

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

Annule & remplace le même document du 18 septembre 2014

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

ENQUÊTES SUR LES FUSIONS MENÉES À BIEN SANS DÉCLARATION

-- Note du Secrétariat --

25 février 2014

Ce document rédigé par le Secrétariat de l'OCDE est une note de référence en vue de la session III de la 118ème réunion du Groupe de travail no. 3 du Comité de la Concurrence de l'OCDE tenue le 25 février 2014.

Les opinions et les interprétations exprimées ne reflètent pas nécessairement les vues de l'OCDE ou des gouvernements de ses pays membres.

D'autres documents relatifs à cette discussion sont disponibles sur <http://www.oecd.org/daf/competition/investigations-consummated-non-notifiable-mergers.htm>

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

JT03369482

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.



ENQUÊTES SUR LES FUSIONS MENEES A BIEN SANS DECLARATION

*Note du Secrétariat**

TABLE DES MATIÈRES

1. Introduction	3
2. Systèmes de notification des fusions – remarques générales.....	4
3. Comment sont traitées les fusions concrétisées dans les systèmes reposant sur la notification spontanée ?.....	6
4. Comment sont traitées les fusions concrétisées dans les systèmes reposant sur la notification obligatoire ?	7
4.1 Fusions inférieures aux seuils de notification obligatoire	8
4.2 Le cas des fusions supérieures aux seuils de notification, notifiées et approuvées (éventuellement sous conditions), mais montrant a posteriori des effets anticoncurrentiels	11
4.3 Absence de notification d'une fusion soumise à notification obligatoire au regard des seuils concernés	12
4.4 Fusions notifiées mais réalisées avant leur autorisation (« gun-jumping »).....	13
4.5 Acquisitions « rampantes », « en série » ou « échelonnées ».....	16
5. Éléments pertinents dans l'examen des fusions concrétisées	18
5.1 Choix des affaires à examiner et critères d'évaluation	18
5.2 Conséquences pour les parties à la fusion	20
5.3. Mesures correctives en cas de fusion concrétisée.....	22
6. Conclusions	24
BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE	25

Encadrés

Encadré 1. Le mécanisme de renvoi à la Commission européenne dans l'UE.....	9
Encadré 2. La mise en œuvre prématurée d'un projet de fusion aux États-Unis.....	14
Encadré 3. Mesures correctives comportementales dans le cas des fusions concrétisées	23

* La présente note a été rédigée par Antonio Capobianco, du Secrétariat de l'OCDE, et par Ozgur Can Ozbek, de l'autorité turque de la concurrence, détaché auprès de la Division de la concurrence de l'OCDE.

1. Introduction

1. La présente note étudie dans quelles circonstances les autorités de la concurrence peuvent examiner des fusions et acquisitions susceptibles d'entraver le jeu de la concurrence mais déjà concrétisées. Par opération concrétisée, on entend les cas dans lesquels les parties à la fusion ont intégré leurs activités et commencé à les exercer sous le sceau d'une seule et même entité vis-à-vis des clients, fournisseurs et concurrents. Le présent document portera une attention toute particulière aux situations dans lesquelles l'opération n'a pas fait l'objet d'une notification, que ce soit parce que cette notification n'était pas obligatoire en l'espèce ou parce qu'elle était laissée à l'appréciation des parties (qui ont décidé de ne pas notifier l'opération).

2. Aujourd'hui, le droit de la concurrence de plus d'une centaine de pays et territoires prévoit des dispositifs de contrôle des fusions. Dans la plupart de ces pays et territoires, lorsqu'un projet de fusion atteint les seuils de notification, il doit obligatoirement être examiné par les autorités de la concurrence avant d'être réalisé. Le contrôle des fusions est alors considéré comme un outil de surveillance *ex ante* dont le but est d'éviter qu'un projet d'opération portant préjudice à la concurrence ne soit concrétisé. Ces pays partent du principe qu'il peut être plus efficace d'éviter un problème de concurrence plutôt que d'y remédier. C'est pourquoi les opérations qui atteignent certains seuils de taille ou de chiffre d'affaires et qui sont jugées avoir un lien approprié avec le pays (autrement dit susceptibles d'y avoir un effet) doivent obligatoirement être notifiées à l'autorité de la concurrence avant la fusion. Dans la plupart des pays appliquant ce système, la notification a un effet suspensif, les parties ne peuvent donc pas réaliser l'opération et intégrer leurs activités avant d'avoir obtenu l'approbation réglementaire requise de la part de l'autorité de la concurrence.

3. Dans les pays qui imposent une notification *ex ante* des fusions, le traitement des opérations concrétisées soulève des questions dans cinq grands cas de figure :

- L'autorité de la concurrence peut-elle examiner une fusion portant atteinte à la concurrence si l'opération est inférieure aux seuils de notification obligatoire ?
- L'autorité de la concurrence peut-elle examiner une fusion qui a été notifiée, approuvée (ou approuvée sous conditions) et concrétisée s'il s'avère qu'elle a porté atteinte à la concurrence après son approbation ?
- Que peut faire une autorité de la concurrence si une fusion qui aurait dû faire l'objet d'une notification obligatoire n'a pas été notifiée et a été concrétisée ?
- L'autorité de la concurrence peut-elle examiner une fusion qui a été notifiée par les parties à l'opération mais a été concrétisée avant de recevoir l'approbation de l'autorité de la concurrence (« *gun-jumping* ») ?
- L'autorité de la concurrence peut-elle examiner une série d'opérations en lien les unes avec les autres quand, prises individuellement, elles ne sont pas soumises à l'obligation de notification mais qu'elles atteignent collectivement les seuils de notification obligatoire (les « acquisitions rampantes ») ?

4. Dans quelques pays, la notification d'une opération à l'autorité de la concurrence est laissée à la discrétion des parties. Celles-ci peuvent alors décider de notifier l'opération et obtenir une sécurité juridique en demandant à l'autorité de la concurrence de l'approuver. Cela évite que l'autorité de la concurrence ne détermine, à l'occasion d'un examen *ex post*, que la fusion porte atteinte à la concurrence et ne les oblige à prendre des mesures afin de rétablir la situation antérieure à la concrétisation de la fusion.

Devant la difficulté (voire l'impossibilité) qu'il y a à défaire une fusion, et les coûts considérables que cela peut entraîner pour les parties, les autorités de la concurrence fournissent généralement des lignes directrices précisant les circonstances dans lesquelles il est recommandé d'effectuer une notification spontanée, bien que la décision finale à cet égard reste du ressort des parties. Dans les systèmes de notification spontanée, l'examen d'une fusion concrétisée fait partie intégrante des systèmes de contrôle des fusions.

5. La présente note examinera en premier lieu les avantages et les inconvénients des systèmes de notification spontanée par rapport aux systèmes de notification obligatoire. Dans un second temps, elle explorera la manière dont sont actuellement traitées les fusions concrétisées dans les pays et territoires dotés de systèmes de notification *ex ante* obligatoire dans les cinq cas de figure énoncés ci-dessus. Enfin, elle examinera trois aspects : les critères de sélection et d'évaluation utilisés par les autorités de la concurrence pour hiérarchiser les fusions concrétisées à étudier, les conséquences, pour les milieux d'affaires, du pouvoir dont disposent les autorités pour examiner des fusions concrétisées, et les questions qui se posent lorsqu'il s'agit de concevoir des mesures correctives efficaces pour les fusions concrétisées portant atteinte à la concurrence.

2. Systèmes de notification des fusions – remarques générales

6. Un bref regard sur l'histoire du droit de la concurrence dans son ensemble montre que les systèmes de notification des fusions sont relativement récents, même dans les pays et territoires où le jeu de la concurrence s'exerce depuis longtemps. Aux États-Unis, par exemple, les premières dispositions concernant les fusions anticoncurrentielles remontent à 1914, lorsque la section 7 de la loi Clayton a interdit les fusions et acquisitions ayant pour effet de réduire considérablement la concurrence. Pour autant, le programme de notification *ex ante* n'a été mis en place qu'en 1976 avec la loi Hart-Scott-Rodino. Aux termes de ce texte, les parties à certains projets de fusion doivent, en remplissant un formulaire de notification préalable à la fusion, soumettre à la Federal Trade Commission des États-Unis (la FTC) et au ministère américain de la Justice des informations sur l'opération avant que celle-ci ne soit réalisée. De la même manière, le dispositif de contrôle des fusions et de notification préalable de l'Union européenne a été mis en place pour la première fois par le Règlement CE sur les concentrations en 1989¹, soit trente ans après l'entrée en vigueur des dispositions générales sur la concurrence du Traité de l'UE.

7. Même si les régimes de fusion et les systèmes de notification connexes ont évolué différemment d'un pays à l'autre, il est possible de distinguer deux grands groupes.

- La majeure partie des pays dotés d'un système de contrôle des fusions ont opté pour l'obligation de notification *ex ante*. Dans ce régime, dès lors qu'une opération remplit certains critères (les seuils de notification), elle doit être notifiée à l'autorité de la concurrence avant d'être concrétisée. L'autorité doit alors autoriser l'opération avant qu'elle puisse être réalisée, après avoir évalué ses effets probables sur le marché. Dans de rares cas, la notification obligatoire peut survenir *ex post*, autrement dit après la concrétisation de la fusion ; ce système peut être associé avec un système *ex ante* ou ne prévoir qu'une notification *ex post*². Les différents systèmes de

¹ Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, Journal officiel L395 du 30 décembre 1989, pp. 1-12.

² Voir, par exemple, l'Albanie, la Bosnie, le Chili (concernant les fusions dans les médias), la Croatie, la Grèce, la Jordanie, la Corée, la Lituanie, le Pakistan et la Roumanie. La Bosnie, la Lituanie, la Corée, la Grèce et la Jordanie ont également un système de notification *ex ante* obligatoire. L'Albanie, le Pakistan et la Roumanie ne disposent que d'un système de notation *ex post* obligatoire.

notification *ex ante* obligatoire sont structurés de façon très similaire et se distinguent essentiellement par leurs seuils de notification et par le délai d'évaluation du projet de fusion³.

- D'autres pays ont opté pour un système de notification spontanée dans lequel les parties à la fusion n'ont aucune obligation de notifier une opération à l'autorité de la concurrence. Celle-ci peut toutefois se saisir d'une affaire et déterminer si l'opération en question porte atteinte au non à la concurrence. Quoi qu'il en soit, si les parties souhaitent obtenir une sécurité juridique avant de concrétiser l'opération, elles ont la possibilité de procéder à une notification. Afin d'éviter que toutes les opérations ne soient potentiellement notifiables à l'autorité de la concurrence, le système de contrôle des fusions reposant sur les notifications spontanées peut prévoir des seuils de compétence, de sorte que les opérations inférieures à ces seuils ne relèvent pas de la compétence de l'autorité de la concurrence⁴.

8. Un certain nombre de pays ont par ailleurs adopté des *systèmes de notification hybrides* qui prévoient à la fois des notifications obligatoires (*ex ante* ou *ex post*) pour les opérations qui dépassent les seuils de notification, et des notifications spontanées pour les fusions inférieures à ces seuils⁵. Dans ces pays, la notification spontanée est une option qui autorise les parties à notifier des fusions inférieures aux seuils prévus si elles souhaitent obtenir une sécurité juridique dans le cas d'opérations qui, sans faire l'objet d'une obligation de notification, pourraient produire des effets anticoncurrentiels⁶.

9. D'après les informations figurant dans les fiches du Réseau international de la concurrence (RIC) sur les notifications et les procédures en matière de fusion⁷, sur les 58 pays et territoires ayant fourni des informations au RIC sur leur système de fusion⁸, 42 sont dotés de systèmes de notification *ex ante* obligatoire⁹, dont quelques grands pays et territoires de l'OCDE comme l'Union européenne, les États-Unis, le Canada et le Japon. Au sein de l'OCDE, seuls quatre pays ont mis en place un système de notification entièrement laissé à l'appréciation des parties : l'Australie, le Royaume-Uni, la Nouvelle-Zélande et le Chili¹⁰.

³ Voir Choe et Shekhar (2009).

⁴ C'est le cas par exemple au Royaume-Uni.

⁵ Afrique du Sud, Albanie, Barbade, Bosnie, Canada, Colombie, Croatie, Espagne, Grèce, Jordanie, Irlande, Corée, Lituanie, Macédoine, Mexique, Norvège, Pakistan, République tchèque, Russie, Suède, Turquie et Zambie.

⁶ Voir Gonzalez et Benitez (2009).

⁷ <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/merger/templates.aspx>

⁸ Il convient de noter que certaines fiches remontent à 2002 ; le système de contrôle des fusions a donc pu changer entretemps dans le pays ou le territoire concerné. C'est le cas par exemple au Brésil, où le droit de la concurrence a été modifié en 2012 par l'adoption d'un régime de contrôle *ex ante*, tandis que la fiche d'information du pays, qui date de 2002, présente le dispositif en vigueur à cette date.

⁹ Afrique du Sud, Allemagne, Argentine, Barbade, Belgique, Bosnie, Brésil, Bulgarie, Canada, Colombie, Corée, Croatie, Danemark, Espagne, Estonie, États-Unis, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Israël, Jersey, Jordanie, Lettonie, Lituanie, Macédoine, Malte, Mexique, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République slovaque, République tchèque, Russie, Suède, Suisse, Turquie, Ukraine, Union européenne et Zambie.

¹⁰ Il n'existe pas de réglementation particulière concernant les fusions au Chili, où l'on se fonde sur l'article 3 de la loi sur la concurrence, consacré aux accords restrictifs.

3. Comment sont traitées les fusions concrétisées dans les systèmes reposant sur la notification spontanée ?

10. Dans un système reposant sur la notification spontanée, la question de savoir si l'autorité de la concurrence a le pouvoir d'examiner une fusion concrétisée est d'une certaine manière sans objet. L'autorité de la concurrence y a en effet pour mandat général d'examiner toute fusion qu'elle souhaite analyser, qu'elle ait été notifiée (spontanément) ou non, et que les parties l'aient concrétisée ou non.

11. Un système fondé sur la notification spontanée repose sur l'hypothèse qu'un problème de concurrence peut être résolu de manière satisfaisante une fois la fusion concrétisée. Il présente des avantages tout particulièrement pour les économies en développement dont les régimes de concurrence sont encore relativement récents¹¹. Le principal intérêt de ces systèmes est de permettre à l'autorité de la concurrence de décider quelles fusions examiner, ce qui peut nettement alléger la charge de travail qu'elle aurait autrement dû supporter pour enquêter sur les opérations notifiées¹². Les ressources ainsi économisées restent généralement supérieures à celles qu'il faut consacrer aux activités de surveillance exigées pour recueillir des informations de marché sur les opérations réalisées et détecter les fusions potentiellement anticoncurrentielles qui n'ont pas fait l'objet d'une notification spontanée. Par ailleurs, les parties peuvent toujours opter pour la notification, même dans un système qui laisse cette démarche à leur appréciation. Une notification laisse soupçonner l'existence d'informations non divulguées. Il est en effet possible que les parties optent pour la notification parce qu'elles doutent dans une certaine mesure que leur opération serait validée en cas d'examen¹³. De la même manière, le fait que les parties choisissent de ne pas notifier leur opération peut donner à penser qu'elles sont convaincues que leur fusion est conforme au droit de la concurrence.

12. Avec ces systèmes, on risque toutefois davantage d'aboutir à une situation où il devient impossible de faire appliquer des mesures correctives structurelles à une fusion déjà menée à bien – après intégration complète des entités ou actifs fusionnés –, bien que ces mesures soient considérées comme le meilleur moyen de remédier aux effets anticoncurrentiels d'une opération. Il peut être problématique de dissocier les entités fusionnées en cas de contrôles *ex post*, autrement dit ultérieurs à la concrétisation des opérations. Revenir à la situation antérieure à la fusion peut se révéler difficile, coûteux, voire impossible si les parties ont procédé à une intégration rapide. Néanmoins, étant donné que ce sont les parties à la fusion qui supportent ce risque, on constate que, dans la pratique, elles notifient un grand nombre d'opérations *ex ante* afin d'obtenir une sécurité juridique. Pour éviter les affaires dans lesquelles une fusion a été concrétisée sans notification préalable, les autorités de la concurrence qui exercent dans ces systèmes encouragent vivement les parties à les consulter afin de déterminer s'il est conseillé de procéder à une notification. Par ailleurs, les accords provisoires en vertu desquels l'acheteur accepte de « maintenir la séparation » de la cible sont de plus en plus courants. Ils minimisent en effet le risque de compromettre la capacité de l'autorité de la concurrence à contrôler effectivement la fusion concrétisée pendant qu'elle détermine s'il convient de l'examiner et quelles mesures correctives elle doit finalement imposer.

13. Dans un système de notification spontanée, il est possible de réexaminer une fusion préalablement approuvée, sous réserve toutefois de respecter des conditions strictes. Ces systèmes ne permettent généralement d'examiner une fusion approuvée que (i) si les informations préalablement fournies par les parties se révèlent fausses, trompeuses ou inexacts, ou (ii) si les parties à la fusion n'ont pas respecté une condition qui leur a été imposée lorsque l'opération a été approuvée. Par conséquent, il est

¹¹ Voir Sokol et Blumenthal (2012).

¹² Selon les statistiques, plus de 95 % des fusions notifiées en Europe et aux États-Unis sont approuvées lors de la première phase d'examen. Voir Choe et Shekhar (2009).

¹³ Voir Choe et Shekhar (2009).

peu fréquent qu'une fusion concrétisée soit examinée dans un système de notification spontanée. Selon le pays, les dispositions peuvent diverger.

- Au Royaume-Uni, une fusion approuvée ne peut être réexaminée que si un jugement d'appel annule une décision de l'Office of Fair Trade, de la Commission de la concurrence ou du ministre concerné.
- L'Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) se réserve quant à elle le droit de réexaminer les fusions qui ont été approuvées de manière informelle s'il vient à sa connaissance qu'une information ayant servi à fonder son jugement est de quelque manière qui soit incorrecte ou incomplète. Si une autorisation formelle est octroyée sur la base d'informations fournies par la candidate à la fusion qui se révèlent par la suite fausses ou trompeuses, l'ACCC peut retirer l'autorisation ou intenter une action afin de demander une injonction ou une cession¹⁴. Si une autorisation formelle a été accordée sous conditions, le non-respect de ces conditions rend la fusion non conforme à l'autorisation et peut exposer la candidate à une action en justice. Les parties à la fusion devront montrer que l'acquisition ne porte pas significativement atteinte à la concurrence si elles décident d'aller devant la Cour fédérale pour effectuer une déclaration de non-infraction¹⁵.
- Au Chili, une fusion approuvée par le tribunal de la concurrence (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, TDLC) ne peut être considérée comme contraire au droit de la concurrence que si un nouveau jugement du TDLC, fondé sur de nouvelles informations, juge les mêmes actes ou contrats anticoncurrentiels, et l'infraction au droit de la concurrence ne sera constatée qu'à partir de la notification ou de la publication du nouveau jugement¹⁶.
- En Nouvelle-Zélande, la Commission du commerce n'a pas le pouvoir de rouvrir une enquête sur une opération qu'elle a déjà approuvée.

4. Comment sont traitées les fusions concrétisées dans les systèmes reposant sur la notification obligatoire ?

14. Dans les systèmes de notification obligatoire, il existe plusieurs façons de traiter les fusions concrétisées et les autorités de la concurrence peuvent disposer de pouvoirs variables pour examiner leurs effets anticoncurrentiels. La section ci-dessous examine brièvement ces divers scénarios.

¹⁴ Aucune demande d'autorisation formelle n'a été déposée auprès de l'ACCC depuis que cette possibilité a été introduite en 2007.

¹⁵ L'ACCC n'ayant pas le pouvoir de prendre des décisions administratives d'elle-même, elle doit entamer une procédure judiciaire devant la Cour fédérale si elle décide de remettre en question une fusion. Dans ce cas, l'ACCC doit prouver que la fusion porte significativement atteinte à la concurrence.

¹⁶ En vertu de l'article 32 de la loi, « Des actes ou contrats exécutés ou conclus conformément aux décisions du Tribunal de la concurrence ne sauraient engager de responsabilité, sauf si ces actes ou contrats sont ultérieurement jugés contraires à la libre concurrence par ledit Tribunal à la lumière de nouvelles informations, et seulement après la notification ou la publication, selon le cas, de la résolution faisant état de ce fait. En tout état de cause, les juges ayant approuvé la décision ne sauraient être récusés dans le cadre de la nouvelle procédure. » C'est sur cette disposition que repose, d'un point de vue juridique, la possibilité de réexaminer une décision devant le TDLC en raison de nouveaux éléments ou d'un changement de situation.

4.1 Fusions inférieures aux seuils de notification obligatoire

15. Les systèmes de notification obligatoire engendrent des frais administratifs lourds pour les parties à la fusion ainsi que pour l'autorité de la concurrence. Ils imposent en effet la notification par les parties et l'examen par l'autorité de la concurrence de bon nombre d'opérations qui n'ont aucun effet anticoncurrentiel. Ce processus d'approbation réglementaire contraint les parties à la fusion de recueillir et de fournir des informations à l'autorité de la concurrence et oblige cette dernière à examiner ces informations afin de déterminer l'impact de l'opération sur la concurrence. En contrepartie de ces coûts administratifs, le système offre une sécurité juridique élevée aux parties à la fusion et réduit le risque qu'une opération susceptible de porter atteinte à la concurrence n'échappe à la vigilance des autorités compétentes.

16. Dans les systèmes de notification *ex ante* obligatoire, si une opération n'atteint pas les seuils de notification prévus par la loi, elle n'entre pas dans le champ de compétence de l'autorité de la concurrence concernée au regard du droit des fusions et ne fait pas l'objet d'une vérification, laissant les parties libres de la concrétiser sans s'exposer à des risques réglementaires¹⁷. Il existe toutefois quelques rares exceptions à ce principe général. Dans certains pays et territoires, par exemple, l'autorité de la concurrence est compétente pour examiner une opération n'atteignant pas les seuils de notification¹⁸. Ce pouvoir est toutefois généralement limité dans le temps : en règle générale, il faut que l'examen débute un an au plus après la réalisation de la fusion.

- Au Canada, par exemple, malgré l'existence d'un seuil de notification, les fusions font l'objet d'un examen de la part du Bureau de la concurrence mais aucune demande ne peut être déposée à l'égard d'une fusion plus d'un an après que l'opération a été « en substance complétée »¹⁹.
- De la même manière, la *Comisión Federal de Competencia Económica* du Mexique peut examiner toute fusion inférieure aux seuils de notification dans l'année qui suit sa concrétisation.
- L'autorité brésilienne de la concurrence (la CADE) a également le pouvoir d'examiner les fusions qui n'atteignent pas les seuils de notification. Le Brésil a adopté un système de contrôle *ex ante* en 2012 et, étant donné la taille du pays, il a été décidé que l'autorité de la concurrence devait être en mesure d'examiner les opérations n'atteignant pas les seuils de notification puisqu'un certain nombre de fusions locales ou régionales inférieures aux seuils de base seraient

¹⁷ C'est pourquoi les seuils de notification des systèmes de notification obligatoire sont généralement fixés de manière à soumettre une bonne partie des opérations au processus de contrôle, ce qui permet d'éviter qu'une opération susceptible de porter atteinte à la concurrence dans le pays ou territoire n'échappe à l'obligation de notification, et donc à l'examen de l'autorité compétente.

¹⁸ C'est le cas au Canada, au Brésil, au Japon, en Corée, au Mexique, en Norvège et en Lituanie.

¹⁹ Le Bureau de la concurrence a exercé ce pouvoir pour faire annuler l'acquisition de Complete Environmental Inc. par CCS Corporation en 2011. Lorsque le Bureau a eu connaissance de l'opération, qui n'était soumise à aucune obligation de notification, il a demandé une injonction de « maintien de la séparation des actifs », le temps de terminer son enquête. Après avoir minutieusement étudié la situation, le Bureau a déterminé que l'opération aurait pour effet de réduire considérablement la concurrence potentielle sur le marché de l'élimination des déchets dangereux dans le Nord-Est de la Colombie-Britannique. (Voir http://www.ct-tc.gc.ca/CMFiles/CT-2011-002_Reasons%20for%20Order%20and%20Order_189_38_5-29-2012_5291.pdf – en anglais seulement.) La même année, le Commissaire de la concurrence a déposé une autre demande concernant un projet de coentreprise entre deux compagnies aériennes qui n'était pas soumis non plus à une obligation de notification. L'affaire n'a pas été plaidée car un « consentement » interdisant aux parties de mettre en œuvre leur accord sur 14 liaisons aériennes transnationales à fort trafic a été conclu.

tout de même susceptibles de poser des problèmes de concurrence. Dans ces cas, la CADE dispose d'un délai d'un an à compter de la date de la fusion pour demander aux parties de la notifier.

17. Les États-Unis sont le seul pays dans lequel les autorités de la concurrence disposent d'un délai illimité pour examiner une fusion concrétisée dont la notification n'était pas obligatoire en vertu de la loi Hart-Scott-Rodino.

Encadré 1. Le mécanisme de renvoi à la Commission européenne dans l'UE

Le mécanisme de renvoi à la Commission prévu à l'article 22 du Règlement CE sur les concentrations²⁰ permet à un ou plusieurs États membres de demander à la Commission européenne d'examiner toute concentration qui n'est pas de dimension communautaire mais qui affecte le commerce entre États membres et menace d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire du ou des États membres qui formulent cette demande.

À l'origine, l'article 22 était destiné à permettre aux pays européens ne disposant pas d'un système national de contrôle des fusions de renvoyer à la Commission européenne une fusion n'atteignant pas les seuils de notification prévus par la CE mais susceptible de porter atteinte à la concurrence sur le marché commun. Cette disposition est venue combler un vide qui permettait à des fusions d'échapper à tout contrôle, faute d'atteindre les seuils de notification de la CE et d'entrer dans le champ de régimes nationaux de contrôle des fusions. Aujourd'hui, tous les États membres de la CE²¹ disposent d'un régime de contrôle et le mécanisme de renvoi n'est généralement employé que pour des renvois conjoints de plusieurs États membres, lorsque ceux-ci estiment préférable et plus efficace de confier à la Commission européenne l'examen d'une opération qui pourrait être soumise à plusieurs obligations de notification nationales.

On ne peut toutefois exclure que l'article 22 soit appliqué dans des cas où une opération n'atteindrait ni les seuils de la CE, ni les seuils nationaux, échappant ainsi à tout examen par les autorités. L'application de ce mécanisme de renvoi a toutefois des limites juridictionnelles : (i) la fusion doit affecter le commerce entre États membres ; et (ii) elle doit menacer d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire du ou des États membres qui formulent la demande.

18. Le fait que certaines fusions puissent échapper à tout examen dans le cadre du système de contrôle des fusions d'un pays ou territoire, faute d'atteindre les seuils de notification prévus, ne signifie pas que leurs effets anticoncurrentiels possibles échappent à toute forme de vérification de la part des autorités de la concurrence. Ces opérations restent soumises à l'application des dispositions générales interdisant les accords anticoncurrentiels entre concurrents et les abus de position dominante. Même si ces dispositions ne se veulent pas nécessairement des moyens de contrôler les fusions, elles peuvent être utilisées à cette fin en dernier ressort si l'opération échappe à la compétence des autorités de contrôle des fusions. Il existe toutefois des limites à l'application des dispositions générales en matière de concurrence pour examiner une fusion. Les dispositions de lutte contre l'abus de position dominante n'entrent par exemple en jeu que s'il existe déjà une position dominante et que celle-ci peut être renforcée par la disparition d'un concurrent due à la fusion. Dans tout autre cas, l'opération ne remplirait pas les critères juridiques adéquats. D'autre part, les dispositions interdisant les accords anticoncurrentiels ne permettraient pas d'examiner les fusions conglomerales, dans lesquelles les parties à l'opération n'auraient aucun lien horizontal ou vertical.

²⁰ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, Journal officiel L24 du 29 janvier 2004, pp. 1-22.

²¹ À l'exception du Luxembourg.

19. S'il est rare d'appliquer le droit de la concurrence dans le but de contrôler les fusions, c'est une possibilité qui a été utilisée devant les tribunaux de certains pays ou territoires à une époque où ces derniers ne disposaient d'aucun régime de contrôle des fusions. C'est le cas par exemple de l'Union européenne avant l'adoption du Règlement CE sur les concentrations en 1989. Avant l'entrée en vigueur de ce Règlement, la Commission européenne a réussi à interdire des fusions entre concurrents en appliquant les dispositions prévues à l'époque par les articles 85²² et 86²³ du Traité de l'UE²⁴. Deux affaires ont été déterminantes à cet égard :

- Dans l'affaire *Continental Can*²⁵, la Cour européenne de justice a confirmé la décision de la Commission selon laquelle le rachat d'un concurrent par Continental constituait un abus de position dominante en vertu de l'article 86 du Traité de l'UE et enjoint la société de mettre un terme à l'infraction²⁶. Lorsque Continental Can a fait appel de la décision de la Commission, la Cour européenne de justice a annulé la décision et autorisé le maintien du rachat. Toutefois, si elle a rejeté la décision de la Commission sur la base des faits de l'affaire, la Cour lui a reconnu que le renforcement d'une position dominante était un motif légal suffisant pour appliquer l'article 86. Elle a ainsi confirmé que la Commission avait le pouvoir d'examiner les fusions risquant de donner naissance à des entreprises jouissant d'une position dominante, même si, dans les faits, l'entité issue de la fusion ne commet pas nécessairement d'abus²⁷. La Commission a utilisé le précédent créé par Continental Can afin d'exercer un certain contrôle sur les fusions mais le nombre de décisions formelles reposant sur le principe posé par cette affaire est très restreint²⁸.
- Dans l'affaire *Philip Morris/Rothmans*²⁹, la Commission européenne a décidé d'accorder une dérogation afin d'autoriser Philip Morris à acquérir une participation minoritaire dans Rothmans Tobacco, jugeant que l'opération ne fausserait pas le jeu de la concurrence en infraction à l'article 85(1) du Traité CEE. Deux concurrents de Philip Morris, RJ Reynolds et BAT, ont fait appel de la décision auprès de la Cour européenne de justice. Selon eux, Philip Morris gagnait, par cette acquisition, une influence considérable sur les décisions stratégiques de Rothmans, la plaçant dans une position privilégiée pour prendre le contrôle de Rothmans ultérieurement et lui permettant ainsi d'accomplir subrepticement une opération qu'elle ne pouvait réaliser ouvertement. Le jugement de la Cour a confirmé la décision de la Commission. Il a toutefois fait valoir que, bien que l'acquisition d'une participation ne constitue pas à première vue une preuve de comportement anticoncurrentiel, cette démarche pouvait néanmoins être utilisée dans ce but. En rendant ce jugement, la Cour a élargi le champ d'application de l'article 85 du traité européen en y incluant les fusions³⁰.

²² Aujourd'hui l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

²³ Aujourd'hui l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

²⁴ Cette utilisation du droit de la concurrence dans le but de contrôler les opérations de fusion a suscité des inquiétudes dans les milieux d'affaires et entraîné des discussions qui ont semble-t-il aidé à forger le consensus sur l'opportunité d'adopter un système de contrôle des fusions dans la législation communautaire.

²⁵ *Europemballage et Continental Can vs. Commission* ; affaire 6/72 ; (1973) RCE 215 ; (1973) CMLR 219.

²⁶ *Continental Can Co. Inc., Re* [1972], JO L7/25, [1972] CMLR D11.

²⁷ Voir Rusu (2010), p. 85

²⁸ Voir Rusu (2010), p. 86

²⁹ *British American Tobacco Company Ltd. et R.J. Reynolds Industries Inc. vs. Commission* ; affaires 142/84 et 156/84.

³⁰ Voir Cope Huie (1991).

4.2 *Le cas des fusions supérieures aux seuils de notification, notifiées et approuvées (éventuellement sous conditions), mais montrant a posteriori des effets anticoncurrentiels*

20. Pour les mêmes motifs de sécurité juridique que ceux évoqués ci-dessus, dans un système de notification obligatoire, une fois qu'une fusion a été approuvée par l'autorité de la concurrence, elle ne peut plus être réexaminée, sauf dans des circonstances exceptionnelles, autrement dit lorsque l'autorisation a été accordée sur la base d'informations incorrectes ou trompeuses, ou lorsqu'elle a été octroyée sous conditions et que ces conditions n'ont pas été remplies dans les délais prévus dans la décision.

21. La seule exception notoire à cette règle est les États-Unis, où les autorités de la concurrence sont investies d'un très large pouvoir d'investigation des fusions concrétisées, même lorsque les opérations ont déjà fait l'objet d'un examen en vertu de la loi Hart-Scott-Rodino. Aux termes de la section 7 de la loi Clayton, la FTC et le ministère de la Justice américains ont le pouvoir d'intenter des actions à l'encontre de fusions et acquisitions menées à bien s'ils peuvent démontrer que l'opération est susceptible d'avoir considérablement réduit la concurrence³¹. Ainsi, les autorités américaines sont habilitées à réexaminer toute fusion, sans délai de prescription et quand bien même la FTC ou le ministère de la Justice l'aurait déjà examinée et/ou aurait décidé de ne pas la remettre en question³².

22. L'adoption de la loi Hart-Scott-Rodino et la mise en place d'obligations de notification *ex ante* ont considérablement minimisé le besoin, pour les autorités américaines, de revenir sur des opérations concrétisées³³. Néanmoins, les obligations de notification prévues par cette loi ne couvrent pas l'ensemble des opérations susceptibles de poser des problèmes de concurrence car la loi Hart-Scott-Rodino ne prescrit un examen *ex ante* que pour les opérations au-delà d'une certaine ampleur³⁴. Ces derniers temps, les autorités de la concurrence américaines ont accordé davantage d'attention aux fusions concrétisées et aux opérations pour lesquelles la notification n'était pas obligatoire, notamment depuis que les seuils de notification de la loi Hart-Scott-Rodino ont été portés de 15 à 50 millions USD en 2001³⁵. Après ce triplement, un grand nombre de fusions auparavant soumises à l'obligation de notification *ex ante* se sont trouvées exemptées de cette obligation. Depuis 2001, les deux autorités américaines ont contesté plus de 30 opérations concrétisées. Environ la moitié de ces affaires se sont produites depuis 2009³⁶. Les commentateurs expliquent cette recrudescence par un certain nombre de facteurs, comme une application

³¹ La loi Hart-Scott-Rodino prescrit que « Toute action intentée par la Federal Trade Commission ou l'Assistant Attorney General ou toute abstention de la Federal Trade Commission ou de l'Assistant Attorney General d'intenter une action en vertu de la présente section ne fera pas obstacle à l'engagement, à tout moment et en vertu de toute autre section de la présente loi ou de toute autre disposition légale, d'une procédure ou action concernant une telle acquisition. » [15 U.S.C. 18a(i)(1)].

³² Aucune des lois Sherman et Clayton ne prévoit de délai de prescription. Dans l'affaire *États-Unis contre E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 353 U.S. 586 (1957) (remettant en question l'acquisition, par DuPont, d'une participation dans General Motors, environ 30 ans après les faits), la Cour suprême a jugé que les autorités pouvaient intenter des actions en vertu de la section 7 à tout moment dès lors qu'elles estiment qu'une opération peut entraîner une baisse substantielle de la concurrence.

³³ C'est en fait la principale raison qui a motivé l'adoption de cette loi. Sher (2004) cite le rapport du Congrès n° 94-4373, « sans être informées à l'avance d'une future fusion et faute de disposer des données ayant trait à sa légalité et de plusieurs semaines au minimum pour préparer l'affaire, les autorités n'[avaient] souvent aucune réelle possibilité d'assumer leur charge de la preuve et d'obtenir une injonction préliminaire à l'encontre d'une fusion qui [semblait] enfreindre la section 7. »

³⁴ Voir Sher (2004).

³⁵ Ce seuil, ajusté chaque année, était de 70.2 millions USD en 2013.

³⁶ Voir Akin Gump Strauss Hauer et Feld (2012).

plus rigoureuse du droit des fusions par les autorités sous la présidence de Barack Obama³⁷ et le fait que moins de ressources soient consacrées à l'examen des notifications effectuées en vertu de la loi Hart-Scott-Rodino (en nette baisse en raison de la récession), au profit de l'investigation des fusions concrétisées sans notification préalable³⁸.

23. En dehors des États-Unis, la plupart des autorités de la concurrence ne sont pas compétentes pour examiner une fusion notifiée, approuvée et concrétisée, sauf circonstances exceptionnelles. C'est le cas, par exemple, lorsque la fusion a été approuvée sur le fondement d'informations fournies par les parties à la fusion qui se révèlent ultérieurement fausses, inexactes ou incomplètes. L'autorité de la concurrence peut alors rouvrir l'enquête et évaluer l'impact de l'opération sur le marché à partir des informations de marché correctes. En règle générale, les parties qui ont fourni des informations fausses, inexactes ou incomplètes s'exposent également à des amendes civiles ou administratives.

24. Un examen synthétique des législations nationales en matière de contrôle des fusions a également révélé que certaines autorités de la concurrence avaient des pouvoirs plus étendus à l'égard des fusions notifiées, approuvées et concrétisées.

- En Israël, par exemple, dans de très rares cas, l'approbation d'une fusion peut être subordonnée à un réexamen du marché dans un délai donné.
- En République slovaque, en plus des cas où les conditions imposées dans la décision de fusion n'ont pas été respectées, il est possible de réexaminer une approbation conditionnelle si le marché concerné a notablement changé et que la situation ne justifie plus l'imposition de mesures correctives aux parties à la fusion.
- Au Brésil, en plus des dispositions relatives aux informations erronées et au non-respect des engagements, le droit de la concurrence prévoit la possibilité de réexaminer une opération approuvée si les bienfaits qu'elle était censée livrer ne se sont pas produits.

4.3 Absence de notification d'une fusion soumise à notification obligatoire au regard des seuils concernés

25. Lorsque le régime des fusions impose la notification d'une opération mais que les parties ne respectent pas cette obligation, le droit des fusions prévoit généralement des dispositions. La plupart du temps, les parties sont soumises à des amendes administratives ou civiles et l'autorité de la concurrence peut ouvrir une enquête pour déterminer si l'opération produit des effets anticoncurrentiels.

- Aux États-Unis, par exemple, faute de respecter l'obligation de notification prévue par la loi Hart-Scott-Rodino, une personne s'expose à une amende civile pouvant atteindre 16 000 USD par jour d'infraction.
- Dans l'Union européenne, pour infraction à l'obligation de suspension, la Commission européenne peut imposer une amende pouvant atteindre 10 % du chiffre d'affaires total des entreprises concernées³⁹.

³⁷ Voir Hittinger et Esposito (2010).

³⁸ Voir Greene (2010).

³⁹ En 1998, Samsung a été condamnée à verser une amende de 33 000 EUR pour avoir notifié le rachat d'AMT 14 mois après l'acquisition (affaire IV/M.920 - Samsung/AST), et en 1999, A.P. Møller a dû verser

- Au Japon, l'amende pour manquement à l'obligation de notifier une fusion peut atteindre au maximum 2 millions de yens.
- Au Brésil, la fusion peut être déclarée nulle et les parties peuvent être sanctionnées par une amende allant de soixante mille réaux (60 000.00 R\$) à soixante millions de réaux (60 000 000.00 R\$).

26. La plupart des autorités peuvent aussi adopter des mesures intermédiaires pour veiller à préserver la concurrence pendant qu'elles évaluent l'impact que peut avoir l'opération à cet égard. À titre d'exemple, jusqu'à ce qu'elle prenne une décision concernant la fusion, l'autorité peut imposer à l'acheteur de ne pas exercer ses droits de vote dans la société absorbée.

4.4 Fusions notifiées mais réalisées avant leur autorisation (« gun-jumping »)

27. L'expression « *gun-jumping* », qui désigne la mise en œuvre prématurée du projet, a une portée générale et inclut notamment la coordination entre les parties avant la fusion. Cette infraction peut se produire lorsque les parties à la fusion ne respectent pas les obligations de notification *ex ante* (autrement dit dans la situation exposée à la section précédente) ou lorsqu'elles contreviennent à la période suspensive prévue par la législation applicable en matière de contrôle des fusions, autrement dit quand elles réalisent l'opération après l'avoir notifiée mais avant d'avoir obtenu l'autorisation de la mettre en œuvre. Cette notion s'appuie par ailleurs sur des dispositions de droit matériel. En effet, si les parties coordonnent leur comportement concurrentiel avant la réalisation effective de l'opération, la mise en œuvre prématurée du projet peut constituer une infraction aux dispositions générales du droit de la concurrence visant à lutter contre les accords anticoncurrentiels entre concurrents⁴⁰.

28. Déterminer dans quelles circonstances il y a mise en œuvre prématurée et anticoncurrentielle du projet n'a rien de facile. En effet, sous de nombreuses formes, la coordination dans laquelle s'engagent les parties avant la fusion n'est qu'une collaboration raisonnable et nécessaire dans le cadre des négociations menées en vue de la fusion. Les audits préalables d'acquisition, par exemple, impliquent l'échange d'un certain nombre d'informations et les autorités de la concurrence reconnaissent que ces démarches sont essentielles dans toute opération⁴¹. Néanmoins, les parties à la fusion ne doivent pas agir comme une seule et même entité en prévision de la réalisation de l'opération, même après avoir entériné leur accord. La tendance des parties à faire concorder leurs mécanismes d'incitation dès que possible accroît le risque de mise en œuvre prématurée du projet.

une amende de 219 000 EUR pour ne pas avoir notifié trois opérations réalisées en 1997 (affaire IV/M.969 - A. P. Møller).

⁴⁰ Ce type de comportement est généralement interdit aux États-Unis en vertu de la section 1 de la loi Sherman et dans l'Union européenne en vertu de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFEU). En 2007, par exemple, la Commission européenne avait « des motifs de penser que les entreprises concernées pouvaient avoir enfreint l'article 7(1) [du Règlement CE sur les concentrations] » et a effectué une perquisition à l'aube dans les locaux britanniques d'Hydro Polymers et Ineos afin de recueillir des informations concernant l'acquisition prévue des activités liées aux polymères de Norsk Hydro par INEOS (Kerling ASA, affaire COMP/M.4734 – INEOS/Kerling). L'un des aspects importants de cette enquête était le fait que les sociétés aient peut-être échangé des informations commerciales sensibles et qu'il faille déterminer si ces actes pouvaient constituer une infraction à l'article 101 TFEU. Si l'enquête a été close sans suite en janvier 2008, elle a tout de même montré que la Commission était prête à s'attaquer aux échanges d'informations survenant avant une fusion, sur le fondement de l'article 101 TFEU.

⁴¹ Voir Naughton (2006), p. 8

29. Ces mises en œuvre prématurées peuvent prendre toutes les formes suivantes dès lors que l'activité en question a lieu avant l'approbation de la fusion : (i) coordination entre les parties à la fusion s'agissant des prix ou conditions applicables aux clients ; (ii) répartition de la clientèle dans le cadre des ventes ; (iii) coordination des négociations avec les clients pour les ventes devant intervenir une fois la fusion approuvée (par exemple, les négociations de contrats à long terme) ; (iv) projets concernant les produits, les distributeurs ou les salariés (par exemple, la désignation de nouveaux administrateurs) et, dans certains cas, (v) partage d'informations détaillées sur les clients, prix et projets concernant les produits, bien que ce partage fasse souvent partie de l'audit préalable d'acquisition réalisé avant la conclusion de l'opération.

30. Le droit des fusions de la plupart des pays et territoires sanctionne les mises en œuvre prématurées en prévoyant la possibilité d'infliger une amende à l'acquéreur. Ces dernières années, les autorités de la concurrence ont multiplié les poursuites engagées à l'encontre de ces pratiques, fermement déterminées à intenter des actions contre ce que l'on considère de plus en plus comme une grave infraction au droit des fusions. Sur cette période, les États-Unis, l'Union européenne, la Norvège, l'Allemagne et la Roumanie⁴² ont par exemple infligé des amendes pour manquement à l'obligation de notification *ex ante* et non-respect de la période de suspension.

- Aux États-Unis, les deux autorités de la concurrence réagissent très fermement lorsque l'acquéreur influence de quelque manière que soit les affaires de la cible et que les infrastructures, le personnel, l'identité des sociétés, les activités de commercialisation, etc. sont intégrés avant l'expiration ou la levée précoce de la période suspensive ; elles sont également fermes dans les cas où l'intégration a manifestement été réalisée avant la clôture de l'opération, comme lors du transfert prématuré des actifs ou titres de la cible⁴³.

Encadré 2. La mise en œuvre prématurée d'un projet de fusion aux États-Unis

Aux États-Unis, la mise en œuvre prématurée d'un projet de fusion (« *gun-jumping* ») est une infraction régie par la loi Hart-Scott-Rodino, la section 7A de la loi Clayton et la section 1 de la loi Sherman. La section 7A interdit le transfert de « *propriété effective ou de contrôle opérationnel* » avant la fin de la période suspensive prévue par la loi Hart-Scott-Rodino. La section 1, quant à elle, interdit les contrats, associations et collusions de nature à restreindre déraisonnablement les échanges. Dans une affaire de mise en œuvre prématurée, en fonction de la loi appliquée, la pratique interdite, le délai de prescription légal et les sanctions applicables varient⁴⁴ :

- La loi Sherman n'interdit un comportement que s'il constitue une infraction même en l'absence de fusion et la loi Hart-Scott-Rodino interdit à un acquéreur d'exercer un contrôle sur une société absorbée⁴⁵.
- L'interdiction de mise en œuvre prématurée prévue par la loi Hart-Scott-Rodino prend fin à l'expiration de la période suspensive tandis que la loi Sherman continue d'interdire les accords limitant la concurrence jusqu'à ce que les parties aient effectivement achevé la fusion.

⁴² En Roumanie, l'autorité de la concurrence a effectué une perquisition chez Advent Group et Ozone Laboratories en 2009 afin de mener une enquête sur une possible mise en œuvre prématurée. (Voir <http://www.internationallawoffice.com/newsletters/detail.aspx?g=42ced84a-edd5-4fb7-a384-c949ff0047bf>)

⁴³ Voir Hogan & Hartson LLP (2009).

⁴⁴ Voir Liebeskind (2003).

⁴⁵ Certaines pratiques susceptibles d'enfreindre la section 1 peuvent ne pas constituer des infractions à la section 7A, comme les partages d'informations qui n'impliquent pas de transfert de propriété effective ou de contrôle opérationnel.

- La loi Sherman peut être appliquée devant des instances civiles et pénales, tandis que la loi Hart-Scott-Rodino ne peut être appliquée que lors d'une action intentée au civil par l'Attorney General, qui peut obtenir une amende civile d'un montant maximum de 16 000 USD par jour d'infraction⁴⁶.

L'application des dispositions légales à l'encontre des mises en œuvre prématurées est une pratique courante aux États-Unis, comme en témoignent les quelques affaires ci-après :

- En 1998, Input/Output, Inc. a conclu un accord de fusion avec Laitram Corp. en vue d'acquérir DigiCOURSE. Cependant, durant la période suspensive, les dirigeants de DigiCOURSE ont géré les activités des deux entreprises conjointement et ont commencé à diriger une division d'Input/Output⁴⁷. À l'issue de la période suspensive, une amende civile de 225 000 USD a été infligée à chacune des deux parties.
- En 2002, Computer Associates International (CA) et Platinum Technology ont conclu un accord de fusion qui imposait d'obtenir l'accord écrit de CA avant de concéder des remises et des dérogations aux conditions contractuelles standard ainsi que de proposer des services de conseil aux consommateurs. De ce fait, CA recevait des informations commerciales sensibles sur les clients de Platinum, notamment sur les prix, les remises et les conditions contractuelles dont ils bénéficiaient. La fusion, qui dépassait les seuils de notification prévus par la loi Hart-Scott-Rodino, a été dûment notifiée et approuvée mais, deux ans plus tard, le ministère de la Justice américain a estimé que les parties avaient en pratique réalisé la fusion avant son approbation et que l'influence sur les décisions tarifaires constituait une entente sur les prix au regard de la loi Sherman. L'amende infligée s'est élevée à 638 000 USD et a été assortie d'une interdiction de partager ce type d'informations lors de toute fusion à venir⁴⁸.
- En 2003, la fusion entre Gemstar et TV Guide a fait l'objet d'une enquête qui a duré sept mois et au terme de laquelle le ministère de la Justice a décidé de ne pas s'opposer au projet. Le ministère a toutefois soutenu que les parties s'étaient entendues sur les prix, avaient réparti la clientèle entre elles et avaient enfreint les obligations de respect de la période suspensive avant la fusion. Les deux sociétés ont été reconnues coupables d'infraction à la loi Sherman et à la loi Hart-Scott-Rodino et se sont vu infliger des amendes civiles s'élevant à 5.67 millions USD, autrement dit le montant maximum qu'il était possible d'appliquer en vertu de la loi Hart-Scott-Rodino⁴⁹.
- En 2006, un transfert de propriété effective similaire était au cœur de l'affaire de fusion entre Qualcomm et Flarion Technologies. Aux termes de l'accord de fusion, Qualcomm devait approuver par écrit toute décision importante de Flarion, comme l'octroi de licences d'utilisation de sa propriété intellectuelle, la conclusion de tout contrat important et l'embauche de salariés hors du cadre des activités courantes. Ces restrictions étaient suffisantes pour conclure au transfert de la propriété effective et donc à la violation de la section 7A. Qualcomm a réglé le litige à l'amiable en acceptant de verser 1.8 million USD⁵⁰.
- En 2010, le ministère de la Justice américain a intenté une action au motif que, en 2006, alors que Smithfield Foods et Premium Standard avaient conclu un accord de fusion mais n'avaient pas encore reçu le feu vert pour le mettre en œuvre en vertu de la loi Hart-Scott-Rodino, Premium Standard s'était trouvé dans l'obligation de demander l'accord de Smithfield Foods pour effectuer ses activités courantes. Le ministère de la Justice a conclu un accord à l'amiable avec Smithfield Foods, qui a versé 900 000 USD⁵¹.

⁴⁶ Voir Liebeskind (2003).

⁴⁷ Voir <http://www.justice.gov/atr/cases/f203600/203653.htm>.

⁴⁸ Voir http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2002/11029.htm.

⁴⁹ Voir http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2003/200740.htm.

⁵⁰ Voir http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2006/215617.htm.

⁵¹ Voir http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2010/254357.htm.

- Au sein de l'Union européenne, dans l'affaire *Bertelsman/ Kirsch/ Premiere*⁵² qui s'est produite en 1998, la Commission a menacé d'infliger une amende aux parties pour avoir amorcé la mise en œuvre de l'opération alors que celle-ci n'avait pas encore été approuvée. Elle s'est toutefois ravisée lorsque les parties ont pris des mesures pour mettre un terme à cette mise en œuvre prématurée du projet. En 2009, la Commission a jugé qu'Electrabel avait acquis le contrôle exclusif de fait de Compagnie Nationale du Rhône (CNR) en acquérant une participation en 2003⁵³. La Commission a décidé de condamner Electrabel à une amende de 20 millions EUR bien que la société se soit rapprochée de la Commission en 2007 à propos de sa participation dans CNR et bien qu'elle ait notifié la fusion⁵⁴.
- En Allemagne, l'Office fédéral des ententes a rendu deux décisions pour infraction aux dispositions prévues par le droit des fusions allemand en matière de notification *ex ante* et d'obligation de respect de la période suspensive. En décembre 2008, l'autorité a prononcé une amende de 4.5 millions EUR à l'encontre de Mars, Inc. pour avoir réalisé une opération notifiée avec Nutro Products, Inc. et transféré les principaux actifs *après* avoir reçu un aval aux États-Unis mais *avant* d'avoir obtenu l'accord de l'Office fédéral des ententes⁵⁵. Le montant de l'amende a été revu à la baisse car Mars a coopéré pour faire disparaître les effets de l'opération sur le marché national. En 2009, l'Office fédéral des ententes a infligé une amende de 4.13 millions EUR à Druck und Verlagshaus Frankfurt (DuV) pour n'avoir notifié l'achat que d'un actif sur deux acquis lors d'une opération menée en 2001. C'est en examinant un autre projet de DuV que l'autorité avait découvert ce fait.

4.5 Acquisitions « rampantes », « en série » ou « échelonnées »

31. La question du traitement d'une fusion concrétisée se pose également dans le scénario particulier des acquisitions « rampantes », « en série » ou « échelonnées ». Ces expressions désignent généralement des situations dans lesquelles une société rachète des éléments d'une autre ou des activités complémentaires en effectuant un certain nombre d'opérations consécutives et en lien les unes avec les autres. En soi, aucune de ces opérations ne remplirait les critères de notification de fusion mais, considérées collectivement, elles constitueraient une opération soumise à l'obligation de notification. Les dispositions relatives à ces acquisitions ont pour but d'éviter que des sociétés ne puissent contourner les

⁵² Affaire n° IV/M.993 - Bertelsmann/Kirsch/Premiere.

⁵³ Affaire COMP/M.4994 - Electrabel/CNR. Selon la Commission, l'opération réalisée par Electrabel en 2003 a porté sa participation dans la CNR de 17.68 % du capital et 16.88 % des droits de vote à respectivement 49.95 % et 47.95 %. Le solde de l'actionnariat était très dispersé et les taux de participation aux assemblées faibles. La Commission a donc conclu qu'Electrabel avait obtenu le contrôle de la CNR du fait qu'elle était en position de faire valider des résolutions. La Commission a également pris d'autres facteurs en compte, comme le fait qu'Electrabel soit le seul actionnaire industriel de la CNR et qu'il ait repris le rôle auparavant assumé par EDF dans la gestion opérationnelle des centrales hydroélectriques et la vente de l'électricité produite par la CNR.

⁵⁴ L'enquête menée par la Commission a révélé que l'opération posait des problèmes de concurrence. Le Tribunal a rejeté la demande d'annulation de la décision déposée par Electrabel, ne retenant pas l'argument selon lequel le pouvoir de la Commission de prononcer une sanction était prescrit et confirmant que la Commission était fondée à considérer que l'infraction était grave, même si elle avait été commise par négligence plutôt que de propos délibéré, et bien que l'acquisition n'ait eu aucun effet de fond néfaste sur le marché. (Affaire T-332/09, disponible à l'adresse <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62009TJ0332:FR:HTML>).

⁵⁵ Les parties ont notifié l'opération aux autorités compétentes aux États-Unis, en Allemagne et en Autriche en mai 2007.

règles de contrôle des fusions et ne réalisent des opérations anticoncurrentielles en fractionnant une opération importante en plusieurs achats de plus petite envergure⁵⁶.

32. Quel que soit le modèle employé pour contrôler les acquisitions rampantes, ces dispositions introduisent une certaine incertitude juridique dans le système de contrôle des fusions⁵⁷, notamment parce qu'elles peuvent conduire à revoir le sort d'une opération jugée avoir des effets insignifiants et non soumise à une obligation de notification, et éventuellement à la défaire si elle se révèle avoir des retombées anticoncurrentielles. Les règles relatives aux acquisitions rampantes ont pour but de permettre aux autorités de la concurrence d'agir lorsque la concurrence diminue notablement à la suite d'une série d'opérations liées, quand bien même aucune de ces opérations n'aurait rempli les critères de notification en soi. Ces dispositions ouvrent toutefois la porte à l'examen *a posteriori* d'opérations qui ont déjà été menées à bien.

33. Le problème des acquisitions rampantes est traité différemment d'une autorité de la concurrence à l'autre. Les méthodes les plus courantes sont la « méthode sectorielle », les « règles d'agrégation » et le modèle reposant sur le « pouvoir de marché substantiel »⁵⁸.

- Lorsque la « méthode sectorielle » est appliquée, des opérations qui ne nécessiteraient normalement pas de notification font tout de même l'objet d'un contrôle si elles se déroulent dans un secteur d'activité où les opérations échelonnées sont jugées comme le moyen d'accroître son pouvoir de marché et le degré de concentration. Dans ces cas, certains pays optent pour une réglementation particulière exigeant la notification d'opérations qui auraient normalement échappé à cette obligation. Au Royaume-Uni, par exemple, toute grande chaîne agroalimentaire qui achète un magasin dont la surface de vente de produits agroalimentaires est supérieure à 1 000 mètres carrés doit en faire part à l'Office of Fair Trading (OFT).
- Lorsque des « règles d'agrégation » sont appliquées, des opérations successives qui n'auraient normalement pas rempli les critères de notification sont soumises à un contrôle au regard du droit des fusions lorsqu'elles sont réalisées dans un certain délai par les mêmes parties et sur le même marché ou un marché connexe⁵⁹. Le Règlement CE sur les concentrations illustre cette méthode en prévoyant que « *deux ou plusieurs transactions, telles que visées au premier alinéa, qui ont lieu au cours d'une période de deux années entre les mêmes personnes ou entreprises, sont à considérer comme une seule opération de concentration intervenant à la date de la dernière transaction*⁶⁰. » Des dispositions similaires ont également cours aux États-Unis⁶¹ et au Royaume-

⁵⁶ Ce « saucissonnage » des opérations n'est pas rare, notamment lorsque la cible est une société cotée, dont le contrôle est acquis à la suite d'une série d'achats d'actions.

⁵⁷ L'incertitude affecte (a) la décision des parties à la fusion d'opter ou non pour la notification ; (b) l'ampleur des efforts à déployer pour préparer une notification et obtenir une approbation ; et (c) le processus d'évaluation de l'autorité de la concurrence.

⁵⁸ Voir BIAC (2011).

⁵⁹ Il existe trois scénarios pouvant entrer dans le champ d'application des règles d'agrégation : (i) lorsqu'une première opération inférieure au seuil de notification est suivie d'une seconde qui l'atteint, la première doit alors aussi être notifiée ; (ii) lorsqu'une première opération exigeant une notification est suivie d'une seconde qui est inférieure au seuil, cette dernière doit également être notifiée ; (iii) enfin, lorsque deux parties ou plus d'une entreprise sont acquises simultanément par le même acheteur auprès du même vendeur, les deux transactions sont réputées constituer une seule et même opération au regard des critères de notification.

⁶⁰ Voir l'article 5(2), paragraphe 2 du Règlement sur les concentrations. Selon la communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (2008/C 95/01), le but de cette disposition est « *d'assurer que les mêmes personnes ne scindent pas une opération en une série de cessions d'actifs*

Uni⁶². En Turquie, un communiqué de 2011 stipule que deux opérations ou plus réalisées par les mêmes parties dans un délai de deux ans sont considérées comme une seule et même opération⁶³.

- Lorsque le modèle du « pouvoir de marché substantiel » est appliqué, toute acquisition réalisée par une société disposant d'un certain pouvoir de marché, quelles que soient la taille ou la part de marché de la cible, doit être notifiée en vue de faire l'objet d'un contrôle des autorités en charge des fusions. C'est notamment le cas en Suède, où l'autorité de la concurrence peut demander à ce qu'une fusion soit notifiée si le chiffre d'affaires global atteint un seuil donné sans que ce soit le cas du chiffre d'affaires individuel, dès lors que l'acquéreur est une entreprise importante qui prend le contrôle de petites sociétés une à une.

5. Éléments pertinents dans l'examen des fusions concrétisées

34. La présente section examine des questions d'ordre général susceptibles de se poser lorsqu'une autorité de la concurrence est compétente pour enquêter sur une fusion concrétisée. Ces questions portent notamment sur les critères qu'une autorité peut employer afin de hiérarchiser ses priorités d'application du droit dans ce domaine et les preuves sur lesquelles elle peut s'appuyer pour démontrer que la fusion concrétisée a porté atteinte à la concurrence sur le marché. Nous verrons également, lorsque les autorités ont le pouvoir d'examiner des fusions concrétisées, l'impact de ce pouvoir sur les parties à la fusion et leurs stratégies ainsi que les difficultés qui peuvent survenir lorsqu'il s'agit d'élaborer des mesures correctives appropriées pour contrer les effets anticoncurrentiels mis en évidence par l'autorité.

5.1 Choix des affaires à examiner et critères d'évaluation

35. Lorsqu'elles ont le pouvoir d'examiner les fusions concrétisées, les autorités de la concurrence ne précisent généralement pas les critères qu'elles utilisent pour déterminer lesquelles contrôler. Il existe de nombreux moyens, pour une autorité, d'avoir connaissance d'une fusion concrétisée non soumise à notification et potentiellement anticoncurrentielle. Les méthodes les plus couramment utilisées sont

réparties dans le temps, afin d'échapper à la compétence conférée à la Commission par le règlement sur les concentrations. » Les tribunaux européens ont confirmé cette interprétation et jugé qu'« une opération de concentration, au sens de l'article 3(1) du règlement n° 4064/89, peut se réaliser même en présence d'une pluralité de transactions juridiques formellement distinctes dès lors que ces transactions sont interdépendantes de sorte qu'elles ne seraient pas réalisées les unes sans les autres et dont le résultat consiste à conférer à une ou à plusieurs entreprises le contrôle économique, direct ou indirect, sur l'activité d'une ou de plusieurs autres entreprises. » (Affaire T-282/02 Cementbouw vs. Commission).

⁶¹ La loi Hart-Scott-Rodino mentionne l'agrégation d'opérations distinctes menées au cours d'une période de 180 jours pour acquérir des titres assortis de droits de vote, des actifs ou d'autres « participations dans des entités non constituées en société par actions ». (Voir le *Code of Federal Regulations*, article 801.13 « *Aggregation of voting securities, assets and non-corporate interests* ».)

⁶² La période durant laquelle l'Office of Fair Trade britannique peut considérer que des opérations successives se sont produites simultanément est plus longue. Aux termes des sous-sections 27(5) et 27(6) de la loi de 2002 sur les entreprises, « (5) L'autorité compétente peut, à des fins de référence, considérer que des opérations successives entrant dans le champ d'application de la présente sous-section se sont produites simultanément à la date de la dernière d'entre elles. (6) La sous-section (5) s'applique aux opérations successives (a) qui se produisent dans un délai de deux ans dans le cadre ou en conséquence des mêmes accords, de la même opération ou d'accords ou opérations successifs entre les mêmes parties ou groupes d'intérêt ; et (b) en vertu desquelles, dans le cadre ou en conséquence des accords, de l'opération ou des opérations concernés, des entreprises cessent, dans leurs rapports mutuels, d'être des entreprises distinctes. »

⁶³ Voir le Communiqué n° 2010/4.

toutefois les suivantes : une veille minutieuse de la presse et des communiqués de presse dans lesquels les parties à la fusion annoncent la conclusion future ou effective d'une opération, des déclarations de faillite et déclarations liées aux titres, des déclarations de fusion et autres déclarations réglementaires effectuées à l'étranger, des communications avec les autorités étrangères ou des notifications d'opérations ultérieures. Il est souvent utile, pour dégager des pistes d'investigation sur des fusions non soumises à notification, d'effectuer une veille médiatique visant à obtenir des informations sur des opérations menées dans des secteurs d'activité donnés. Les plaintes déposées par d'autres acteurs et le fait que des clients importants se plaignent de hausses des prix sont aussi un moyen de découvrir des opérations non soumises à notification et susceptibles d'avoir des effets anticoncurrentiels.

36. Ce sont semble-t-il les augmentations de prix qui se produisent après la réalisation de la fusion qui motivent le plus souvent l'ouverture d'une enquête par les autorités de la concurrence sur une fusion concrétisée⁶⁴. En règle générale, une augmentation significative des prix risque d'entraîner des plaintes de la part des consommateurs, ce qui accroît la probabilité qu'une fusion concrétisée soit remise en question⁶⁵. Dans l'affaire *Carilion Clinic*⁶⁶, la FTC a invoqué le fait que, pour de nombreux patients, le montant restant à leur charge pour une IRM cérébrale s'était accru de près de 900 % en passant d'environ 40 USD à 350 USD. Dans l'affaire *FTC vs. Ovation Pharmaceuticals, Inc.*⁶⁷, le prix de l'Indocin avait augmenté de près de 1 300 %, de 36 USD à près de 500 USD par ampoule. Enfin, dans l'affaire *FTC vs. Hearst Trust*⁶⁸, les hausses de prix avaient parfois multiplié par plus de deux, voire trois, les montants totaux versés auparavant par les clients, une augmentation largement supérieure à l'inflation ou à toute hausse des coûts sur le marché pertinent.

37. Lorsqu'elle enquête sur des fusions concrétisées, l'autorité de la concurrence a l'avantage de pouvoir observer les impacts effectifs de l'opération sur le marché, ce qui n'est pas le cas lors de contrôles *ex ante*. Ainsi, il devient plus simple⁶⁹, voire parfois superflu⁷⁰, de définir le marché pertinent. La mission de l'autorité de la concurrence est également facilitée lorsqu'il s'agit de prouver que la fusion concrétisée a des effets anticoncurrentiels. À titre d'exemple, selon les directives américaines concernant les fusions horizontales⁷¹, les autorités de la concurrence devraient « *s'appuyer sur les mêmes types de preuves que celles qu'elles utilisent pour évaluer les fusions non concrétisées* », tout en reconnaissant qu'« *une grande*

⁶⁴ Aux États-Unis, où même les opérations notifiées et avalisées par l'autorité de la concurrence peuvent faire l'objet d'un contrôle *ex post*, les autorités continuent de surveiller le comportement de la nouvelle entité sur le marché après avoir donné leur feu vert, notamment si des doutes planaient lorsque l'autorisation a été délivrée. En 2002, la FTC a approuvé la fusion de Synopsys Inc. et Avant! Corporation mais trois commissaires de la concurrence ont chacun publié une déclaration publique distincte indiquant que l'autorité avait hésité à donner son accord et qu'elle n'hésiterait pas à intervenir si un comportement anticoncurrentiel venait à être observé.

⁶⁵ Voir Marks et Ang (2010).

⁶⁶ Voir <http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2009/07/090724carilioncmpt.pdf>.

⁶⁷ Voir <http://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2008/12/ftc-sues-ovation-pharmaceuticals-illegally-acquiring-drug-used>.

⁶⁸ Voir <http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2001/04/hearstcmp.htm>.

⁶⁹ Voir Rosch (2012), p. 10

⁷⁰ Selon la FTC américaine, « [d]ans une fusion concrétisée, les signes tangibles de préjudice à la concurrence observables après l'acquisition peuvent parfois suffire à établir [...] une responsabilité sans qu'il soit nécessaire de démontrer par ailleurs la définition du marché. » Voir l'avis de l'autorité dans l'affaire Polypore Int'l, Inc. dossier n° 9327 (13 décembre 2010), consultable à l'adresse <http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2010/12/101213polyporeopinion.pdf>.

⁷¹ Voir <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.html>.

importance est accordée aux signes tangibles d'augmentation des prix ou à d'autres changements préjudiciables aux consommateurs observés après la fusion. » C'est un avantage considérable pour les autorités de la concurrence lorsqu'elles doivent démontrer leurs allégations. En effet, elles peuvent déjà disposer, à ce stade, de preuves d'effets anticoncurrentiels.

38. Toutefois, il ne suffit pas de pouvoir effectivement prouver des effets anticoncurrentiels pour remettre en question l'opération. L'autorité de la concurrence doit démontrer un lien de cause à effet entre la fusion concrétisée sur laquelle elle enquête et l'effet anticoncurrentiel décelé sur le marché. Les problèmes de concurrence mis en lumière ne découlent pas nécessairement de l'opération examinée. Ils pourraient être la conséquence naturelle d'autres phénomènes présents sur le marché. Il peut être difficile d'établir la preuve de ce lien sur les marchés hautement technologiques, qui évoluent et changent souvent rapidement⁷². Il est donc rare que les autorités de la concurrence remettent en question une opération concrétisée depuis longtemps, tant il peut être difficile, dans ces cas, d'établir un lien de cause à effet entre la fusion et les effets anticoncurrentiels. Selon les directives américaines concernant les fusions horizontales, si une autorité de la concurrence peut établir que des augmentations de prix ou d'autres changements préjudiciables aux consommateurs observés découlent de la fusion examinée, ces preuves peuvent être décisives. Néanmoins, ces lignes directrices reconnaissent également qu'« *une fusion concrétisée peut être anticoncurrentielle même si l'on n'observe pas encore de tels effets, éventuellement parce que la nouvelle entité, consciente du risque d'examen ex post par les autorités, peut modérer ses pratiques.* » Il va sans dire que, face à une fusion concrétisée dont les effets n'ont pas encore été observés, les autorités ne doivent pas ouvrir d'enquête à la légère.

5.2 Conséquences pour les parties à la fusion

39. L'ampleur des pouvoirs conférés aux autorités pour examiner les fusions concrétisées peut avoir des conséquences directes pour les entreprises. Lorsqu'ils sont étendus, les coûts de transaction, l'incertitude juridique et le risque de perdre en compétitivité et d'avoir à assumer des frais de justice plus lourds s'accroissent, autant d'éléments qui peuvent agir directement sur la volonté des parties à se lancer dans une fusion. Ainsi, lorsque l'autorité jouit d'une compétence très large et que ses prérogatives ne sont pas limitées par des critères prédéfinis, ce pouvoir peut décourager les fusions légitimes et favorables au jeu de la concurrence, en particulier dans les cas un peu ambigus. Cela peut se produire notamment dans les pays et territoires où l'autorité de la concurrence est autorisée à remettre en question une fusion concrétisée qui a pourtant été approuvée au préalable. Mais des effets dissuasifs peuvent aussi survenir si les fusions inférieures aux seuils de notification peuvent faire l'objet d'un examen *ex post*. Les entreprises doivent alors évaluer elles-mêmes de nombreuses opérations et décider s'il convient d'informer l'autorité bien qu'elles n'aient pas l'obligation de le faire, ce qui accroît leurs coûts de transaction. Ces dispositions peuvent contribuer à décourager les fusions légitimes entre entreprises et ainsi nuire à l'efficacité du marché, ce qui finit par porter atteinte aux consommateurs.

Le délai durant lequel l'autorité de la concurrence est autorisée à ouvrir une enquête sur une fusion concrétisée est un élément important. En règle générale, les délais réglementaires ne s'appliquent pas aux fusions concrétisées, ce qui génère une certaine incertitude sur le marché et complique l'imposition de mesures correctives⁷³. Toutefois, des effets indésirables peuvent se produire même lorsque le délai de

⁷² Voir Compton et Sher (2003), p. 6 : « Dans une industrie de réseau, il faut se demander sérieusement pour quel motif un marché privilégie une technologie adoptée par une société qui a récemment effectué plusieurs acquisitions : en raison de ces acquisitions ou (c'est tout aussi probable dans bon nombre de secteurs d'activité) parce que la technologie en question présente un avantage qui a incité les consommateurs à opter pour cette plateforme plutôt que pour ses concurrentes. »

⁷³ Le délai durant lequel l'autorité de la concurrence peut ouvrir une enquête sur une fusion concrétisée non soumise à notification est limité dans certains pays et territoires. Au Canada ainsi qu'au Brésil, par exemple, l'autorité dispose d'un an pour entamer une procédure une fois que la fusion a été achevée en

prescription est court puisque les parties à la fusion peuvent alors décider de manière stratégique de reporter leurs décisions en matière de prix afin d'écarter le risque d'enquête. C'est également le cas dans les systèmes de notification spontanée, dans lesquels le risque de remise en question de la fusion et l'ampleur de l'enquête éventuelle⁷⁴ font redouter non seulement de devoir revenir en arrière mais aussi de perdre un temps considérable que l'on aurait pu employer à mettre au point des produits ou à les améliorer.

40. Lorsque les autorités de la concurrence décident de remettre en question une fusion concrétisée, l'affaire a bien davantage de chances d'aller en justice⁷⁵. Les parties à la fusion sont en effet plus enclines à saisir les tribunaux du simple fait que l'enjeu commercial est élevé : l'opération a déjà été réalisée et défaire une entreprise intégrée peut être un processus laborieux et potentiellement très coûteux. L'autorité de la concurrence est quant à elle plus incitée à aller en justice car, grâce à l'impact effectif de l'opération sur le marché, elle dispose d'éléments probants susceptibles de l'aider à présenter un dossier convaincant au tribunal⁷⁶. Le nombre d'enquêtes portant sur des fusions concrétisées est loin de donner à penser que les autorités privilégient les enquêtes *ex post* au détriment des démarches *ex ante* classiques. Pour autant, certains font valoir que « *plus les autorités de la concurrence douteront de leur capacité à prédire des effets anticoncurrentiels des opérations avant leur réalisation, plus elles se sentiront contraintes de tenter d'appliquer des mesures correctives aux fusions dont on peut démontrer les effets anticoncurrentiels après leur mise en œuvre*⁷⁷. »

substance. En Australie, si une cession est requise, elle doit être demandée devant le tribunal dans un délai de 3 ans et les demandes de sanctions financières doivent être formulées dans les six années suivant la réalisation de l'opération.

⁷⁴ En Australie, par exemple, les fusions concrétisées qui ne sont pas notifiées à l'ACCC sont soumises à des modalités d'examen différentes de celles des acquisitions pour lesquelles l'aval de l'autorité a été demandé ; à titre d'exemple, aucun calendrier indicatif n'est publié pour leur examen.

⁷⁵ Entre 2010 et 2012, la FTC a contesté 48 fusions au total. Parmi elles, 9 avaient été concrétisées, dont 4 sont allées devant les tribunaux. À l'inverse, seules 6 des 39 fusions non réalisées ont donné lieu à une action en justice. Voir Rosch (2012).

⁷⁶ L'autorité peut être plus persuasive en s'appuyant sur des données de marché, ce qui lui permet de présenter, devant le tribunal, un argumentaire plus convaincant et plus facile à comprendre. Voir Fales, Davis et Lowe (2012) : « *Pour les autorités, les fusions concrétisées peuvent être les plus simples à poursuivre.* » Voir aussi Rosch (2012) : « *Lorsque la définition du marché est au cœur d'une affaire, celle-ci risque de s'enliser dans des batailles abstruses sur l'analyse de la perte critique ou sur le test SSNIP. À l'inverse, un tribunal sera probablement convaincu qu'une fusion ayant entraîné une hausse des prix enfreint la section 7, même s'il a quelques doutes sur la définition précise du marché pertinent.* » Par ailleurs, une requête pour préjudice à la concurrence peut être étayée par les données des documents internes émis par les données postérieures aux ciétés après l'acquisition. Dans l'affaire Polypore, la FTC a fait valoir que « *les documents produits par les parties à la fusion au cours de leurs activités normales témoignent généralement de manière très probante des conditions en vigueur dans le secteur et des effets probables d'une fusion* » (Avis sur Polypore, *supra*, p. 10). Dans l'affaire Bazaarvoice, le ministère américain de la Justice a fait valoir que l'opération éliminait le seul concurrent notable de la société. Le tribunal n'a pas été convaincu par la défense de Bazaarvoice. La société arguait que sa cible, PowerReviews, était un petit concurrent anodin, mais des documents rédigés avant la fusion montraient qu'elle la considérait en fait comme son principal concurrent. Voir *État-Unis vs. Bazaarvoice, Inc.*, Memorandum Op. p. 44, n° 13-00133 (N.D. Cal. 8 janvier 2014), disponible à l'adresse <http://www.justice.gov/atr/cases/f302900/302948.pdf>.

⁷⁷ Voir Liebeskind (2004).

5.3. *Mesures correctives en cas de fusion concrétisée*

41. En règle générale, les autorités dotées du pouvoir d'examiner les fusions concrétisées n'appliquent pas de principes correctifs distincts et différents aux fusions anticoncurrentielles selon qu'elles soient concrétisées ou non. La plupart formulent leurs mesures correctives en s'appuyant sur les mêmes considérations dans un cas comme dans l'autre. Plus particulièrement, la tendance générale à privilégier les mesures structurelles et les cessions se vérifie aussi dans le cas des fusions concrétisées. Ces dispositions peuvent prévoir de céder la totalité ou une partie des actions de la cible ou de transférer une partie de son activité ainsi que les clients concernés. Néanmoins, les autorités reconnaissent que le train de mesures correctives est inévitablement plus compliqué dans le cas des fusions concrétisées puisque les parties ont déjà intégré leurs activités ou sont en train de le faire.

42. Si les autorités interviennent à un moment où l'intégration n'a pas encore été achevée, elles peuvent ordonner des mesures provisoires. Ces mesures évitent que l'intégration des activités n'empêche l'autorité d'agir efficacement pour évaluer l'opération et, surtout, pour mettre en œuvre les mesures correctives optimales qu'elle imposera. Si la fusion a déjà été menée à bien, les mesures provisoires sont normalement adressées à l'acquéreur et ont pour but d'empêcher toute poursuite de l'intégration des activités de la cible sans l'approbation de l'autorité de la concurrence. Si la fusion n'a pas encore été réalisée, les mesures provisoires sont adressées aux deux parties et, selon le stade d'intégration, l'autorité de la concurrence peut avoir pour but d'empêcher (i) l'échange d'informations sensibles entre les parties, (ii) toute tentative de poursuite de l'intégration des deux entreprises, (iii) toute activité commerciale conjointe des parties et (iv) toute décision concernant les effectifs qui pourrait toucher la société absorbée. Les autorités de la concurrence reconnaissent toutefois que, dans certaines circonstances, un certain degré d'intégration peut être nécessaire pour assurer la viabilité de la société cible. Elles peuvent alors accorder une dérogation aux mesures provisoires, sous réserve que les parties à la fusion déposent une demande motivée.

43. Lorsqu'une autorité de la concurrence examine une opération concrétisée ou qui n'est pas soumise à notification et qu'elle la juge potentiellement préjudiciable à la concurrence, elle peut demander à ce qu'il soit remédié aux effets anticoncurrentiels à l'aide d'un train de mesures correctives destinées à rétablir le jeu de la concurrence qui prévalait avant la fusion. Dans des circonstances normales, la plupart des autorités affichent une préférence marquée pour les mesures structurelles, notamment pour les cessions⁷⁸. En effet, ces mesures sont généralement simples, relativement faciles à faire appliquer, et ont un impact définitif sur le marché. Les autorités de la concurrence s'efforcent habituellement d'imposer des mesures de cet ordre, que les fusions aient été menées à bien ou non. Cependant, l'intégration (totale ou partielle) de leurs activités par les parties fait que, dans certains cas, la cession pourrait ne pas être une solution viable optimale⁷⁹. D'autres mesures correctives peuvent alors mieux convenir, comme les mesures comportementales.

⁷⁸ Voir OCDE (2011) et OCDE (2003).

⁷⁹ À titre d'exemple, le délai qui s'est écoulé entre la fusion et l'enquête peut avoir rendu obsolètes les produits que proposaient les parties avant la fusion. Dans ce cas, une cession pourrait entraîner une inefficience sur le marché.

Encadré 3. Mesures correctives comportementales dans le cas des fusions concrétisées

La manière dont la FTC a analysé l'affaire *Evanston* montre en quoi d'autres solutions correctives peuvent être plus pérennes dans le cas des fusions concrétisées⁸⁰. En 2000, Evanston Northwestern Healthcare Corp., qui détenait déjà les hôpitaux Evanston et Glenbrook, a fusionné avec l'hôpital Highland Park. L'opération a été notifiée en vertu de la loi Hart-Scott-Rodino et réalisée sans être contestée par une administration publique ou un tiers privé. Quatre ans plus tard, la FTC a décidé de déposer plainte au motif, essentiellement, que la fusion avait nettement amoindri la concurrence dans un rayon proche de l'hôpital, ce qui enfreignait la section 7 de la loi Clayton. La FTC n'a toutefois pas demandé la cession de Highland Park (la cible d'origine) mais imposé une mesure comportementale pour quatre raisons⁸¹ :

1. une longue période s'était écoulée entre la fusion et le jugement ;
2. Evanston avait intégré les activités de Highland Park avec celles des deux autres hôpitaux qu'elle détenait dans les environs ;
3. certaines des améliorations apportées à Highland Park après la fusion n'auraient pas pu être préservées en cas de cession ; et
4. un temps considérable aurait été nécessaire à l'hôpital de Highland Park pour accomplir seul ces mêmes améliorations après une cession.

Selon la FTC, en cas de cession, l'activité de Highland Park n'aurait pas été suffisante pour maintenir le programme de chirurgie cardiaque élaboré et mis en place après la fusion. Par conséquent, Highland Park n'aurait pas été un concurrent efficace à lui seul et le jeu de la concurrence n'aurait pas été rétabli. La FTC a donc imposé une mesure corrective comportementale en contraignant Evanston à mettre en place des équipes de négociation distinctes et en concurrence pour la clientèle à Highland Park et dans les autres hôpitaux afin que des contrats puissent être négociés séparément avec Highland Park. L'autorité a également interdit qu'une négociation de contrat ou de prix avec Highland Park soit subordonnée à la conclusion d'un contrat avec l'un ou l'autre des autres établissements d'Evanston, et vice-versa. Enfin, la FTC a imposé une séparation stricte des équipes de négociation et ordonné que les différends découlant des négociations distinctes fassent l'objet d'une médiation.

44. Les affaires comme celle d'Evanston montrent jusqu'où peuvent aller les examens de fusions concrétisées ou de fusions non soumises à notification dans certains pays ou territoires. Cette opération, qui dépassait les seuils de notification, a été dûment notifiée et n'a pas été contestée par l'autorité de la concurrence. Finalement, lorsqu'un examen *ex post* a révélé qu'elle avait des effets anticoncurrentiels, il n'a pas été requis de mesure corrective structurelle⁸². Cette affaire montre également que les cessions ne sont pas les seules mesures correctives possibles pour lutter contre les effets anticoncurrentiels des fusions concrétisées. La cession peut se révéler inefficace pour deux principales raisons : 1) il est quasi impossible de rétablir la société absorbée dans son rôle de concurrent indépendant et 2) les acheteurs susceptibles d'être des concurrents indépendants sont trop peu nombreux.

⁸⁰ Voir Botti (2008).

⁸¹ Voir l'Avis sur la mesure corrective de la FTC, Evanston Northwestern Healthcare Corp., dossier n° 9315, 2007 FTC LEXIS 210 (6 août 2007), disponible à l'adresse <http://www.ftc.gov/os/adjpro/d9315/070806opinion.pdf>. L'Avis de la FTC admet que la décision de ne pas demander de cession peut soulever des critiques. Il met toutefois largement en exergue le caractère exceptionnel de l'affaire et affirme que « *la cession reste presque toujours la mesure corrective la plus appropriée dans ces cas* » (p. 11-12).

⁸² L'une des interprétations possibles de cette affaire est que, dans certaines circonstances, une analyse de fusion *ex post* peut révéler des effets anticoncurrentiels que l'on n'a pas pu déceler en effectuant une analyse *ex ante*, mais que l'application de mesures correctives *ex post* n'est peut-être pas aussi efficace que les mesures prises lorsque le contrôle a lieu *ex ante*.

6. Conclusions

45. Il est peu fréquent qu'une autorité de la concurrence enquête sur une fusion concrétisée ou sur une fusion non soumise à notification. Dans les pays et territoires dotés d'un système de notification spontanée, qui laisse aux parties la possibilité de conclure une opération sans obtenir l'accord préalable de l'autorité, le contrôle des fusions concrétisées est un élément clé du système lui-même. Dans la plupart des pays et territoires, les autorités de la concurrence ne procèdent que par contrôle *ex ante* obligatoire ; elles ne sont autorisées à examiner (i) ni les fusions qui ont été approuvées, sauf en cas de circonstances exceptionnelles (par exemple, lorsque des faits nouveaux surviennent ou que les parties ont fourni des informations erronées qui ont altéré la première évaluation réalisée par l'autorité), (ii) ni les fusions inférieures aux seuils de notification prévus par la loi, sauf dans un nombre très limité de pays et territoires, où les pouvoirs de contrôle des fusions s'étendent aussi à ces opérations. En tout état de cause, les fusions concrétisées qui ne sont plus soumises au contrôle des fusions continuent de faire l'objet d'une surveillance en vertu des dispositions du droit de la concurrence relatives aux accords entre concurrents, à l'abus de position dominante et aux comportements unilatéraux.

46. Avoir le pouvoir d'examiner des fusions déjà menées à bien permet aux autorités de la concurrence de fonder leur jugement sur les impacts effectifs de l'opération sur le marché. Au lieu d'être une évaluation prédictive et conjecturale, l'examen devient une évaluation des véritables effets de l'opération sur la concurrence. Les autorités de la concurrence ont alors l'avantage d'avoir accès à des données et à des éléments probants concernant le comportement tarifaire de l'entité née de la fusion, ce qui peut les aider à argumenter de manière plus convaincante en cas d'action en justice. Elles doivent toutefois démontrer un lien de cause à effet entre la fusion concrétisée sur laquelle elles enquêtent et les effets anticoncurrentiels décelés sur le marché. Cette démonstration peut se révéler difficile, en particulier sur les marchés dynamiques et en rapide mutation, où l'évolution de la structure du marché peut tout aussi bien être à l'origine de l'augmentation de prix ou de l'effet anticoncurrentiel visés par l'enquête.

47. Du point de vue des entreprises, l'attribution de pouvoirs étendus aux autorités pour enquêter sur des fusions concrétisées peut altérer la certitude juridique et décourager les fusions favorables à la concurrence. Cette incertitude peut être levée si les pays dotés d'un système de notification obligatoire permettent la notification spontanée de fusions inférieures au seuil légal ou que les autorités y sont généralement disposées à examiner avec les parties les éventuelles implications de ces opérations sur la concurrence. On estime également que le fait d'établir des critères clairs et de limiter le délai durant lequel l'autorité de la concurrence peut ouvrir une enquête sur une fusion concrétisée dûment notifiée et approuvée (ou approuvée sous conditions) contribue à instaurer un climat de certitude juridique en permettant aux entreprises de mieux savoir comment est appliqué le droit de la concurrence.

48. Si une autorité de la concurrence établit qu'une fusion concrétisée nuit à la concurrence, elle peut imposer des mesures correctives afin de rétablir la situation concurrentielle antérieure. Il n'existe pas de principes correctifs distincts ou différents pour les fusions concrétisées et pour celles qui n'ont pas encore été réalisées. Les autorités de la concurrence continuent de privilégier les mesures structurelles prévoyant une cession. Néanmoins, lorsque la fusion a été menée à bien, les activités des parties ont déjà été totalement ou partiellement intégrées, et détricoter une fusion concrétisée peut poser des problèmes susceptibles de compromettre l'efficacité et le succès d'une mesure structurelle. Par conséquent, dans certains cas, les autorités de la concurrence acceptent des mesures comportementales.

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

- Akin Gump Strauss Hauer et Feld LLP (2012), *M&A Antitrust Surprise: FTC Challenges \$15 Million Merger Consummated in 2007*, 22 octobre 2012, disponible à l'adresse : <http://www.akingump.com/en/news-publications/m-a-antitrust-surprise-ftc-challenges-15-million-merger.html>.
- BIAC (2011), Summary of Discussion Points, présenté à la table ronde du Groupe de travail n° 3 (GT3) du Comité de la concurrence de l'OCDE : « Acquisitions rampantes », 15 février 2011.
- Botti, M. (2008), « Observations on the Commission's Evanston Remedy: When is Divestiture, or any Remedy, not Appropriate for a Consummated Anticompetitive Merger? », in *Global Competition Policy*, mai 2008, Deuxième édition.
- Choe, C. et C. Shekhar (2009), Compulsory or Voluntary Pre-Merger Notification? Theory and Some Evidence, *MPRA Paper*, n° 13450.
- Compton, C. et S. Sher (2003), If at First You Succeed... Counseling for the Close of a Merger Between Competitors, *Mergers and Acquisitions Newsletter*, vol. IV, n° 1, printemps 2003.
- Huie, M. Cope (1991), The New European Community Merger Control Regulation and the Short-term Horizon of United States Firms, *American University International Law Review* 6, n° 3, pp. 325-346.
- Fales, L., R. Davis et E. Lowe (2012), Consummated Mergers: It ain't over till the Fat Lady Sings, Antitrust Alert.
- González, A. et D. Benítez (2009), Optimal Pre-Merger Notification Mechanisms, Incentives and Efficiency of Mandatory and Voluntary Schemes, *The World Bank Sustainable Development Network Finance Economics & Urban Development Policy Research Working Paper*, n° 4936. <http://elibrary.worldbank.org/doi/book/10.1596/1813-9450-4936>.
- Greene, J. (2010), In Antitrust Blitz, FTC Targets Consummated Mergers, *The National Law Journal*, 26 juillet 2010.
- Hittinger, C. et L. Esposito (2010), Non-Reportable Transactions No Longer Safe From Antitrust Scrutiny, *The Legal Intelligencer* n° 22.
- Hogan & Hartson LLP (2009), German Cartel Office imposes fines for gun jumping, *Antitrust Update*, mai 2009, disponible à l'adresse : <http://m.hoganlovells.com/files/Publication>.
- Liebeskind, R. (2004), Challenges to Consummated Mergers: Making the Game Worth the Candle, in *Mergers and Acquisitions Newsletter*, vol. IV, n° 2, printemps 2004.
- Liebeskind, R. (2003), Gun-jumping: Antitrust Issues Before Closing the Merger, exposé au Comité de la concurrence de l'ABA (*American Bar Association*), Section of Business Law, disponible à l'adresse : <http://www.pillsburylaw.com/siteFiles/Publications/16ADC9E2C53CF6E9F97E3F0A3F6F3242.pdf>.

Marks, M. et B. Ang (2010), Agency Merger Enforcement in Non-Reportable Transactions, www.antitrustsource.com, février 2010.

Naughton, M. (2006), Gun-Jumping and Premerger Information Exchange: Counseling the Harder Questions, p. 8, disponible à l'adresse : http://www.stblaw.com/google_file.cfm?TrackedFile=4B46116201D9F48682B3&TrackedFolder=585C1D235281AED996A07D5F9F9478AB5A90188899).

Comité de la concurrence de l'OCDE (2011), Policy Roundtable: Remedies in Merger Cases, juin, disponible à l'adresse : <http://www.oecd.org/daf/competition/RemediesinMergerCases2011.pdf>.

Comité de la concurrence de l'OCDE (2003), Tables rondes sur la politique de la concurrence : Remèdes en cas de fusion, octobre, disponible à l'adresse : <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/34305995.pdf>.

Rosch, J. (2012), Consummated Merger Challenges - The Past is Never Dead, remarks before the ABA Section of Antitrust Law Spring Meeting.

Rusu, C. (2010), European Merger Control. The Challenges Raised by Twenty Years of Enforcement Experience, Kluwer Law International, BV.

Sher, S. (2004), Closed but Not Forgotten: Government Review of Consummated Mergers under Section 7 of the Clayton Act, 45 SANTA CLARA L. REV. 41.

Sokol, D. et W. Blumenthal (2012), Merger Control: Key International Norms and Differences, International Research Handbook On Competition Law, Ezrachi Ed., Edward Elgar, disponible à l'adresse : <http://ssrn.com/abstract=1981794>.