'une autre entité [...]) – peut s'appliquer à pratiquement toute prise de participation ou acquisition d'éléments d'actif²¹ et n'est en principe limité que par une exemption légale applicable à certaines prises de participation réalisées à des fins d'investissement²². Le calcul du rapport coûts/avantages décrit précédemment fait ici appel à d'autres paramètres : le régime américain des fusions repose principalement sur un ensemble de seuils chiffrés « objectifs » qui permettent de limiter considérablement les catégories d'opérations de fusion notifiables, c'est à dire soumises à une obligation de notification au titre du *Hart Scott Rodino Act* (« HSR Act »)²³. S'agissant du fonctionnement du régime de contrôle des fusions, les

¹⁹ *Id.*, Section 1.7.

²⁰ D'autres pays suivent un modèle similaire et utilisent, pour définir ce qu'est une fusion, une notion très large couvrant les prises de participation et les acquisitions d'actifs. L'Australie et la Nouvelle-Zélande, deux pays dotés d'un système de contrôle volontaire, en font partie. Comme indiqué ci-après, l'Inde adopte une approche similaire.

²¹ 15 U.S.C. §18.

²² Exemption analysée plus loin (en même temps que les exemptions aux exigences de notification), Section III.A.

²³ Hart Scott Rodino Antitrust Improvements Act (HSR Act), 15 USC § 18a. D'autres rares exigences d'information initiale restreignent encore le coût du régime de contrôle des fusions, malgré le caractère général de la définition élémentaire donnée dans cette loi à la notion d'opération de fusion. Le fait que les autorités peuvent contrôler et contester une opération anticoncurrentielle définie comme étant une opération de fusion, sans qu'une obligation de notification ne s'applique – ce qui limite les coûts potentiels

seuils de notification prévus par le HSR Act revêtent une importance bien plus grande, ce qui explique pourquoi ils bénéficient généralement d'une attention bien plus grande que la définition juridique (plus large) de la notion d'opération de fusion.

3. Scénarios de fusions et exemples de « domaines problématiques »

3.1 Prises de participation majoritaire et minoritaire

21. Comme on l'a vu, l'acquisition pure et simple d'une société-cible par une prise de participation ne soulève guère de questions en ce qui concerne les seuils de compétence. Quelle que soit la définition utilisée, tous les pays considéreront l'acquisition de la totalité ou d'un pourcentage élevé des actions d'une entreprise comme une « opération de fusion », que ce soit parce qu'elle confère à l'acquéreur le contrôle de la société-cible, que la participation acquise dépasse un certain seuil chiffré, ou que ce type d'opération est considéré de manière générale comme une opération de fusion.

22. L'application de la législation sur le contrôle des fusions aux prises de participation minoritaire qui ne confèrent pas le même type de contrôle incontestable de la société-cible a récemment bénéficié d'un regain d'intérêt. Bien entendu, de nombreux régimes de concurrence dans le monde reconnaissent depuis quelques temps déjà les effets que peut avoir ce type d'opérations sur la concurrence et les soumettent à un processus de contrôle des fusions. Cela étant, dans le monde entier, les spécialistes de la concurrence se sont de nouveau intéressés à cette question, principalement en raison d'une nouvelle compréhension des risques qui peuvent accompagner ce type d'opérations du point de vue du droit de la concurrence, si on les examine sur le fond. Les lignes directrices américaines de 2010 sur les fusions se sont enrichies d'une section consacrée à l'évaluation des prises de participation partielles²⁴. La même année, l'OFT a publié un nouveau rapport sur les prises de participation minoritaire²⁵. Cela étant, les questions de compétence, dans le domaine du contrôle des fusions, ont également suscité un regain d'intérêt. Le Groupe de travail n°3 s'est intéressé à ces deux aspects il y a seulement quelques années de cela²⁶.

23. La saga européenne *Ryanair/Air Lingus* a également suscité un vif débat public sur le sujet.

induits par les erreurs de type II que peuvent engendrer des seuils de notification élevés – a également une incidence sur le calcul coûts/avantages.

²⁴ U.S. Department of Justice et U.S. Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines (2010)*, Section 13.

²⁵ OFT, *Minority Interests in Competitors, A Research Report prepared by DotEcon Ltd (2010)*.

²⁶ OCDE, Problèmes de lutte contre les monopoles en cas de participation minoritaire et de cumul de mandats d'administrateur, [DAF/COMP\(2008\)30](#) (OCDE, participation minoritaire).

Ryanair/Aer Lingus – Compétence limitée contre compétence étendue concernant le contrôle d'une prise de participation minoritaire dans une entreprise concurrente

Ryanair et Aer Lingus sont deux compagnies aériennes irlandaises. Aer Lingus est la compagnie nationale ; si elle n'affiche plus une santé aussi insolente qu'autrefois, elle reste un acteur viable sur le marché des transports aériens. Ryanair est le plus grand transporteur à bas coût en Europe, et s'est imposé comme l'une des plus importantes compagnies aériennes sur l'ensemble du marché européen. Ces deux compagnies se livrent une concurrence frontale sur de nombreuses liaisons.

Fin 2006, Ryanair a pris une participation dans Aer Lingus et lancé une offre publique d'achat sur l'intégralité des actions d'Aer Lingus, opération à laquelle cette dernière s'est opposée. La Commission européenne a interdit l'offre publique d'achat en juin 2007²⁷. Aer Lingus a demandé à la Commission de contraindre Ryanair à se défaire de sa participation minoritaire. La Commission a refusé d'accéder à cette requête, se déclarant incompétente : Ryanair n'a jamais réussi à acquérir une participation « de contrôle » dans Aer Lingus et par conséquent la Commission n'avait pas compétence pour la contraindre à se défaire de toutes les actions acquises dans le cadre d'une opération qui aurait de fait été une fusion, si elle n'avait été interdite en vertu du règlement UE sur les concentrations ; l'acquisition d'une participation minoritaire aurait dû être considérée comme une opération indépendante et dans la mesure où elle n'a conféré à l'acquéreur aucune « influence déterminante », elle ne relève pas de la compétence du règlement UE sur les concentrations²⁸. Les deux parties ont fait appel. En juillet 2010, le Tribunal de l'UE a confirmé les deux volets de la décision. Il a confirmé que la Commission européenne n'a pas compétence pour examiner ou exiger la cession d'une participation minoritaire²⁹.

L'offre renouvelée (la troisième) de Ryanair portant sur la participation restante dans Aer Lingus a été interdite par la Commission européenne en février 2013. La Commission a estimé que la fusion créerait d'importants problèmes de concurrence sur de nombreuses liaisons sur lesquelles les deux compagnies étaient les seuls concurrents, ou du moins les concurrents les plus proches, et a rejeté la mesure corrective proposée au motif qu'elle était inefficace³⁰. Ryanair a introduit un recours auprès du Tribunal de l'UE contre cette décision.

Au Royaume-Uni, l'OFT a ouvert, en octobre 2010, sa propre enquête sur la prise de participation minoritaire de Ryanair dans Aer Lingus. Les autorités britanniques sont compétentes pour contrôler l'acquisition d'une participation minoritaire de Ryanair dans Aer Lingus en vertu du critère de l'« influence substantielle » prévu par l'Enterprise Act de 2002. Les recours juridiques formés par Ryanair pour contester la compétence de l'OFT ont au final été rejetés par la Cour d'appel en 2012 et la même année l'OFT a saisi la Commission de la concurrence pour un complément d'enquête³¹.

Le 30 mai 2013, la Commission de la concurrence a provisoirement décidé que la participation de 29.8 % de Ryanair était susceptible de réduire la concurrence sur les liaisons entre la Grande-Bretagne et la République d'Irlande et que Ryanair pourrait devoir diminuer sa participation dans Aer Lingus. Ses conclusions provisoires laissent entendre que la participation de Ryanair bloque la capacité d'Aer Lingus à fusionner avec ou à s'allier à une autre compagnie aérienne pour se développer et à dégager les synergies nécessaires pour rester compétitive, que Ryanair peut contrarier ses programmes d'émissions d'actions ou d'augmentation de capital, et qu'elle pourrait empêcher Aer Lingus de vendre des créneaux horaires avantageux à Heathrow.

Bien qu'il n'y ait eu aucune « application lacunaire de la loi » en l'espèce, on peut se demander s'il existe par ailleurs d'autres opérations similaires créant des problèmes de concurrence (assez évidents) mais pour lesquelles la Commission européenne n'est pas compétente et dans lesquelles, peut-être, contrairement à l'affaire *Ryanair*, aucun État membre de l'UE n'a la possibilité d'intervenir non plus.

²⁷ Affaire COMP/M.4439, Ryanair/Aer Lingus, décision du 27 juin 2006.

²⁸ Affaire COMP/M.4439, Ryanair/Aer Lingus, note rejetant la demande d'Aer Lingus, 11 octobre 2007.

²⁹ Affaire T-342/07, Ryanair/Commission, Rec. 2010, p. II-3457.

³⁰ Affaire COMP/M.6663, Ryanair/Aer Lingus, décision du 27 février 2013.

³¹ Office of Fair Trading, *OFT refers Ryanair's minority stake in Aer Lingus to Competition Commission*, communiqué de presse, 15 juin 2012.

3.1.1 Problèmes de concurrence

24. Il est désormais admis que, dans certaines conditions, les prises de participation minoritaire peuvent avoir des effets anticoncurrentiels³². Selon le contexte, elles peuvent donner lieu à des effets unilatéraux car elles sont susceptibles d'inciter davantage les entreprises concernées à réduire leur production/augmenter leurs prix. Le détenteur de la participation minoritaire peut avoir la capacité d'influencer la société-cible pour qu'elle adopte un positionnement moins concurrentiel. Cela étant, même dans le cas d'une participation financière purement passive, le détenteur peut avoir un intérêt unilatéral à se montrer moins concurrentiel puisqu'il bénéficie, par le biais de sa participation minoritaire, du fait que la société-cible est confrontée à une concurrence moins âpre. En outre, dans certains cas, on pourrait craindre que la prise de participation minoritaire n'atténue l'attrait de la société-cible aux yeux d'autres investisseurs, diminuant ainsi nettement la possibilité pour elle de devenir un concurrent plus sérieux³³. Une telle situation déboucherait en outre, pour l'essentiel, sur des effets unilatéraux. Cela étant, les prises de participation minoritaire peuvent aussi donner lieu à des effets coordonnés car elles sont de nature à faciliter la coordination entre les concurrents³⁴. Les effets préjudiciables sont plus probables lorsque les prises de participation minoritaire ont lieu entre sociétés concurrentes, mais peuvent aussi en principe se produire lorsque l'acquéreur prend une participation minoritaire dans une entreprise qui lui est verticalement liée³⁵.

25. Selon les circonstances, les prises de participation minoritaire peuvent établir différentes relations entre les deux entreprises concernées. D'un point de vue économique, une distinction peut être faite entre les prises de participation minoritaire « actives » qui permettent à l'actionnaire de peser sur le processus décisionnel et la conduite commerciale de la société-cible, et les prises de participation minoritaire « passives » dans le cadre desquelles l'actionnaire détient un intérêt purement financier dans la société-cible et n'exerce aucune influence sur le comportement concurrentiel de celle-ci. Les systèmes juridiques peuvent prévoir une différenciation encore plus marquée entre les degrés de participation minoritaire active, en s'efforçant de faire une distinction entre celles qui débouchent sur un contrôle incontestable, analogue à celui que confère une participation majoritaire, et celles qui confèrent un degré d'influence moindre, mais néanmoins significatif sur le plan concurrentiel.

3.1.2 Seuils de compétence

26. Étant donné que les prises de participation minoritaire peuvent porter atteinte à la concurrence, la question importante qui se pose pour un régime de contrôle des fusions est de savoir s'il devrait adopter une définition qui soit suffisamment large de la notion d'opération de fusion pour couvrir les prises de participation minoritaire qui ne confèrent pas un contrôle incontestable de la société-cible, voire qui puisse

³² Il est également admis que les prises de participation minoritaire sont généralement moins efficaces que les prises de participation à 100 %, même si elles peuvent parfois générer certains gains d'efficacité. Il est également admis que des justifications commerciales mineures peuvent plaider en faveur d'une prise de participation non majoritaire dans une société concurrente.

³³ *BSkyB v the Competition Commission et al*, [2008] CAT 25, *conf'd*, BSKyB, [2010] EWCA Civ 2 (High Court) ; une justification similaire apparaît dans les conclusions préliminaires de la Commission de la concurrence dans l'affaire *Ryanair*, Competition Commission, *Ryanair may have to reduce its stake in Aer Lingus*, communiqué de presse, 30 mai 2013.

³⁴ Ce point est parfaitement illustré dans OCDE, *Participations minoritaires*, supra note 26, 20-38, et dans OFT, *Minority Interests in Competitors*, supra note 25.

³⁵ Bien que les publications récentes sur ce sujet soient plus rares, les problèmes verticaux liés à des prises de participation minoritaire (préexistantes) ont fait l'objet d'un certain nombre de décisions en vertu du règlement de l'UE sur les concentrations. Voir, par exemple, affaire M.3653, Siemens/VA Tech (13 juillet 2005) ; affaire M.5406, IPIC/Man Ferrostaal (13 mars 2009).

s'appliquer à celles qui sont totalement passives. De manière générale, les régimes de contrôle des fusions s'intéressent principalement aux situations dans lesquelles les prises de participation minoritaire confèrent une influence sur la société-cible, peu d'entre eux ayant recours aux définitions applicables aux opérations de cette nature véritablement passives.

27. Les prises de participation minoritaire en tous genres n'étant pas rares, la difficulté consiste notamment à savoir si une ligne de démarcation suffisamment claire peut et doit être fixée entre celles de ces opérations qui sont les plus susceptibles d'entraîner des effets préjudiciables et celles qui, selon toute probabilité, n'en entraîneront pas, et devraient donc être maintenues hors du champ de la définition de ce qu'est une opération de fusion. Les approches utilisées pour venir à bout de cette difficulté sont très variables selon les pays.

Régimes utilisant des seuils fixes exprimés en pourcentage

28. Certains pays recourent à des seuils fixes pour définir les niveaux de prise de participation minoritaire qui constituent une opération de fusion. Parmi les exemples déjà mentionnés figurent l'Allemagne qui prévoit un seuil de 25 % et le Japon, qui applique des seuils de 20 % et 10 %, même si chacun de ces seuils n'est déclenché que lorsque des facteurs spécifiques supplémentaires laissent penser que la participation minoritaire confèrera également à son acquéreur la capacité d'influencer le comportement de la société-cible³⁶. Ces seuils en pourcentage présentent des avantages évidents car ils reposent sur des critères de compétence objectifs et prévisibles. L'exemple de l'Allemagne illustre également les risques inhérents à l'utilisation de seuils fixes, du fait que des parties ont pu donner, semble-t-il, l'impression qu'elles avaient structuré leurs opérations « en fonction » du seuil de 25 % pour échapper au contrôle, ce qui a conduit l'Allemagne à introduire le critère d'« influence significative sur le plan de la concurrence » en complément de la notion d'opération de fusion.

29. La portée de la législation sur le contrôle des fusions applicable aux prises de participation minoritaire est bien plus large au Brésil, à la suite des réformes de la loi de 2012 sur la concurrence³⁷. Conformément à l'article 90 de la nouvelle Loi sur la concurrence, les prises de participation minoritaire d'au moins 5 % constituent une opération de fusion lorsque l'actionnaire et la société-cible sont liés par une relation horizontale ou verticale. En Dans le cas contraire, le seuil applicable est porté à 20 %. Aucun autre critère ne semble s'appliquer pour déterminer si la prise de participation minoritaire confère à l'acquéreur une quelconque influence, comme c'est le cas au Japon, par exemple. Ainsi, le Brésil semble être l'un des rares pays où les prises de participation purement passives, supérieures à un seuil *de minimis* très faible, sont considérées comme des opérations de fusion.

30. La mise en œuvre de la nouvelle loi étant encore récente, il est trop tôt pour en évaluer les dispositions. Toutefois, celles-ci ont pour avantage de définir des seuils précis (même si des désaccords peuvent survenir sur l'existence ou non d'une relation verticale ou horizontale entre les parties) et d'être pratiquement impossibles à contourner, tout en élargissant considérablement le champ des possibilités de contrôle. L'expérience dira, à la lumière des fusions notifiées, si le nombre d'opérations de prise de participation de faible ampleur entraînant des problèmes de concurrence significatifs est suffisant pour justifier le recours à cette définition large – et potentiellement coûteuse – de la notion d'opération de fusion.

³⁶ Voir supra, Section II.

³⁷ Loi de 2011 sur la concurrence (entrée en vigueur le 29 mai 2012).

Prises de participation minoritaire dans les régimes appliquant des critères de « contrôle/influence déterminante »

31. Les prises de participation minoritaire soulèvent davantage de questions dans les régimes de contrôle des fusions reposant exclusivement sur la notion d'« acquisition d'un contrôle », autrement dit l'acquisition d'une influence déterminante sur la société-cible, pour définir ce qu'est une opération de fusion. Il n'est néanmoins pas surprenant que le sujet ait suscité une forte attention en Europe, où le droit de la concurrence de l'UE et de ses nombreux États membres suit la même approche. Les prises de participation minoritaire peuvent bien entendu répondre au critère de l'« influence déterminante » – même si tel est rarement le cas – en fonction notamment de droits supplémentaires et des pactes d'actionnaires dont elles peuvent s'accompagner, mais également de l'éparpillement des autres actionnaires.

32. Lors de la dernière révision de ce qui s'appelait à l'époque le règlement CE sur les concentrations, la Commission européenne s'était déjà demandé si la notion d'opération de fusion devait être modifiée pour être étendue à un plus grand nombre de prises de participation minoritaire³⁸, avant de finir par rejeter la nécessité d'une telle réforme. Elle a estimé que d'autres mécanismes d'application de la loi étaient suffisamment efficaces pour combler de manière adéquate les « lacunes » et qu'une extension du champ d'application du contrôle des fusions serait trop coûteuse. Toutefois, ce débat a ressurgi et la Commission se demande désormais sérieusement si elle doit modifier son régime de contrôle des fusions, s'interrogeant sur l'ampleur, réelle ou supposée, des « lacunes en matière d'application de la loi », et sur la manière dont des réformes efficaces par rapport aux coûts qui en découleraient pourraient être mises en place. Il est difficile, du moins à partir des informations dont on dispose, de savoir si, mis à part *Ryanair*³⁹, un nombre tellement important d'autres affaires laisserait supposer que les lacunes existantes seraient si graves qu'elles justifieraient une réforme, étant également entendu que l'extension du champ de compétence du règlement UE sur les concentrations aurait aussi un coût⁴⁰.

Couvrir les prises de participation minoritaire en appliquant des critères d'« influence substantielle/significative »

33. D'autres pays, dont plusieurs pays européens, ont étendu le champ d'action et prennent en compte à tout le moins certaines prises de participation minoritaire conférant à l'acquéreur un moindre degré de contrôle. En Allemagne, les prises de participation minoritaire peuvent être définies comme des opérations de fusion dans plusieurs cas. Même si une telle opération confère à l'acquéreur un type de « contrôle » sur la société-cible différent de celui prévu par le règlement UE sur les concentrations (article 37(1)(3) du GWB) et est inférieure au seuil des 25 % (article 37(1)(2) du GWB), il s'agit bien d'une

³⁸ Commission européenne, Livre vert sur la révision du Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, COMP(2001)745 (11 décembre 2001).

³⁹ Et même dans l'affaire *Ryanair*, on pourrait dire qu'il n'y a pas eu application lacunaire de la loi puisqu'un État membre a pu contrôler l'opération. Plus généralement, plus important est le nombre d'affaires liées à des prises de participation minoritaire qui échappent à l'application du règlement de l'UE sur les concentrations mais qui font l'objet d'un contrôle dans certains États membres, moins l'application de la loi est « lacunaire ».

⁴⁰ Il semble que l'essentiel des éléments dont on dispose concerne des fusions ayant fait l'objet d'un contrôle dans le cadre desquelles l'une des parties détenait une participation minoritaire préexistante dans une entreprise tiers. Or les fusions (contrôlées) en question créaient une relation de concurrence entre l'entreprise tiers et l'autre partie à la fusion, ce qui au final a suscité certaines préoccupations. Dans la mesure où, dans ces affaires, les prises de participation minoritaire préexistantes n'ont posé aucun problème de concurrence, il n'y aurait eu aucun avantage à étendre la compétence pour procéder au contrôle de ces opérations.

opération de fusion dès lors qu'elle permet à l'acquéreur d'exercer une « influence significative sur le plan de la concurrence » (article 37(1)(4) du GWB).

34. Cette disposition de l'article 37(1)(4) du GWB a été introduite en 1989 en raison de l'impression qui prévalait alors que certaines parties contournaient le système en structurant leurs opérations potentiellement préjudiciables de manière à les faire échapper au dispositif allemand de contrôle des fusions, notamment en acquérant des participations inférieures à 25 % et en s'abstenant d'acquérir des droits de contrôle formels équivalents à ceux que conférerait une participation de 25 %⁴¹.

35. La loi ne prévoit aucune disposition particulière relative au moment où une opération a un effet significatif sur la concurrence, et ses contours exacts ne sont pas très clairs. D'après les publications disponibles, l'utilité de la disposition lors de son introduction initiale était inversement proportionnelle à la complexité des questions d'interprétation qu'elle soulevait⁴². Depuis, toutefois, cette disposition a joué un rôle bien plus important, notamment dans les secteurs des médias et de l'énergie. Par ailleurs, la pratique décisionnelle a fait ressortir plusieurs facteurs pertinents, tels que la nomination des membres de la direction, les droits d'information et de contrôle, les pactes d'actionnaires, ou encore les liens économiques entre les parties. Au final, l'enquête doit principalement avoir pour objet de déterminer si les décisions de la société-cible concernant des actions ayant une incidence sur la concurrence ne sont plus prises de manière autonome mais peuvent être influencées par suite d'une prise de participation minoritaire. Cependant, les simples relations contractuelles à long terme qui créent une certaine dépendance économique sans droits supplémentaires ne semblent pas être considérées comme des opérations de fusion⁴³.

36. La limite inférieure des prises de participation minoritaire couvertes n'est que de 10 %, même si dans au moins une décision, le *Bundeskartellamt* a considéré que l'acquisition d'une participation de 9 % constituait bien une opération de fusion. Cette décision a été infirmée en appel, même si le tribunal n'a pas, sur le principe, rejeté l'idée qu'une prise de participation de 9 %, si elle s'accompagne de mesures « accessoires » suffisantes, puisse conférer le niveau requis d'« influence »⁴⁴. Cette disposition s'applique également aux relations verticales. De fait, elle a joué un rôle particulièrement important dans le secteur de l'énergie. Le *Bundeskartellamt* l'a ainsi invoquée pour empêcher les principaux acteurs du marché allemand de l'énergie de prendre des participations minoritaires dans des entreprises détenues par des municipalités.

37. La Loi britannique sur le contrôle des fusions est très différente de la situation qui prévaut en Allemagne, car elle repose sur un système de notification spontanée, tout en étant similaire dans la mesure où elle couvre les prises de participation minoritaire qui confèrent un niveau d'influence inférieur à celui d'un contrôle total. Conformément à l'article 26 de l'Enterprise Act 2002 (loi sur l'entreprise de 2002), il y a « situation de fusion » lorsque deux entreprises cessent d'être distinctes, ce qui se produit lorsqu'elles sont réunies sous une propriété ou un contrôle commun. La notion de contrôle s'étend aux situations dans lesquelles l'actionnaire acquiert une « influence substantielle » sur la société-cible⁴⁵.

⁴¹ Veelken, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: GWB, ¶86 (4^e édition. 2007).

⁴² Richter, in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts ¶116 (2^e éd. 2008).

⁴³ BGH, KVR16/99, décision du 21 novembre 2000, WuW/E DE-R 607, 612, Minderheitsbeteiligung im Zeitschriftenhandel; Richter in Wiedemann, supra note 42, ¶121.

⁴⁴ *Bundeskartellamt*, B6-27/04, Bonner Zeitungsdruckerei (8 septembre 2004), WuW/E DEV 968, *rev'd*, OLG Düsseldorf (Ct. Appeals), VI-Kart 26/04 (V) (7 juillet 2005), WuW DE-R 1581.

⁴⁵ Voir également supra, note 14.

38. Cette loi ne précise pas dans quelles circonstances il y a influence substantielle. En pratique, de nombreux paramètres entrent en ligne de compte, notamment la taille des participations et l'éparpillement des autres actionnaires, l'identité des actionnaires, les droits de vote spéciaux, les représentations au conseil d'administration et les restrictions des droits de vote. En définitive, l'autorité de la concurrence cherchera à déterminer si l'acquéreur peut influencer de manière substantielle les mesures prises par la société-cible sur le marché⁴⁶.

BSkyB/ITV – Couvrir les prises de participation minoritaire en vertu du critère d'« influence substantielle »

En 2006, BSkyB, premier opérateur de télévision à péage du Royaume-Uni, a acquis une participation d'environ 18 % dans ITV, le plus gros radiodiffuseur commercial britannique. Certains éléments ont donné à suspecter que l'opération avait été motivée par le désir d'empêcher des tiers de prendre le contrôle d'ITV. Le gouvernement est intervenu, et l'OFT a ouvert une enquête. Il a jugé que l'opération était une opération de fusion et soulevait des problèmes de concurrence. L'affaire a été transmise à la Commission de la concurrence en 2007 pour examen complémentaire.

La Commission a jugé que cette prise de participation minoritaire conférait une « influence substantielle » à BSkyB, car, elle serait *de facto* en mesure de bloquer certaines résolutions particulières prises par ITV et pourrait donc limiter les options stratégiques de celle-ci telles que sa capacité à lever des fonds. Le statut d'acteur majeur de son secteur caractérisant BSkyB renforcerait encore son influence.

Dans son analyse sur le fond, la Commission de la concurrence a exprimé d'autres craintes, notamment le fait que BSkyB pourrait influencer la stratégie de production de contenus d'ITV et ses investissements dans la technologie TVHD. Elle a conclu qu'il en résulterait probablement un affaiblissement substantiel de la concurrence du fait de la moindre rivalité entre ITV et BSkyB sur le marché de la télévision. Elle a conclu qu'un désengagement de BSkyB, qui ramènerait sa participation sous le seuil des 7.5 %, constituerait une mesure corrective efficace⁴⁷.

Le Tribunal d'appel de la concurrence a confirmé, en 2008, les conclusions de la Commission de la concurrence tant sur la compétence que sur le fond, jugeant notamment appropriée la mesure corrective imposée (qui a également été approuvée par le ministre concerné). Le Tribunal a estimé, sur la question de la capacité de BSkyB à bloquer les décisions spécifiques, notamment celles visant à lever des fonds, que les conclusions de la Commission se justifiaient tant concernant le critère de compétence que du point de vue de l'évaluation d'impact sur la concurrence. Cet aspect a été un élément essentiel pour juger que BSkyB exerçait une influence substantielle et pour conclure à un risque d'atteinte à la position concurrentielle d'ITV⁴⁸.

En 2010, la Haute Cour a rejeté l'appel de BSkyB formé contre la décision du Tribunal d'appel de la concurrence, confirmant toutes les décisions précédentes relatives à la compétence et à l'évaluation menée en vertu du droit matériel de la concurrence⁴⁹.

39. En pratique, une prise de participation de 25 % est réputée conférer une influence substantielle compte tenu des droits accordés aux actionnaires minoritaires par la Loi sur les sociétés applicable. Une participation de 15 % constitue une limite inférieure pertinente, même si on ne peut exclure, en deçà de ce seuil, qu'une influence substantielle peut malgré tout être exercée⁵⁰.

⁴⁶ OFT, *Jurisdictional and Procedural Guidance*, supra note 17, ¶ 3.15.

⁴⁷ Commission de la concurrence, *Acquisition by British Sky Broadcasting Group plc of 17.9 per cent of the shares in ITV plc (2008)* (le ministre concerné a rendu une décision formelle dans cette affaire).

⁴⁸ British Sky Broadcasting Group Plc c. The Competition Commission, [2008] CAT 25.

⁴⁹ British Sky Broadcasting Group Plc c. The Competition Commission, [2010] EWCA Civ 2.

⁵⁰ OFT, *Jurisdictional and Procedural Guidance*, supra note 17, ¶ 3.20.

40. Ainsi, les deux pays européens évoqués ici disposent de capacités assez importantes pour couvrir les prises de participation minoritaire, même si, pour y parvenir, ils ont dû s'appuyer sur un instrument législatif qui ne définit pas clairement de frontière entre les opérations relevant ou non du contrôle des fusions, et sur une pratique décisionnelle ayant, dans chaque pays, permis d'élaborer un catalogue de critères qui peut, dans ces deux pays, être appliqué avec une certaine souplesse. Ni l'un ni l'autre n'est en mesure d'intervenir lorsqu'il s'agit de prises de participation minoritaire passives ne conférant à l'acquéreur qu'un simple intérêt financier dans la société-cible.

Élargissement du champ d'action en appliquant quelques exemptions

41. Le traitement des prises de participation minoritaire passives aux fins de la définition de ce qu'est une opération de fusion est appréhendé différemment dans la législation américaine relative au contrôle des fusions. Il semblerait qu'aux États-Unis un plus large éventail de prises de participation minoritaire puisse être considéré comme des opérations de fusion qu'au Royaume-Uni et en Allemagne par exemple. Conformément à l'article 7 du Clayton Act, une opération de fusion est une acquisition de « *tout ou partie des actions ou du capital social* » d'une autre entreprise et une telle acquisition peut être interdite lorsqu'elle peut avoir « *pour effet de réduire substantiellement la concurrence* »⁵¹. Par conséquent, toutes les acquisitions de titres de participation dans une société-cible peuvent être considérées comme des opérations de fusion⁵². Cette définition très large est nuancée par l'article 7(3) qui dispose que « *[c]et article ne s'applique pas aux personnes qui achètent ces actions à seule fin d'investissement et ne les utilisent pas pour provoquer ou tenter de provoquer, en votant ou en prenant toute autre mesure, un affaiblissement substantiel de la concurrence.* »

42. L'exemption applicable « aux investissements » prévue à l'article 7(3), qui n'impose aucun plafond au pourcentage d'actions pouvant être détenues « passivement », peut éliminer certains types de prises de participation minoritaire du champ d'application de la législation américaine sur le contrôle des fusions. Cette exemption, largement inspirée par l'exemption de même nature prévue par les règles de déclaration contenues dans le HSR Act, a cependant une portée très limitée dans la pratique⁵³. Une opération ne sera réputée être effectuée « à seule fin d'investissement » que si l'acquéreur n'exerce pas d'influence sur les actions et la conduite commerciale de la société-cible et n'utilise aucun des mécanismes à sa disposition pour provoquer, ou tenter de provoquer, un affaiblissement substantiel de la concurrence. Sont exclues de l'article 7(3) les situations dans lesquelles l'actionnaire acquiert le contrôle actif de la société-cible, la capacité d'influencer les actions de la société-cible par d'autres moyens que le contrôle, ou peut accéder à des informations commercialement sensibles. Ces paramètres donnent à penser que le

⁵¹ Tout au long de la présente note, il importe de garder à l'esprit la différence entre les opérations qui sont considérées comme des opérations de fusion en vertu de l'article 7 du Clayton Act et celles qui sont notifiables en vertu du HSR Act et de ses modalités d'application, 16 CFR §§801-803.

⁵² U.S. c. E.I. duPont de Nemours & Co., 353 U.S. 586 (1957).

⁵³ Le HSR Act prévoit un plafond, exemptant les prises de participation de 10 % maximum réalisées à des fins d'investissement (HSR Act, article (a)(C)(9)). Le plus célèbre contrevenant à l'obligation de déclaration prévue par le HSR Act, ayant invoqué l'« exemption pour investissement », est probablement Bill Gates, qui a accepté de payer une amende civile de 800 000 USD pour non-notification de l'acquisition d'une petite prise de participation dans une autre société ; étant par ailleurs l'un des administrateurs de la société en question, il n'a pas pu bénéficier de cette exemption. U.S. Department of Justice, *Bill Gates to Pay \$ 800,000 Civil Penalty for Violating Antitrust Premerger Notification Requirements*, communiqué de presse, 3 mai 2004. Cette sanction, et d'autres plus récentes, montrent que les autorités surveillent de près que l'exemption ne peut être utilisée abusivement par des personnes acquérant davantage qu'une participation minoritaire strictement passive.

critère de compétence permettant considérer qu'une opération constitue une fusion n'est pas très différent de l'analyse sur le fond des éventuels effets anticoncurrentiels⁵⁴.

43. On peut se demander si l'exemption prévue en cas de prise de participation réalisée « à seule fin d'investissement » peut s'appliquer en cas d'acquisition de droits minoritaires dans un concurrent direct⁵⁵, même si les autorités ont parfois, dans le cadre d'une action corrective, approuvé des prises de participation purement passives, bien en deçà du seuil des 10 %, dans une société concurrente⁵⁶. Les mesures correctives ayant été conçues pour s'assurer que les opérations en cause n'étaient plus susceptibles d'avoir pour effet de réduire significativement la concurrence, les prises de participation passives réalisées dans le même esprit et d'un niveau comparable peuvent en principe bénéficier de l'exemption prévue à l'article 7(3) du Clayton Act.

44. Une approche similaire des prises de participation minoritaire peut être observée en Inde où le régime de contrôle des fusions récemment mis en place semble suivre dans une large mesure le modèle américain en ce qui concerne la définition de ce qu'est une opération de fusion. De toute évidence, l'adoption d'une approche analogue n'y a en l'occurrence pas été le fruit de nombreuses années de pratique décisionnelle, d'où une grande incertitude et des craintes importantes relatives à la disproportion et au manque de précision des seuils de compétence⁵⁷. La Loi sur la concurrence définit comme une opération de fusion toute acquisition du contrôle, d'actions, de droits de vote *ou* d'actifs d'une autre entreprise⁵⁸, ce qui laisse penser que toute prise de participation mineure dans une autre société peut, en principe, être considérée comme une opération de fusion. Cette définition large est limitée par des exemptions qui excluent certaines prises de participation minoritaire. En vertu d'un règlement adopté par la Commission de la concurrence indienne, les prises de participation jusqu'à 25 % ne sont exemptées que si elles sont

⁵⁴ Voir, par exemple, *U.S. c. Tracinda Inv. Corp.*, 477 F.Supp. 1039 (C.D. Cal. 1979) (le critère de l'exemption, applicable lorsque la prise de participation est effectuée « à seule fin d'investissement », ne diffère pas fondamentalement de la proscription prévue par l'article 7 en tant que tel).

⁵⁵ Areeda & Hovenkamp, *Antitrust Law*, ¶ 1204(b) (l'exception pour investissement doit bénéficier uniquement aux investisseurs, notamment aux investisseurs institutionnels) ; Paul C. Cuomo et al, *Partial Acquisitions: Recent MOF COM Action Suggests Possible Divergence with U.S. Standards*, *CPI Antitrust Chronicle*, janvier 2012, point 3, note de bas de page 5 (les prises de participation partielle dans des sociétés concurrentes ne sauraient bénéficier de l'exemption prévue à l'article 7(3) du Clayton Act).

⁵⁶ Voir, par exemple, U.S. Federal Trade Commission, *FTC Requires Restructuring Of Time Warner/Turner Deal: Settlement Resolves Charges That Deal Would Reduce Cable Industry Competition*, communiqué de presse, 12 septembre 1996 (autorisation d'une participation de 9.2 % non assortie de droits de vote) ; U.S. Department of Justice, *American Airlines Cleared to Acquire Stock in Argentine Airline*, communiqué de presse, 8 juillet 1998 (autorisation d'une prise de participation de 8.5 %) ; U.S. Department of Justice, *Department Announces Tentative Settlement in the Northwest-Continental Lawsuit*, communiqué de presse, 6 novembre 2000 (autorisation d'une prise de participation de 7 %).

⁵⁷ Pour un bilan des évolutions survenues et des préoccupations suscitées, voir, par exemple, Tony Reeves & Dan Anderson, *India's New Merger Control Regime: When Do You Need to File*, 26 *Antitrust* 94 (2011).

⁵⁸ Loi de 2002 sur la concurrence, n°12 de 2003, modifiée par la Loi de 2007 (Modification) sur la concurrence, article 5.

réalisées à seule fin d'investissement et ne confèrent pas à l'acheteur le contrôle de la société-cible⁵⁹. Cette exemption n'est pas applicable aux prises de participation minoritaire dans une société concurrente⁶⁰.

3.1.3 Conclusions

45. Le cas des prises de participation, et plus particulièrement celles qui ne confèrent pas à l'acheteur un niveau de contrôle *de jure*, illustre clairement la volonté de nombreux régimes de contrôle des fusions de faire porter leur action sur toutes sortes d'opérations qui permettent à l'acquéreur d'exercer une influence sur la conduite de la société-cible. Néanmoins, pratiquement aucun régime de contrôle des fusions ne semble se satisfaire des seuils de participation simples et objectifs, exprimés en pourcentage, peut-être parce qu'ils sont susceptibles d'être trop facilement contournés ou parce qu'il faudrait les fixer à un niveau si bas que l'autorité de la concurrence aurait alors à faire face à un trop grand nombre d'affaires sans intérêt. Dès lors, la portée plus large des lois sur le contrôle des fusions s'accompagne souvent de définitions ouvertes et d'un ensemble de facteurs potentiellement pertinents qui doivent être appliqués au cas par cas.

46. Le fait de mettre l'accent sur la capacité à influencer le comportement commercial de la société-cible signifie par ailleurs également que les prises de participation passives (lorsque les intérêts sont purement financiers) sont rarement couvertes par les définitions de la notion d'« opérations de fusion », malgré les effets préjudiciables qu'elles peuvent avoir. Le Brésil semble faire exception à règle. Chaque prise de participation au-delà d'un seuil de 5 % est couverte, sauf si les parties n'entretiennent pas le moindre lien entre elles. Seule l'expérience montrera si cette approche est excessivement prudente ou globalement avantageuse.

3.2 Acquisitions d'actifs, notamment d'actifs limités

47. Dans pratiquement tous les principaux régimes de contrôle des fusions, l'acquisition d'une société-cible par l'achat d'actifs entre dans la définition de ce qu'est une opération de fusion. Ces opérations utilisent un moyen plus « direct » que les prises de participation pour provoquer des changements structurels durables sur le marché, qui peuvent affecter la manière dont les actifs en question sont utilisés dans le processus concurrentiel, et doivent par conséquent être traitées comme les prises de participation. Il en est de même lorsque les actifs acquis formaient une branche d'activité à part entière du vendeur, et/ou lorsque l'acquisition n'implique pas le transfert pur et simple de l'intégralité des droits de propriété mais consiste en un arrangement contractuel similaire qui confère à l'acheteur des droits à long terme, et peut-être irrévocables, de gestion des actifs, comme c'est le cas des contrats de location qui induisent un transfert du contrôle des actifs, des droits de gestion et des risques commerciaux.

48. Cependant, comme pour les prises de participation, des questions plus complexes peuvent surgir lorsque la situation évolue après la simple acquisition des droits de propriété de la totalité des actifs d'une entreprise ou d'une activité. Ces questions peuvent notamment concerner la taille/la valeur/l'importance que doivent avoir les actifs pour avoir une incidence telle sur la concurrence que l'opération doive faire l'objet d'un contrôle. La plupart des pays étendent la portée de leur législation sur le contrôle des fusions au-delà de l'acquisition de la totalité des actifs d'une entreprise, mais il existe des différences quant au niveau de détail prévu par chaque législation. Certaines exigent que les actifs acquis forment une unité

⁵⁹ Règlement de 2011 de la Commission indienne de la concurrence (*Procedure in regard to the transaction of business relating to combinations*), modifié au 4 avril 2013, annexe I. Une deuxième exemption, ajoutée en 2013, concerne les prises de participation jusqu'à 5 % dans la société-cible, lorsque l'acheteur détient déjà au moins 25 % de celle-ci, mais pas plus de 50 % et uniquement si les prises de participation complémentaires ne confèrent pas à l'acheteur le contrôle de la société-cible.

⁶⁰ Reeves & Anderson, *India's New Merger Control Regime*, supra note 57, point 97.

suffisante pour que l'acheteur puisse transférer ou poursuivre une activité commerciale particulière ou que les actifs en question représentent une source de revenus distincte. Dans d'autres pays, chaque transfert d'actifs suffisamment significatif pour modifier la position concurrentielle de l'acquéreur est par principe considéré comme une opération de fusion.

3.2.1 Opérations nécessitant l'acquisition d'actifs plus substantiels

49. Comparé à celui d'autres grands pays ou territoires, le droit de la concurrence de l'UE applique une notion plus restrictive concernant le moment où les acquisitions d'actifs peuvent être considérées comme des opérations de fusion. Conformément aux dispositions du règlement UE sur les concentrations portant sur les acquisitions d'actifs⁶¹, il y a changement requis du contrôle d'une « entreprise » si l'acheteur acquiert la possibilité d'exercer une influence déterminante par des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une autre entreprise⁶². Bien que l'expression « droit [...] de jouissance [de toute] partie des biens d'une autre entreprise [...] » puisse être interprétée de manière très large, en pratique, les actifs acquis doivent représenter au moins une « partie d'une entreprise », ce qui signifie qu'il doit y avoir un transfert du contrôle d'une activité ayant une présence sur le marché et générant un chiffre d'affaires qui lui est attribuable sans ambiguïté⁶³.

50. Le critère d'attribution du chiffre d'affaires donnera lieu à des cas limites qui nécessiteront une analyse spécifique du contexte en général. Par exemple, il a été jugé que le transfert de certains actifs, par exemple des centrales électriques, répondait à cette exigence. Pour autant, dans d'autres circonstances, le simple transfert d'actifs peut être insuffisant pour constituer une « opération de fusion », et il peut être alors nécessaire qu'il y ait transfert de savoir-faire ou de structures de commercialisation, en plus du transfert d'actifs, pour que l'acheteur soit en mesure de se livrer à des activités générant un chiffre d'affaires lié à des tiers. De même, un accord de cession de toutes les relations clients existantes, même s'il ne porte que sur une certaine catégorie de clients, a été considéré comme une « opération de fusion ». Cela étant, en raison du critère d'« attribution du chiffre d'affaires », il est moins probable que des transferts exclusivement limités à des listes de clients ou que la cession d'un droit de propriété intellectuelle particulier soient considérés comme des opérations de fusion⁶⁴.

51. Le Royaume-Uni applique une notion légale différente, mais sa position vis-à-vis des acquisitions d'actifs ne semble ne pas si différente de celle établie dans le règlement UE sur les concentrations. Conformément à l'Enterprise Act (Loi sur l'entreprise) de 2002, toutes les acquisitions des activités ou de parties d'activités d'une entreprise peuvent en principe être considérées comme des opérations de fusion. Pour déterminer si les actifs cédés sont suffisamment importants, une évaluation au cas par cas est indispensable et devra, conformément aux lignes directrices du Royaume-Uni sur les fusions, prendre en compte tous les éléments pertinents⁶⁵. Les actifs cédés doivent permettre de poursuivre une activité commerciale et le chiffre d'affaires qui leur est directement lié doit pouvoir être identifié. Un prix d'achat incorporant le paiement de la cession du fonds de commerce indiquerait ainsi fortement qu'il y a eu cession d'une entreprise commerciale, donnant à penser que l'acheteur acquiert non seulement des

⁶¹ Commission européenne, Communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, J.O. C /1 (2008) (CJC).

⁶² Règlement de l'UE sur les concentrations, Article 3(2)(a).

⁶³ CJC, supra note 61, ¶24.

⁶⁴ Cela étant, il n'est en principe pas exclu que les critères nécessaires pour avoir qualité d'« actif » puissent être remplis. CJC, supra note 61, ¶24.

⁶⁵ OFT, *Jurisdictional and Procedural Guidance*, supra note 17, article 3.12.

actifs « nus », mais également la capacité à les utiliser dans le cadre d'une activité commerciale⁶⁶. En revanche, la cession de certains droits (droits de propriété intellectuelle, par exemple) ne serait pas considérée, en tant que telle, comme une opération de fusion. Par ailleurs, si la cession de listes de clients peut être un facteur important pour déterminer s'il y a eu ou non transfert d'une activité, elle ne saurait en soi être considérée comme une opération de fusion.

52. Le Japon semble s'être doté d'une législation un peu plus restrictive en ce qui concerne les acquisitions d'actifs. Selon les lignes directrices sur les concentrations relatives à la Loi antimonopole sur le contrôle des sociétés commerciales, les acquisitions d'actifs doivent concerner une « part substantielle » d'une activité, décrite par ailleurs comme une partie de l'activité capable de fonctionner comme une seule entreprise à part entière et ayant une valeur distincte de l'entreprise vendeuse. En outre, ces lignes directrices ont recours à des seuils chiffrés pour définir le « caractère substantiel » de la part acquise, et se fondent sur le chiffre d'affaires relatif (à savoir rapporté au chiffre d'affaires total du vendeur) et absolu généré par les actifs cédés, pour identifier une opération de fusion⁶⁷.

3.2.2 Étendre le champ de compétence aux acquisitions d'actifs plus limités

53. Dans d'autres pays, la législation sur le contrôle des fusions s'étend à un plus large éventail d'acquisitions d'actifs. Les États-Unis en sont un bon exemple. Conformément à l'article 7 du Clayton Act, « [...] aucune société soumise à la compétence de la *Federal Trade Commission* ne doit acquérir tout ou partie des actifs d'une autre société [...] »⁶⁸. Les tribunaux ont confirmé qu'il s'agit d'une définition large de la notion d'opération de fusion car la loi utilise des « termes génériques, imprécis, qui couvrent un large éventail d'opérations », et que « [t]el qu'utilisé dans cette loi, et en fonction du contexte factuel, le terme d'« actifs » peut désigner tout élément de valeur ».

54. Le texte a été jugé suffisamment vague pour inclure la propriété ou les droits de propriété, immobiliers ou mobiliers, matériels ou immatériels, qui sont susceptibles d'être cédés et qui ont été utilisés par le vendeur et pourraient être utilisés par l'acheteur pour livrer concurrence. Les listes de clients, les itinéraires de vente et les volumes de vente, les licences exclusives, les franchises, ainsi que les marques déposées et les brevets ont été considérés comme des actifs relevant de l'article 7. Le seul critère limitatif – et peu exigeant – pour distinguer les acquisitions d'actifs qui constituent des opérations de fusion de celles qui n'en sont pas est le fait que l'actif cédé doit pouvoir avoir une forme ou une autre d'utilité concurrentielle dès lors qu'il passe sous le contrôle de l'acheteur⁶⁹.

55. Dans le même esprit, toutes sortes d'acquisitions d'actifs seraient considérées comme des opérations de fusion en vertu de l'article 37 du GWB allemand. La disposition applicable fait référence de manière générale aux droits de propriété ou de jouissance de tout ou partie des actifs d'une entreprise. La

⁶⁶ *Id.*, article 3.10.

⁶⁷ JFTC, *Guidelines Concerning Review of Business Combinations*, supra note 11, article 4(3).

⁶⁸ Le texte sur les acquisitions d'actifs a été introduit à l'article 7 par le Celler-Kefauver Act de 1950 lorsqu'il a été constaté qu'une interdiction des prises de participation anticoncurrentielles pouvait aisément être contournée par un accord de cession de la totalité des actifs d'une entreprise. La référence aux sociétés soumises à la compétence de la *Federal Trade Commission* semble restreindre le champ de compétence par rapport à celui qui est applicable aux prises de participation, mais la jurisprudence a pratiquement rendu caduque cette restriction.

⁶⁹ La portée de la notion juridique d'« opération de fusion » est atténuée par d'importantes exceptions à l'obligation de notification qui excluent, par exemple, certaines opérations immobilières et acquisitions d'actifs réalisées dans le cadre normal de l'activité, sauf lorsqu'elles représentent « la totalité ou l'essentiel des actifs d'une unité opérationnelle ». Voir 16 CFR §802.

pratique en matière d'application de la législation vise essentiellement à savoir si les actifs concernés par une opération (i) sont importants pour la position du vendeur (en tenant compte d'un ensemble modulable de critères qualitatifs et quantitatifs) ; et (ii) peuvent avoir une incidence sur la position de l'acheteur sur le marché⁷⁰. Par conséquent, si l'on applique ce critère de compétence, une certaine évaluation des circonstances entourant la cession d'actifs semble nécessaire.

56. En vertu de cette interprétation, on considère que la cession d'un seul magasin (sur plusieurs centaines de points de vente appartenant à une seule grande chaîne), de listes de clients ou d'une marque déposée utilisée pour une activité peut être considérée une opération de fusion⁷¹.

3.2.3 *Quelles opérations constituent des « acquisitions » d'actifs ?*

57. Une approche souple des critères de compétence peut également être observée s'agissant de la forme sous laquelle l'acheteur acquiert le contrôle des actifs. Une interprétation restrictive du terme « acquisition » peut laisser croire que seuls les transferts de propriété formels sont concernés, or presque tous les grands pays ont systématiquement recours à une définition plus large pour faire correspondre leurs seuils de compétence avec la réalité du contexte concurrentiel. Par conséquent, de nombreuses autres modalités par lesquelles l'acquéreur obtient le droit de contrôler la manière dont il utilisera les actifs de l'autre partie seront considérées comme des « acquisitions »⁷².

58. Ainsi, nous avons déjà indiqué que l'acquisition de droits de propriété intellectuelle peut constituer une acquisition d'actifs se prêtant à un contrôle⁷³. Cela ne vaut pas seulement pour les cessions de la totalité de droits de propriété, mais également pour les cessions de licences exclusives à long terme, de préférence irrévocables, qui provoquent un changement durable sur le marché⁷⁴. En revanche, les licences non exclusives de droits de propriété intellectuelle ne sont généralement pas considérées comme des « acquisitions »⁷⁵. Cette simple distinction peut se révéler rapidement caduque et une évaluation plus détaillée des circonstances spécifiques au cas d'espèce peut être rendue nécessaire, les accords de licence étant des instruments souples qui permettent d'attribuer les droits en fonction des besoins commerciaux des

⁷⁰ BGH, KVR 14/91, arrêt du 7 juillet 1992, Warenzeichenerwerb ; BGH, KVR32/05, arrêt du 10 octobre 2006, National Geographic I ; Richter in Wiedemann, supra note 42, point. 81.

⁷¹ United States c. Columbia Pictures Corp., 189 F.Supp. 153 (SDNY 1960). Dans le même esprit, la loi canadienne sur le contrôle des fusions semble considérer toute acquisition d'un actif « essentiel » comme une « opération de fusion ». Peuvent faire partie des actifs essentiels des structures de distribution, un point de vente au détail, un nom de marque ou des droits de propriété intellectuelle. Bureau de la concurrence, Lignes directrices, supra note 17, Section 1.13.

⁷² Dans l'affaire United States c. Columbia Pictures Corp., 189 F.Supp. 153, 182, le tribunal a justifié son interprétation large du terme « acquisition » de la manière suivante : « La loi n'impose aucune méthode spécifique d'acquisition. Elle s'intéresse avant tout au résultat final de la cession d'une partie suffisamment importante de l'ensemble des privilèges et des droits légaux du cédant à l'acquéreur pour conférer à la cession un poids économique et l'« effet » préjudiciable proscrit. »

⁷³ Voir supra, sections III.B.1 et III.B.2. Comme on l'a vu, il peut y avoir des différences entre les pays quant aux circonstances dans lesquelles le transfert d'un droit de propriété intellectuelle peut être considéré comme une « acquisition ».

⁷⁴ Dans l'affaire United States c. Columbia Pictures Corp., 189 F.Supp. 153, par exemple, un contrat de licence exclusive de 14 ans qui donnait au titulaire le droit d'exploiter une importante filmothèque par voie de télédiffusion a été considéré comme une « acquisition ».

⁷⁵ Commission européenne, Communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, J.O. C 95/1 (2008) (CJC), ¶24.

parties. Ainsi, le cédant peut octroyer une licence exclusive, tout en conservant certains droits d'exploitation limités du droit de propriété intellectuelle concédé sous licence. À tout le moins en ce qui concerne le régime américain de contrôle des fusions, cela ne semble pas affecter la qualification d'« opération de fusion »⁷⁶ d'une telle opération. Toutefois, dans ce type de situations, il semble plus probable que l'appréciation diffèrera selon le régime de contrôle des fusions.

59. À l'évidence, des questions similaires se posent s'agissant d'autres droits de propriété. Dans ce cas aussi, le transfert formel de propriété ne serait pas requis et les opérations dont les effets pourraient être substantiellement similaires seront également considérées comme des « acquisitions ». Ce qui importe, c'est le droit relativement durable d'utiliser certains actifs⁷⁷. Ce transfert peut se faire, par exemple, au travers d'un contrat de location qui donne au preneur le contrôle de la gestion et des ressources de la société-cible. Ces éléments sont pour l'essentiel parfaitement décrits dans la CJC de la Commission européenne⁷⁸, mais semblent s'appliquer dans le même esprit ailleurs.

60. Les situations « marginales » qui suscitent les questions les plus complexes semblent se produire lorsque, suite à l'instauration d'une relation purement économique, une partie dispose des moyens d'influer sur les décisions commerciales de l'autre partie, malgré l'absence de liens structurels ou de contrats conférant à l'acquéreur le droit de contrôler ou d'influencer les décisions de gestion de la société-cible. On peut en l'occurrence se demander si, et dans quelles circonstances, la création de cette situation de dépendance économique peut être considérée comme une « acquisition ». Une interprétation large de la notion d'« acquisition » qui pourrait couvrir des relations en principe purement contractuelles ressort, par exemple, de l'analyse qu'a faite la Commission européenne des différents modes de prise de contrôle d'une autre entreprise. D'après la Commission, une situation de dépendance économique peut conduire au niveau requis de contrôle lorsque des contrats ou crédits à long terme confèrent une influence déterminante, pour autant qu'ils s'accompagnent de liens structurels⁷⁹. L'analyse de la Commission ainsi que la jurisprudence citée à l'appui de son point de vue donnent à penser que certains liens structurels, tels qu'une participation, le droit de nommer la direction, ou au moins une option qui peut être convertie en droits de propriété, seront généralement nécessaires et examinés en conjonction avec les « autres » liens économiques afin d'établir le « contrôle/l'influence déterminante ». Cela peut vouloir dire qu'en pratique, il existe rarement des relations purement économiques si « intenses » qu'elles confèrent à une partie la capacité d'influer de manière substantielle sur l'autre partie, si ces relations ne sont pas accompagnées d'une autre action de nature « juridique » (structurelle ou contractuelle) renforçant l'influence. Il est également possible que de telles relations purement contractuelles créant une dépendance économique puissent exister, mais il pourrait être inapproprié de les faire entrer dans le champ d'application des lois sur le contrôle des fusions, compte tenu de la difficulté à définir des frontières claires et prévisibles.

61. L'analyse de la portée de l'article 37(1)(4) du GWB, déjà évoquée, et du recours qui y est fait au critère de l'« influence significative sur le plan de la concurrence » pour définir ce qu'est une opération de fusion, est également instructive à cet égard. En principe, le libellé de la disposition pourrait sembler suffisamment vague pour couvrir les opérations dans le cadre desquelles les liens purement économiques

⁷⁶ Une proposition d'amendement des règles de notification préalable à la fusion prévues par le HSR Act, visant à préciser qu'un transfert de droits de brevet exclusifs dans le secteur pharmaceutique donne lieu à une acquisition d'actifs potentiellement notifiable en vertu de le HSR Act, semble à cet égard particulièrement intéressante. Voir U.S. Federal Trade Commission, *FTC Seeks Public Comments on Proposed Amendments to the Premerger Notification Rules Related to the Transfer of Exclusive Patent Rights in the Pharmaceutical Industry* (13 août 2012).

⁷⁷ Voir, par exemple, le règlement de l'UE sur les concentrations, article 3(2)(a).

⁷⁸ CJC, supra note 75, ¶18.

⁷⁹ CJC, supra note 75, ¶20.

aboutissent à un tel degré de dépendance économique que le niveau d'influence requis sur une autre société ou un autre groupe d'actifs est atteint. Or, le commentaire relatif à cette disposition fait ressortir qu'une telle interprétation soulèverait des problèmes de sécurité juridique, en particulier dans un régime de contrôle des fusions prévoyant une notification obligatoire et des sanctions dans les cas où il n'y a pas eu notification d'une opération notifiable et où la partie concernée a omis de demander l'autorisation requise de l'opération. Dès lors, pour établir la réalité d'une « influence significative sur le plan de la concurrence », il peut être nécessaire que l'opération s'accompagne d'une action de nature « juridique », ayant un effet plus permanent (quitte à mener par ailleurs une analyse des mécanismes ayant généré cette influence économique), telle qu'une prise de participation dans la société-cible⁸⁰.

3.2.4 Conclusions

62. De manière peut-être plus systématique encore que dans le cas des prises de participation, certains pays semblent à l'évidence vouloir engager un examen approfondi de l'ensemble des paramètres permettant de déterminer si une acquisition d'actifs constitue une opération de fusion. La notion d'acquisition est interprétée avec une certaine souplesse. Plus particulièrement, la nécessité d'étudier les effets de la cession d'actifs sur la position concurrentielle de l'acheteur peut rapprocher cette question de compétence d'une évaluation sur le fond de l'impact de l'opération sur la concurrence, même si une telle étude sera toujours beaucoup moins détaillée. Souvent, bien sûr, les exigences de notification atténueront les effets d'une telle définition large de l'opération de fusion, mais l'impression demeure que les autorités de la concurrence disposent d'une marge d'appréciation notable pour décider si des acquisitions d'actifs relèvent ou non du dispositif de contrôle des fusions.

3.3 Coentreprises

63. Le recours à la notion d'opération « centrale/marginale » qui explique les similitudes et les différences entre les principaux régimes de contrôle des fusions vaut également pour ce qui est des coentreprises. Lorsqu'au moins deux parties forment et contrôlent une coentreprise qui implique une véritable intégration d'actifs relativement permanente et met fin à la concurrence entre les sociétés mères dans son secteur d'activité, la création de cette coentreprise sera presque invariablement considérée comme une opération de fusion⁸¹. Toutefois, la notion de coentreprise étant souple, de nombreux types de coopération relèvent de cette catégorie. En outre, plus la coentreprise met en avant la collaboration et occulte l'intégration d'actifs, moins le rôle « autonome » qu'elle joue sur le marché est clair, et plus les différences entre les pays sont marquées⁸².

⁸⁰ Veelken, in Immenga/Mestmäcker, supra note 41, ¶¶ 93-94.

⁸¹ À condition, comme on le verra ci-après, qu'au moins l'une des sociétés mères ait une influence déterminante sur les activités de la coentreprise ce qui, dans de nombreux régimes de contrôle des fusions européens, constitue un élément supplémentaire important.

⁸² Les différences de qualification d'une coentreprise peuvent affecter considérablement les parties : si la coentreprise est une « opération de fusion », des obligations de notification et des délais d'attente peuvent être imposés, mais une décision finale sur la légalité de l'entreprise et donc la sécurité juridique peuvent généralement être obtenues bien plus rapidement que si la coentreprise est soumise à un contrôle pour suspicion d'accord restrictif. Différents critères de contrôle s'appliqueraient également, bien qu'il semble y avoir un consensus entre la plupart des principaux pays selon lequel certains aspects collaboratifs d'une coentreprise (ou la totalité de la coentreprise si elle ne peut être qualifiée de fusion en tant que telle) feraient l'objet d'un contrôle visant à détecter un éventuel accord restrictif, même si la formation de la coentreprise est considérée comme une opération de fusion. Enfin, on pourrait s'attendre à ce que des questions analytiques similaires sur les effets concurrentiels d'une coentreprise soient soulevées, quels que soient sa qualification et le cadre de procédure applicable. Différentes mesures correctives peuvent

64. De manière très générale, deux approches prédominent quant à la question de savoir comment la définition de la notion d'opération de fusion s'applique aux coentreprises. De nombreux régimes de contrôle des fusions ne voient pas la nécessité de traiter de manière distincte la formation des coentreprises ; ainsi les coentreprises créées par une intégration d'actifs passent généralement par une étape d'acquisition d'actions ou d'actifs ; autre possibilité, certains actifs précédemment détenus de manière indépendante peuvent être utilisés pour former une nouvelle « entreprise », contrôlée par les sociétés mères, ce qui suffirait à faire de cette opération une opération de fusion, selon la définition généralement applicable. D'autres pays ont adopté des dispositions spécifiques aux coentreprises dans leurs définitions. Les pays qui appliquent le modèle « contrôle/influence déterminante » du règlement UE sur les concentrations peuvent en particulier considérer plus indispensable d'examiner spécifiquement la manière dont les coentreprises sont conformes à la définition ; ces pays ont tendance à restreindre l'éventail des coentreprises relevant de leur définition. Ces différences donnent lieu au phénomène bien connu selon lequel une coentreprise internationale peut être considérée comme une opération de fusion, soumise à une obligation de notification dans certains pays, tandis que dans d'autres elle sera considérée comme un accord restrictif non notifiable⁸³.

65. Ainsi, en vertu de la Loi américaine sur le contrôle des fusions, l'acquisition d'actifs ou de titres assortis de droits de vote dans le contexte de la formation d'une coentreprise serait considérée comme une opération de fusion, selon les règles généralement applicables de l'article 7 du Clayton Act, même si une obligation de notification dépendrait encore une fois des règles définies dans le HSR Act. Une acquisition d'actifs peut intervenir lorsque les sociétés mères de la coentreprise ont suffisamment de droits pour acquérir le « contrôle » des actifs apportés à la coentreprise⁸⁴. Comme précédemment, ces règles couvrent un large éventail de coentreprises susceptibles d'être considérées comme une opération de fusion. La qualification d'opération de fusion, en vertu de cette définition large, et les éventuelles obligations de notification prévues par le HSR Act ne déterminent pas nécessairement les critères d'évaluation sur le fond. Dans certains cas, une coentreprise notifiable peut être considérée comme une collaboration entre des concurrents qui ne relève pas des lignes directrices sur les concentrations horizontales⁸⁵.

66. Cette définition générale de la notion d'opération de fusion s'appliquerait également au Royaume-Uni. La formation d'une coentreprise y est considérée comme une opération de fusion lorsqu'au moins deux entreprises cessent d'être distinctes et qu'au moins deux sociétés mères exercent le niveau de contrôle requis sur l'entreprise. Les niveaux de « contrôle » pourraient varier d'une société mère à l'autre, par exemple si l'une détient une participation de contrôle et que l'autre exerce une « influence

également être imposées, même si, encore une fois, les différences pratiques peuvent ne pas être importantes.

⁸³ La formation de Covisint, une plateforme de fourniture en ligne créée par les trois principaux constructeurs automobiles de Détroit, GM, Ford et Chrysler (à l'époque indépendant), est un exemple de coentreprise de ce type. La formation de Covisint a été contrôlée en tant qu'opération de fusion, notamment aux États-Unis et en Allemagne, mais pas en vertu du règlement CE sur les concentrations (car aucune société mère n'exerçait une « influence déterminante » sur la coentreprise) ; la Commission européenne a vérifié s'il ne s'agissait pas d'un accord restrictif en vertu de l'article 101. Voir U.S. Federal Trade Commission, *FTC Terminates HSR Waiting Period for Covisint B2B Venture*, communiqué de presse, 11 septembre 2000 ; Federal Cartel Office, Decision B 5 - 34100 - U 40/00, Covisint (25 septembre 2000) ; Commission européenne, La Commission autorise la création de Covisint, une bourse de commerce automobile sur Internet, communiqué de presse IP/01/1155 (31 juillet 2001). La coentreprise a été contrôlée en tant que fusion également au Brésil, bien que la décision d'autorisation ait été délivrée après un processus de contrôle si long que les sociétés mères l'avaient déjà revendu.

⁸⁴ Voir, par exemple, *Addamax Corp. c. Open Software Foundation, Inc.*, 888 F.Supp. 274 (D. Mass. 1995).

⁸⁵ En fonction du degré d'intégration, des effets sur la concurrence entre les sociétés mères et de la durée de leur collaboration, certaines coentreprises ont pu être analysées.

substantielle ». En Allemagne, l'approche qui prévaut en ce qui concerne les coentreprises est analogue. Une opération de fusion serait avérée si, à la suite de la formation d'une coentreprise, aux moins deux sociétés mères détiennent une participation d'au moins 25 %, dans la coentreprise ou exerce une influence concurrentielle significative sur ses activités.

67. Étant donné que ces pays appliquent le même critère de compétence pour toutes les opérations, il n'existe pas non plus de différence entre la qualification d'opération de fusion appliquée à la création d'une coentreprise et à une prise d'une participation minoritaire. Certains cas de prises de participation minoritaire nécessiteront une analyse sur le fond différente de celle effectuée pour les coentreprises, sans que cela ait de conséquence sur leur qualité éventuelle d'opération de fusion.

68. L'étendue de la compétence conférée par le règlement UE sur les concentrations est plus limitée s'agissant des coentreprises. Cela s'explique par le fait qu'une opération de fusion est réputée exister uniquement si au moins deux sociétés mères acquièrent une « influence déterminante » sur la coentreprise, et que cette dernière doit être « de plein exercice », c'est-à-dire qu'elle doit agir sur le marché comme une entité économique autonome. Ainsi, une coentreprise peut induire un changement structurel durable sur le marché, mais en l'absence d'« influence déterminante » par ses sociétés mères, ou en l'absence d'entité autonome agissant sur le marché, la qualification d'opération de fusion ne peut être retenue.

69. Ces deux exigences peuvent susciter des questions sur les seuils de compétence, dans les situations de coentreprise, qui pourraient ne pas se poser dans d'autres régimes de contrôle des fusions. Un bref exposé sur diverses formes de coentreprises permet d'illustrer ce phénomène : si un acheteur unique acquiert le contrôle d'actifs qui représentent une entreprise⁸⁶, l'opération constituerait une « opération de fusion », que l'entreprise acquise soit ou non considérée comme « de plein exercice »⁸⁷ Mais lorsque plusieurs parties sont concernées, la situation peut se compliquer quelque peu. Le fait est que si deux parties forment une coentreprise en acquérant conjointement une entreprise auprès d'un tiers, il n'est pas utile d'évaluer son caractère de « plein exercice » ; l'acquisition qui a donné naissance à une coentreprise sera toujours considérée comme une opération de fusion. Si en revanche les deux parties forment une nouvelle entreprise en apportant leurs propres actifs (y compris des actifs représentant une « entreprise »), l'opération de fusion ne sera avérée que si la coentreprise résultante est « de plein exercice »⁸⁸ Les choses semblent moins évidentes lorsqu'un acheteur devient un associé de la coentreprise alors que l'entreprise était précédemment détenue individuellement par l'autre associé ; le critère de « plein exercice » de l'entreprise détenue conjointement peut être requis, mais le contraire semble également plausible⁸⁹.

70. Ainsi, des opérations qui semblent provoquer des changements structurels très similaires sur le marché pourraient relever de règles de compétence différentes. La notion d'opération de fusion peut avoir une portée légèrement plus restreinte lorsqu'au moins deux parties forment une coentreprise par un apport d'actifs, plutôt que lorsqu'un acheteur unique acquiert une entreprise⁹⁰. Il est fort possible que dans la pratique, ces questions complexes ne posent aucun problème majeur aux parties, notamment parce que dans ce type d'opération, elles seront incitées à faire contrôler leur coentreprise en application de la législation sur le contrôle des fusions et que l'autorité de la concurrence sera normalement peu désireuse de ne pas accéder à leur demande. Toutefois, cela montre qu'introduire la nécessité du critère de « plein

⁸⁶ Voir supra, Section II.

⁸⁷ CJC, supra note 75, ¶24.

⁸⁸ CJC, supra note 75, ¶92.

⁸⁹ CJC, supra note 75, ¶86.

⁹⁰ L'essentiel de cette discussion fait suite aux travaux de Lars-Peter Rudolf et Bettina Leupold, *Joint Ventures – The Relevance of the Full Functionality Criterion under the EU Merger Regulation*, 3 J. Europ. Comp. L. & Practice 439 (2012).

exercice » pour déterminer le seuil de compétence peut soulever des questions complexes qui peuvent être évitées dans d'autres régimes de contrôle des fusions. La Chine a résolu de se soustraire à ces difficultés, en décidant, après réflexion, de supprimer l'exigence de plein exercice des règles de compétence régissant les coentreprises⁹¹.

71. L'élément de « contrôle/influence déterminante » peut également susciter des questions intéressantes, par exemple celle de savoir si l'Union européenne devrait envisager d'étendre la notion d'opération de fusion à certains types au moins de prises de participation minoritaire qui échappent actuellement au contrôle des fusions⁹². À l'heure actuelle, la prise d'une de participation minoritaire dans une coentreprise n'est considérée comme une opération de fusion que si le critère d'« influence déterminante » est rempli. La création d'une coentreprise par trois sociétés disposant de parts égales mais d'aucuns droits ni instruments de contrôle particuliers ne serait pas actuellement considérée comme une opération de fusion. Les trois sociétés mères seraient considérées comme des actionnaires minoritaires sans « contrôle/influence déterminante »⁹³. Si le champ d'application du règlement UE sur les concentrations devait être étendu aux prises de participation minoritaire qui ne confèrent pas de « contrôle/influence déterminante », les répercussions sur l'exercice d'une compétence à l'égard des coentreprises « non contrôlées » seraient multiples. Un champ de compétence plus large qui couvrirait les prises de participation minoritaire ne conférant aucun contrôle engloberait également les coentreprises dans lesquelles les sociétés mères ont des participations sans contrôle, ce qui pourrait élargir de manière substantielle le champ d'application du contrôle des fusions en vertu du règlement de l'UE sur les concentrations. Une telle situation pourrait également nécessiter le recours à des règles de compétence spécifiques aux prises de participation minoritaire pour tenter de faire la distinction entre les « prises de participation minoritaire normales » et les « prises de participation minoritaire dans des coentreprises ».

4. Conclusions

72. Malgré les importantes disparités qui subsistent dans l'approche adoptée par les différents régimes de contrôle des fusions pour définir ce qui constitue une « opération de fusion », la brève analyse comparative de certaines questions plus épineuses fait resurgir plusieurs thèmes communs. Principalement, de nombreux pays ont choisi d'élargir le champ d'application de leur législation sur le contrôle des fusions, qui s'étend bien au-delà des opérations « centrales » pour couvrir des opérations comme l'acquisition d'un contrôle *de jure* de la société-cible ou l'acquisition d'actifs ayant une portée similaire⁹⁴.

⁹¹ Comme on l'a vu, la Chine a largement suivi le modèle du règlement UE sur les concentrations lors de la conception de son régime des fusions. Sa Loi antimonopole ne précise pas quand les coentreprises sont considérées comme des « opérations de fusion », et il a été laissé au MOFCOM – ministère chinois du Commerce extérieur qui est l'autorité de concurrence chargée du contrôle des fusions – le soin de publier des règles d'application afin de clarifier les questions restées ouvertes, y compris les questions de compétence. Le projet de dispositions transitoires comprenait un critère de plein exercice pour les coentreprises, excluant ainsi du champ d'application les coentreprises ne revêtant pas cette spécificité. Cela étant, le règlement final du MOFCOM relatif à la notification des concentrations entre entreprises, publié en 2009, ne retient pas le critère de plein exercice, élargissant ainsi le champ des coentreprises soumises au contrôle des fusions.

⁹² Voir supra, Section III.A.2.

⁹³ Voir l'exemple supra, note 83.

⁹⁴ Les acquisitions « insidieuses » et les opérations interdépendantes démontrent également la nécessité d'élargir le champ de compétence des régimes de contrôle des fusions par des règles parfois plus souples, applicables dans des circonstances spécifiques ; si aucune de ces opérations n'atteignait à elle seule les seuils de compétence, considérées ensemble, ces opérations relèveraient toutes d'une même compétence. La préoccupation en l'occurrence est qu'une application étroite, au cas par cas, des seuils de compétence

73. Premièrement, cela peut témoigner d'une faible confiance dans la capacité d'autres instruments d'exécution à couvrir efficacement des opérations quelque peu « à la marge » du régime de contrôle des fusions et à prendre périodiquement des mesures à l'encontre des opérations susceptibles d'avoir des effets anticoncurrentiels. Des problèmes de détection peuvent se poser, de même que la question de savoir si les normes d'exécution et les exigences en matière de preuve relevant de dispositions interdisant les accords anticoncurrentiels et les comportements unilatéraux anticoncurrentiels rendent inefficace un contrôle *ex-post* de ces opérations. Assurément, l'application du dispositif de contrôle des fusions aux opérations « à la marge » présente des avantages pour les autorités de la concurrence dans la mesure où les parties doivent porter les accords qu'ils concluent à leur connaissance et où le mécanisme de contrôle *ex-ante* renforce l'action de l'autorité de contrôle. En outre, à l'évidence, les autres instruments d'exécution ne sont tout simplement d'aucune aide pour certaines opérations, par exemple pour les prises de participation minoritaire non consensuelles.

74. Comme on l'a vu au début de la présente note, le débat international sur les procédures de contrôle des fusions est fortement orienté vers une « objectivation » des seuils de compétence. Entre les deux composantes essentielles des seuils de compétence que sont les seuils de notification et la définition de la notion d'opération de fusion, ce débat a porté bien plus sur la première de ces deux composantes que sur la deuxième. S'agissant des seuils de notification, l'utilisation des parts de marchés comme seuils de notification n'est pas déraisonnable sur le principe, si elle vise à exclure les opérations peu susceptibles de nuire à la concurrence. Pour autant, une telle utilisation a néanmoins été découragée car ce critère n'est pas infaillible, est source d'incertitude et peut impliquer d'évaluer les circonstances propres à chaque cas d'espèce pour déterminer la compétence⁹⁵.

75. S'agissant de la définition de la notion d'« opération de fusion », le même type d'évaluation spécifique d'un large éventail de critères, qui confère à l'autorité de la concurrence un certain pouvoir d'appréciation, semble beaucoup moins contestable. La tension entre l'utilisation de critères objectifs et transparents et le ciblage des opérations potentiellement préjudiciables par l'application de critères plus ouverts est souvent résolue par le recours à des critères plus souples conjugués à des enquêtes factuelles. De fait, il semble que des critères d'influence « substantielle/significative » plus souples, ou des enquêtes

permettrait aux parties de créer des montages afin d'échapper au contrôle des fusions pour ce qui constitue en réalité, sur le plan commercial, une seule et même opération (susceptibles de s'accompagner d'effets anticoncurrentiels).

Plusieurs pays ont élaboré des règles d'agrégation afin que leurs seuils de compétence reflètent la réalité du contexte concurrentiel. En vertu des règles de notification prévues par le HSR Act, par exemple, toutes les acquisitions distinctes d'actions, d'actifs ou de participations dans des entités non constituées en société au cours d'une période de six mois sont regroupées pour déterminer si les seuils de notification sont atteints. 16 CFR §801.13. Le règlement UE sur les concentrations prévoit une règle d'agrégation pour les opérations réalisées au cours d'une période de deux années entre les mêmes parties. Règlement de l'UE sur les concentrations, article 5(2)(2). En outre, les opérations étroitement liées peuvent dans certaines circonstances être traitées comme une seule opération. Règlement UE sur les concentrations, considérant 20. Cela peut signifier, par exemple, que tous les prises de participation successives dans une société-cible sont traités comme une seule et même opération contrôlable une fois que la dernière opération déterminante a eu lieu, et non pas uniquement la dernière opération conférant le « contrôle » requis de la cible ; bien entendu, si cette dernière opération n'est pas mise en œuvre, toutes les opérations précédentes restent en dehors du champ d'application du règlement UE sur les concentrations. Cette règle d'agrégation s'applique également à une série d'opérations distinctes mais liées économiquement, dans le cadre de laquelle aucune opération ne pourrait avoir lieu sans une autre. Dans cette dernière situation en particulier, la règle de compétence dépend de l'évaluation au cas par cas de toutes les circonstances permettant d'apprécier le but économique poursuivi par les parties, une étape parfois nécessaire pour garantir l'efficacité du système.

⁹⁵

ICN Notification Threshold Report, supra note 3, point 4.

visant à vérifier si l'actif acquis est susceptible d'avoir une incidence sur la position concurrentielle de l'acheteur, peuvent permettre à une autorité de la concurrence de se servir d'une évaluation très en amont des effets concurrentiels probables d'une opération pour déterminer si cette dernière constitue une opération de fusion (ou devrait être considérée comme telle). Une certaine marge d'appréciation lors de la prise de décision est peut-être nécessaire pour assurer l'efficacité d'un régime de contrôle des fusions et pour cibler les opérations dont on peut raisonnablement estimer qu'elles sont susceptibles de poser des problèmes.

76. En tout état de cause, une telle approche n'a pas fait l'objet d'une « fronde » organisée, même si son fonctionnement implique certains coûts sur le plan de la sécurité juridique et de la prévisibilité. De fait, les pays ont réussi à atténuer les craintes suscitées par les coûts inutiles qui résultent de définitions larges et peu claires de ce qu'est une opération de fusion en recourant à des seuils de notification plus élevés et/ou à des procédures moins coûteuses pour ne pas risquer d'avoir à contrôler de nombreuses opérations ne posant de toute évidence aucun problème, limitant ainsi le nombre d'affaires situées « à la marge » pour lesquelles il importe vraiment d'adopter des définitions moins précises. En outre, de nombreuses autorités de la concurrence semblent être parvenues à mettre à profit des lignes directrices, des recommandations informelles et une pratique décisionnelle cohérente pour rendre ce processus raisonnablement prévisible. Toutefois, en l'absence de tels mécanismes de « maîtrise des coûts », il est à craindre, de manière plus légitime, que l'extension du champ d'application d'un régime de contrôle des fusions aux opérations plus « à la marge » puisse aboutir à une trop grande incertitude et entraîner des coûts supérieurs aux avantages qu'une telle évolution serait susceptible d'apporter.

RÉFÉRENCES

- Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law* (3^e édition. 2000-)
- Bureau de la concurrence, *Fusions - Lignes directrices pour l'application de la loi* (2011)
- John Cook & Christopher Kerse, *EC Merger Regulation* (5^e édition. 2009)
- Maria Coppola & Cynthia Lagdameo, *Taking Stock and Taking Root: A Closer Look at Implementation of the ICN Recommended Practices for Merger Notification & Review Procedures*, in: *The International Competition Network at Ten 297* (Paul Lugard ed. 2011)
- Paul C. Cuomo, Changrong Xu, & Charles M. Malaise, *Partial Acquisitions: Recent MOFCOM Action Suggests Possible Divergence with U.S. Standards*, *CPI Antitrust Chronicle*, janvier 2012 (1)
- Commission européenne, *Communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises*, J.O. C 95/1 (2008)
- RIC, *Defining "Merger" Transactions for Purposes of Merger Review* (2007)
- RIC, *Setting Notification Thresholds for Merger Review* (2008)
- Ullrich Immenga & Ernst-Joachim Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht: GWB* (4^e édition 2007).
- Japan Fair Trade Commission, *Guidelines to the Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combinations* (version révisée, 2010)
- OCDE, *Problèmes de lutte contre les monopoles en cas de participation minoritaire et de cumul de mandats d'administrateur*, DAF/COMP(2008)30
- OCDE, *Report on Experiences of Member Countries under the 2005 OECD Recommendation on Merger Review* (OECD Merger Recommendation Report) (à paraître en 2013)
- Office of Fair Trading and Competition Commission, *Merger Assessment Guidelines* (2010)
- Office of Fair Trading, *Mergers, Jurisdictional and Procedural Guidance* (2009)
- Tony Reeves & Dan Anderson, *India's New Merger Control Regime: When Do You Need to File*, 26 *Antitrust* 94 (2011)
- Lars-Peter Rudolf & Bettina Leupold, *Joint Ventures – The Relevance of the Full Functionality Criterion under the EU Merger Regulation*, 3 *J. Europ. Comp. L. & Practice* 439 (2012)
- Gerhard Wiedemann, *Handbuch des Kartellrechts* (2^e édition. 2008)