



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

Distr.
GÉNÉRALE

TD/B/COM.2/CLP/31
2 juillet 2002

FRANÇAIS
Original: ANGLAIS

CONSEIL DU COMMERCE ET DU DÉVELOPPEMENT

Commission de l'investissement, de la technologie
et des questions financières connexes
Groupe intergouvernemental d'experts du droit
et de la politique de la concurrence
Quatrième session
Genève, 3-5 juillet 2002
Point 2 de l'ordre du jour provisoire

**LOI TYPE SUR LA CONCURRENCE: COMMENTAIRES RÉVISÉS:
LES RELATIONS ENTRE UNE AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE
ET LES ORGANISMES DE RÉGLEMENTATION,
Y COMPRIS LES ORGANISMES SECTORIELS; NOTIFICATION,
ENQUÊTE ET INTERDICTION DES FUSIONS INFLUANT
SUR DES MARCHÉS CONCENTRÉS**

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Page</u>
INTRODUCTION	4
I. PROJETS D'ÉLÉMENTS POUR L'ARTICLE 5: LES RELATIONS ENTRE LA POLITIQUE DE CONCURRENCE ET LA RÉGLEMENTATION	5
A. Promotion par les autorités chargées de la concurrence de la réglementation et de la réforme de la réglementation.....	5
B. Définition de la réglementation.....	5
C. Définition des obstacles réglementaires à la concurrence	5
D. Protection de l'intérêt général	5
II. COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 5.....	6
A. Promotion par les autorités chargées de la concurrence de la réglementation et de la réforme de la réglementation.....	6
1. Pourquoi les gouvernements prêtent-ils une attention particulière à l'exercice de certaines activités économiques?	6
2. Quel devrait être le rôle des autorités de la concurrence à l'égard de la réglementation?	10
B. Définition de la réglementation.....	11
C. Définition des obstacles réglementaires à la concurrence	12
D. Protection de l'intérêt général	13
1. Protection de l'intérêt général et réglementation	13
2. Réglementation, concurrence et collectivités locales	14
III. PROJETS D'ÉLÉMENTS POUR L'ARTICLE 6: NOTIFICATION, ENQUÊTE ET INTERDICTION DES FUSIONS INFLUANT SUR DES MARCHÉS CONCENTRÉS	18
A. Notification.....	18
B. Interdiction	18
C. Procédures d'enquête.....	18

TABLE DES MATIÈRES (*suite*)

	<u>Page</u>
IV. COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 6.....	19
A. Définitions.....	19
B. Notification et critères de notification	21
C. Types de concentrations.....	22

Encadrés

1. Droit et politique de la concurrence et réglementation.....	8
2. Principes d'efficience à suivre dans la réglementation pour supprimer les obstacles réglementaires à la concurrence	12
3. Autorités régionales et concurrence: le cas de l'Union européenne.....	14
4. Pourquoi instituer un contrôle des fusions?	20

INTRODUCTION

1. On se souviendra qu'au paragraphe 11 de sa résolution TD/RBP/CONF.5/16, la quatrième Conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives priait le secrétariat de préparer un nouveau chapitre de la loi type consacré aux relations entre une autorité chargée de la concurrence et les organismes de réglementation, y compris les organismes sectoriels. Un premier document (TD/B/COM.2/CLP/23) contenant des projets d'éléments pour un article nouveau, accompagnés de commentaires suggérant comment promouvoir la concurrence dans les services publics et les services d'infrastructure a été présenté au groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence à sa troisième session (2-4 juillet 2001). Cette note indiquait aussi comment promouvoir des gains d'efficacité par la mise en place d'un droit et d'institutions de la concurrence appropriés, comment protéger l'intérêt général dans les branches ouvertes à la concurrence et comment organiser les relations entre les autorités de la concurrence et les organismes de réglementation.
2. La présente note est une révision du document TD/B/COM.2/CLP/23 qui incorpore les observations formulées par des États membres à la troisième session du groupe intergouvernemental ou adressées par écrit avant le 31 janvier 2002, dont l'objectif est notamment de renforcer la protection de l'intérêt général au sein de branches ouvertes à la concurrence et d'organiser les relations entre les autorités de la concurrence et les organismes de réglementation eu égard en particulier aux collectivités locales ou régionales.
3. Les propositions présentées ici constituent le nouvel article 5 de la loi type et ses commentaires, regroupant des éléments provenant de divers articles du texte actuel de la loi type. Il est tenu compte dans l'article 5 d'un certain nombre de particularités structurelles propres aux économies de marché qui ne sont pas encore parvenues à maturité, et l'accent est mis essentiellement sur les moyens d'accroître l'efficacité des branches réglementées dans les pays en développement et les pays en transition.
4. Les «projets d'éléments pour l'article 5» et son commentaire intitulé «notification, enquête et interdiction des fusions influant sur des marchés concentrés» figurant dans la loi type deviennent des projets d'éléments pour l'article 6 et son commentaire. Ce dernier a été revu afin de tenir compte de l'évolution récente de la situation dans le domaine considéré.
5. Les experts sont invités à donner leur avis sur les modifications proposées, qui seront incorporées dans la version révisée de la loi type devant être finalisée en 2003.

I. PROJETS D'ÉLÉMENTS POUR L'ARTICLE 5: LES RELATIONS ENTRE LA POLITIQUE DE CONCURRENCE ET LA RÉGLEMENTATION

A. Promotion par les autorités chargées de la concurrence de la réglementation et de la réforme de la réglementation

6. Toute réglementation économique ou administrative émanant des pouvoirs publics, y compris les collectivités locales autonomes, ou d'organismes auxquels l'État a délégué des pouvoirs, surtout si elle a trait à des secteurs exploités par des branches de services d'infrastructure, devrait être soumise avant son adoption aux autorités de la concurrence pour examen suivant une procédure transparente, dès lors qu'elle limite l'indépendance et la liberté d'action des agents économiques et/ou crée des conditions discriminatoires ou, au contraire, avantageuses pour certaines entreprises – publiques ou privées – et/ou aboutit ou risque d'aboutir à une limitation de la concurrence et/ou une atteinte aux intérêts des entreprises ou des citoyens.

7. En particulier, les obstacles réglementaires à la concurrence que comporte la réglementation considérée devraient être évalués par les autorités de la concurrence dans une perspective économique, notamment pour des raisons d'intérêt général.

B. Définition de la réglementation

8. Le terme «réglementation» désigne les divers instruments par lesquels les pouvoirs publics, imposent des obligations aux entreprises et aux particuliers. Il recouvre donc les lois, les décrets, arrêtés et autres actes administratifs, les directives administratives moins formelles et les règles dérivées émanant des autorités publiques de tous les niveaux, mais aussi les règles édictées par les organismes non gouvernementaux ou les ordres et autres organismes professionnels autonomes auxquels l'État a délégué des pouvoirs réglementaires.

C. Définition des obstacles réglementaires à la concurrence

9. À la différence des obstacles structurels et des obstacles stratégiques à l'entrée, les obstacles réglementaires à l'accès au marché procèdent de textes édictés ou d'actes accomplis par l'État, les collectivités décentralisées et les organismes non gouvernementaux ou autonomes auxquels l'État a délégué des pouvoirs réglementaires. Ils comprennent les obstacles administratifs à l'accès au marché, les droits exclusifs et les agréments, licences et autres permis que les entreprises doivent obtenir pour exercer leur activité.

D. Protection de l'intérêt général

10. Indépendamment de leur nature ou de leur rapport avec le marché, certaines activités de services exercées par des entreprises privées ou publiques peuvent être considérées par le gouvernement comme des activités d'intérêt général. En conséquence, les prestataires de services d'intérêt général peuvent être assujettis à des obligations spécifiques, comme celle de garantir l'accès universel à divers types de services de qualité à des prix abordables. Ces obligations, qui relèvent de la réglementation sociale et économique, devraient être établies dans la transparence.

II. COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 5

11. Il est communément admis que la politique de la concurrence a globalement pour but de réduire à un minimum les pertes d'efficacité économique que les comportements anticoncurrentiels entraînent sur les marchés¹. Cette politique ne consiste pas seulement en l'application du droit de la concurrence, elle comprend aussi la libéralisation et la déréglementation des échanges commerciaux dans l'intérêt économique des consommateurs. Le droit et la politique de la concurrence sont destinés à régler les comportements non concurrentiels des entreprises, tandis que la déréglementation vise à réduire au minimum l'intervention de l'État qui fausse le jeu du marché. Le projet d'article 5 contient quatre éléments de définition concernant: le rôle de promotion des autorités chargées de la concurrence, la réglementation, les obstacles réglementaires à la concurrence et la protection de l'intérêt général.

A. Promotion par les autorités chargées de la concurrence de la réglementation et de la réforme de la réglementation

Toute réglementation économique ou administrative émanant des pouvoirs publics, y compris les collectivités locales autonomes, ou d'organismes auxquels l'État a délégué des pouvoirs, surtout si elle a trait à des secteurs exploités par des branches de services d'infrastructure, devrait être soumise avant son adoption aux autorités de la concurrence pour examen suivant une procédure transparente, dès lors qu'elle limite l'indépendance et la liberté d'action des agents économiques et/ou crée des conditions discriminatoires ou, au contraire, avantageuses pour certaines entreprises – publiques ou privées – et/ou aboutit ou risque d'aboutir à une limitation de la concurrence et/ou une atteinte aux intérêts des entreprises ou des citoyens.

En particulier, les obstacles réglementaires à la concurrence que comporte la réglementation considérée devraient être évalués par les autorités de la concurrence dans une perspective économique, notamment pour des raisons d'intérêt général.

12. Les éléments proposés soulèvent deux questions qui demandent à être traitées séparément.

1. Pourquoi les gouvernements prêtent-ils une attention particulière à l'exercice de certaines activités économiques?

13. Les gouvernements ont tendance à élaborer des règlements aussi larges que fouillés, en particulier pour les grandes branches de services d'infrastructure. Ces dernières, également dénommées «entreprises de service public» ou «services publics», assurent des activités indispensables aux consommateurs pour adopter les modes de vie modernes ou fournissent à de nombreuses composantes de l'économie nationale des moyens de production dont elles ne peuvent se passer comme l'électricité, le gaz, la production et la distribution d'eau, la gestion des déchets solides, les télécommunications, la télévision par câble, la distribution du courrier et les transports publics (aérien, routier ou ferroviaire)².

14. Si les gouvernements des pays en développement et des pays en transition aussi bien que des pays développés attachent une grande importance aux branches de services d'infrastructure, c'est essentiellement pour quatre raisons. Les conditions d'exploitation qu'ils leur imposent les distinguent des branches d'activité ordinaires de l'économie nationale, traditionnellement concurrentielles par quatre types de prescriptions: contrôle de l'accès, fixation ou plafonnement des prix, qualité et modalités de prestation du service (voir l'encadré 1).

15. La première raison de l'intérêt qu'ils leur portent est que ces branches de services sont d'une importance fondamentale pour la bonne tenue de l'économie du fait qu'elles alimentent tous les autres secteurs d'activité. Les conditions de leur exploitation et leur efficacité peuvent déterminer non seulement la productivité et la compétitivité d'un pays dans son ensemble, mais encore l'ordre social et même la stabilité politique si les consommateurs manifestent un mécontentement général. C'est leur nature même qui fait qu'elles ont souvent des obligations de service public ou universel à assumer, ce qui veut dire que les entreprises – publiques ou privées – qui en font partie sont tenues de fournir tel ou tel service même si la chose est antiéconomique pour elles. Les branches de services d'infrastructure risquent donc de ne pas être compétitives lorsqu'il existe des restrictions réglementaires à la concurrence pour l'activité considérée. Ces restrictions sont imposées pour des raisons diverses, mais, le plus souvent pour permettre à une entreprise de trouver par ailleurs une source de recettes lui assurant de quoi financer les activités et services non commerciaux que sa mission lui prescrit. À titre d'exemple, un opérateur postal national est souvent protégé contre la concurrence pour le courrier ordinaire, ce qui se justifie au motif que c'est nécessaire si l'on veut préserver le subventionnement croisé de la distribution des lettres dans des zones où elle coûte cher, comme les campagnes. Il s'ensuit que la réforme de ces secteurs qui sont indispensables à l'activité d'un pays et sont mis à l'abri de la concurrence pour des raisons d'ordre social et politique est souvent une question extrêmement politisée.

16. Deuxième raison, les activités de ces branches de services d'infrastructure ne peuvent être exercées que par un très petit nombre d'exploitants au niveau national; en d'autres termes, la plupart des administrations publiques, notamment locales (villes, provinces ou États fédérés, par exemple), ont affaire avec elles à un pouvoir de négociation très fort et très concentré. Dans de nombreux pays, l'État central ou les administrations locales ont décidé de prendre en main directement les services d'infrastructure.

17. La troisième raison, qui a un rapport avec la réglementation et la concurrence, est que ces services impliquent souvent des obstacles considérables à l'entrée ou à la sortie, tels les coûts irréversibles, qui sont irrécupérables une fois engagés. En particulier, l'ordre de succession des opérations est important en ce qui concerne la réglementation: souvent, il faut d'abord que soient effectués de gros investissements, qui laissent les investisseurs très engagés vis-à-vis du marché, et ce n'est que dans un deuxième temps que des rentes ou recettes se matérialiseront sur une période de plusieurs années. Cela signifie que, pour attirer des investissements privés spontanés, les auteurs du régime réglementaire doivent faire en sorte que celui-ci soit crédible et prévisible. Ce souci de crédibilité est fréquent chez les décideurs du Trésor. Assurer la crédibilité et la prévisibilité est l'une des tâches fondamentales de tout organisme de réglementation.

18. La quatrième et dernière raison expliquant que les gouvernements attachent beaucoup d'importance au secteur des services d'infrastructure tient aux effets que celui-ci a sur l'offre, les coûts et la demande, du fait qu'il n'est pas constitué d'une seule activité homogène, mais comprend un certain nombre de composantes distinctes, dont certains éléments ne sont pas à même de soutenir la concurrence, généralement à cause de la présence d'économies d'échelle – lorsqu'une seule entreprise, dans un domaine déterminé, peut répondre à la demande du marché avec plus d'efficacité que n'importe quelle combinaison de deux ou plusieurs entreprises. Cette entreprise qui ne peut pas soutenir la concurrence a d'ordinaire besoin d'un privilège ou droit exclusif d'utilisation d'un bien public appartenant à l'État et que celui-ci doit lui donner ou lui prêter. Une branche de services d'infrastructure peut aussi ne pas être capable

de soutenir la concurrence à cause de la présence d'«effets de réseau» ou d'«économies d'échelle du côté de la demande» – lorsque la demande des services d'une entreprise augmente avec la consommation de ces services³.

Encadré 1

Droit et politique de la concurrence et réglementation

Fondamentalement, le droit et la politique de la concurrence et la réglementation visent à défendre l'intérêt général contre le pouvoir des monopoles. Dans un cas comme dans l'autre, ils fournissent au gouvernement des outils pour atteindre cet objectif, mais ils se distinguent par leur portée et leur champ d'application et par leurs types d'intervention. Droit de la concurrence et réglementation ne sont pas identiques. Ils peuvent poser quatre problèmes d'interaction:

- *La réglementation peut contredire la politique de concurrence.* Des réglementations peuvent avoir encouragé, voire exigé, un comportement ou des conditions qui autrement seraient contraires au droit de la concurrence; elles peuvent par exemple avoir permis la coordination en matière de prix, empêché la publicité ou prescrit une répartition territoriale du marché. Il y a aussi les lois proscrivant les ventes à un prix inférieur au coût, qui sont censées promouvoir la concurrence, mais font souvent l'objet d'interprétations anticoncurrentielles, et la très vaste catégorie des réglementations qui restreignent la concurrence plus qu'il n'est nécessaire pour atteindre leurs objectifs. La modification ou l'abrogation de ces réglementations force les entreprises touchées à modifier leurs habitudes et à revoir leurs anticipations.
- *La réglementation peut remplacer la politique de concurrence.* Dans les monopoles naturels, la réglementation peut tâcher de juguler directement leur emprise sur le marché en fixant les prix (par leur plafonnement) et en contrôlant l'entrée et l'accès. Les progrès de la technologie et les changements intervenus dans d'autres institutions peuvent amener à reconsidérer le postulat fondamental sur lequel s'appuie la réglementation, à savoir que la politique et les institutions de la concurrence ne suffiraient pas à elles seules à prévenir l'apparition d'un monopole et l'exploitation d'une position de force sur le marché.
- *La réglementation peut reproduire le droit et la politique de la concurrence.* La réglementation et les autorités qui en sont chargées peuvent prévenir la coordination et les abus dans une branche d'activité, comme le font le droit et la politique de la concurrence. La réglementation peut, par exemple, imposer des normes de concurrence loyale ou des règles de passation des marchés pour garantir l'appel à la concurrence. Toutefois, les normes appliquées peuvent être différentes selon les organismes de réglementation, et des changements ou différences observés dans ces institutions peuvent révéler que des politiques apparemment similaires ont abouti en pratique à des résultats différents.
- *La réglementation peut recourir aux méthodes des institutions de la concurrence.* Les instruments destinés à permettre d'atteindre les objectifs réglementaires peuvent être conçus de manière à tirer parti des incitations du marché et de la dynamique de la concurrence. Une coordination peut se révéler nécessaire pour veiller à ce que ces instruments fonctionnent comme prévu dans le cadre des prescriptions du droit de la concurrence.

Sources: Rapport de l'OCDE sur la réforme de la réglementation, Paris, 1997; Commission européenne.

19. Dans l'optique particulière des pays en développement, il convient de souligner que, du fait de la structure du marché, la recherche de gains d'efficience par la réforme de la réglementation et l'ouverture des branches d'activité réglementées à la concurrence suscitent souvent de sérieuses préoccupations.

20. On a par exemple observé récemment et à plusieurs reprises qu'en Amérique du Sud la réforme des services publics avait été engagée sans qu'une évaluation du marché ait été envisagée avant la privatisation des participations de l'État dans le secteur des infrastructures, alors que les activités, réglementées et non réglementées, qui structuraient le marché étaient généralement logées à la même enseigne, par suite de l'intervention antérieure de l'État⁴. C'est aussi ce qui se passe actuellement dans les pays en développement d'Asie à mesure qu'ils se lancent dans la révision de leur réglementation. Dernièrement, par exemple, un représentant de la Papouasie-Nouvelle-Guinée soulignait que les restrictions imposées aux entreprises par la réglementation ou par le fait qu'elles sont la propriété de l'État constituent une entrave à la concurrence. Dans ce pays, les réglementations en vigueur ont été mises en place à une époque où l'on faisait davantage confiance à la réglementation, mais où l'on en mesurait moins bien les coûts:

«C'est le cas, par exemple, des monopoles accordés par la loi aux entreprises de service public, des arrangements d'organisation du marché de nombreux produits agricoles et des régimes de licences applicables à diverses activités professionnelles et professions libérales. Le Groupe de travail des services centraux va procéder à un examen des obstacles à l'entrée... Des réformes de structure s'imposeront sans doute pour démanteler les entreprises ayant sur le marché une position de force excessive qui risque d'entraver l'introduction d'une concurrence effective. Pour que la privatisation atteigne son objectif en améliorant l'efficience, il importe de commencer par mener à bien ces réformes structurelles. Cela exigera une double séparation structurelle – celle des fonctions réglementaires et des fonctions commerciales et celle des monopoles naturels et des activités qui pourraient soutenir la concurrence.»⁵.

21. Les exemples donnés par ce représentant de la Papouasie-Nouvelle-Guinée montrent bien que les préoccupations des pays en développement sont effectivement très proches de celles des pays développés. Dans ces derniers pays, la réglementation efficiente a toujours fait la distinction entre les segments du réseau qui pourraient soutenir la concurrence et les segments de la production et du commerce de détail généralement considérés comme des monopoles naturels qui ne le pourraient pas. Les segments potentiellement compétitifs sont, par exemple, les services à longue distance dans le secteur des télécommunications, la production dans celui de l'électricité et le transport dans celui des chemins de fer; au contraire, dans ces mêmes secteurs, la boucle locale, le réseau de transport et les voies, respectivement, ne le sont pas et demeurent d'ailleurs souvent réglementés après la réforme de la réglementation. Il est évident que l'absence de séparation effective entre les deux types de segment assure une position de force sur le marché aux entreprises qui exploitent les infrastructures de réseau. Cette emprise, exercée aux dépens des autres exploitants et des consommateurs, devrait être tenue en bride.

2. Quel devrait être le rôle des autorités de la concurrence à l'égard de la réglementation?

22. Du point de vue de la structure du marché, les autorités de la concurrence devraient être consultées lorsqu'un processus de réforme de la réglementation est engagé dans le cadre d'un programme de privatisations. Elles devraient se voir conférer par la loi le pouvoir d'imposer aux monopoles existants des mesures de démantèlement ou de limiter ou interdire les fusions qui portent atteinte aux structures concurrentielles du marché. Si ce n'est pas le cas, faute de ressources humaines par exemple, il faudrait leur ménager la possibilité de suggérer des mesures de démantèlement ou des contrôles des concentrations à une autorité exécutive qui, elle, possède ces pouvoirs⁶. Néanmoins, il est manifeste que le modèle dominant de distribution des rôles entre les autorités de la concurrence et les organismes de réglementation est rarement celui dans lequel les autorités de la concurrence remplacent purement et simplement les organismes de réglementation.

23. Cela dit, il est intéressant de voir quels sont actuellement les rapports entre les autorités chargées de la concurrence et les organismes de réglementation sectoriels dans la plupart des pays membres de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE). À une table ronde organisée récemment par le Comité du droit et de la politique de la concurrence de l'OCDE sur leurs rôles respectifs, les participants ont essayé de définir les principales questions que ceux-ci posent aux gouvernements⁷. Il ressort d'une étude du même sujet que l'intervention des autorités de la concurrence peut utilement stimuler le jeu de la concurrence lorsque des entreprises d'un secteur réglementé abusent de leurs privilèges au détriment des intérêts des consommateurs et de l'efficacité des entreprises qui font appel à leurs services réglementés. De la déréglementation, telle qu'elle s'est déroulée dans la plupart des pays développés, il y a surtout quatre observations à tirer:

- Il existe des régimes réglementaires spécifiques dans de nombreux secteurs de l'économie nationale dans les pays de l'OCDE; ils sont particulièrement répandus dans des secteurs comme les télécommunications, l'électricité, les chemins de fer et le gaz naturel, mais on en trouve aussi dans la radiodiffusion, l'aviation civile, la télévision par câble, les transports maritimes, les produits pharmaceutiques, les minéraux radioactifs, les boissons alcoolisées, les assurances, la banque, le transport interurbain par autobus et par camion, la distribution d'eau et bien d'autres encore.
- Il n'y a pas de modèle unique des relations entre les responsables des réglementations purement sectorielles et les autorités de la concurrence qui soit appliqué dans plusieurs, ni même, parfois, un seul pays, encore qu'un modèle particulier, la formule de la division du travail selon le mandat, soit apparemment un peu plus courant que les autres. Il est sûr en tout cas que les responsables des réglementations sectorielles devraient être séparés des entreprises ou entités réglementées et assumer l'obligation de rendre des comptes et celle de préserver leur indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif - indépendance qu'il faudrait d'ailleurs garantir par des changements institutionnels. Comme des représentants de la République de Corée l'ont indiqué récemment à plusieurs reprises, étant donné que l'application du droit de la concurrence dans différents secteurs peut être la source de contradictions, les organismes de réglementation devraient commencer par consulter les autorités de la concurrence et agir en coordination avec elles⁸.

- Dans les pays qui ont déréglementé un peu plus tôt que les autres, une démarche assez pragmatique paraît s'être dégagée, qui diffère en pratique d'un secteur à l'autre. Les pays qui se sont mis un peu plus tard à la libéralisation paraissent bien avoir procédé de manière plus systématique.
- La terminologie employée varie beaucoup selon les pays. Quelques-uns font une distinction entre réglementation technique, réglementation économique et application du droit de la concurrence, mais parfois, il semble que la «réglementation économique» englobe la «politique de concurrence». Dans quelques pays de l'OCDE, on constate aussi une tendance à employer les termes «réglementation économique» et «réglementation technique» comme s'ils étaient interchangeables.

B. Définition de la réglementation

Le terme «réglementation» désigne les divers instruments par lesquels les pouvoirs publics, imposent des obligations aux entreprises et aux particuliers. Il recouvre donc les lois, les décrets, arrêtés et autres actes administratifs, les directives administratives moins formelles et les règles dérivées émanant des autorités publiques de tous les niveaux, mais aussi les règles édictées par les organismes non gouvernementaux ou les ordres et autres organismes professionnels autonomes auxquels l'État a délégué des pouvoirs réglementaires.

24. Une réglementation peut viser différents types d'objectifs. La réglementation économique, la réglementation sociale et la réglementation administrative sont les principales catégories d'intervention des pouvoirs publics qui peuvent peser sur le marché. La *réglementation économique* est faite de prescriptions qui jouent directement dans les décisions concernant le marché comme la fixation des prix, la concurrence et l'entrée ou la sortie; la *réglementation sociale* recouvre les prescriptions qui protègent l'intérêt général dans des domaines comme la santé, la sécurité, l'environnement et la cohésion sociales; la *réglementation administrative*, enfin, englobe tous les documents et formalités à travers lesquels les pouvoirs publics recueillent de l'information et interviennent dans les décisions économiques individuelles. Lorsqu'elles arrêtent les principes de leur réglementation, les autorités de la concurrence devraient avoir la possibilité d'évaluer les effets éventuels de la réglementation envisagée du point de vue de l'efficacité (voir l'encadré 2).

Encadré 2

Principes d'efficience à suivre dans la réglementation pour supprimer les obstacles réglementaires à la concurrence

Les principes d'efficience devraient être intégrés aux processus internes d'élaboration des réglementations, tant en matière sociale et économique que pour les formalités administratives. Ils sont particulièrement utiles dans le cas de l'intégration économique régionale. Ce sont:

- *La non-discrimination, surtout sur le chapitre des normes.* Les produits et services similaires devraient bénéficier de l'égalité des chances dans la concurrence, quel que soit leur pays d'origine. Il faudrait faire reposer la réglementation technique sur des normes de performance au lieu de normes de conception et recourir à des taxes ou des permis négociables à la place de la réglementation. Lorsqu'il y a lieu et que c'est faisable, il faudrait fonder les réglementations internes sur les mesures harmonisées au niveau international.
- *Reconnaissance de l'équivalence des mesures réglementaires prises par les autres pays.* Lorsqu'il n'est pas possible, nécessaire ou souhaitable de recourir à des mesures harmonisées au niveau international, on peut réduire les effets négatifs que les disparités réglementaires et les systèmes d'évaluation de la conformité qui font double emploi créent sur les marchés internationaux en reconnaissant l'équivalence des mesures réglementaires prises par les partenaires commerciaux ou les résultats des évaluations de la conformité faites dans d'autres pays.

Source: Rapport de l'OCDE sur la réforme de la réglementation, Paris, 1997.

C. Définition des obstacles réglementaires à la concurrence

À la différence des obstacles structurels et des obstacles stratégiques, les obstacles réglementaires à l'accès au marché procèdent de textes édictés ou d'actes accomplis par l'État, les collectivités décentralisées et les organismes non gouvernementaux ou autonomes auxquels l'État a délégué des pouvoirs réglementaires. Ils comprennent les obstacles administratifs à l'accès au marché, les droits exclusifs et les agréments, licences et autres permis que les entreprises doivent obtenir pour exercer leur activité.

25. Les obstacles réglementaires à la concurrence sont les mesures prises par les administrations publiques (centrale ou fédérale et locales) ou par des organismes agissant en vertu d'une délégation de l'État, qui empêchent ou entravent le jeu effectif de la concurrence et qui, en dernière analyse, débouchent sur une perte de bien-être. On en trouve dans des activités aussi variées que les télécommunications, les services financiers (banque et assurances), les services professionnels aux entreprises (comptables, juristes, architectes, etc.) et le secteur de l'énergie (électricité, gaz), comme l'attestent de très nombreux écrits⁹. Ces mesures, qui peuvent avoir une incidence négative sur l'entrée sur le marché, la sortie du marché et le fonctionnement du marché, prennent toutes sortes de formes, notamment:

- Des restrictions à la concurrence, en instituant des normes et critères peu courants qui se ramènent à des obstacles à l'entrée ou en empêchant les entreprises étrangères de s'engager dans la concurrence sur le marché national;
- La mise hors-jeu de la concurrence, en éliminant ou en excluant certaines activités du champ d'application des lois sur la concurrence¹⁰;
- La création de distorsions faussant la concurrence, lorsque, par exemple, des interventions artificielles des pouvoirs publics modifient la position concurrentielle de certaines entreprises (par des décisions arbitraires en matière de politique de passation des marchés publics, notamment).

26. Les obstacles réglementaires à la concurrence n'ont pas uniquement trait à l'accès au marché, ils peuvent aussi empêcher la sortie du marché, par l'octroi de subventions publiques ou par l'octroi ou la prorogation de droits monopolistes, par exemple. De plus, ils peuvent rendre plus difficile la réaffectation de ressources d'un secteur ou d'un segment du marché à un autre. Ils peuvent être considérés comme des obstacles à la mobilité, qui empêchent le transfert de ressources dans des secteurs ou segments plus efficaces et se soldent finalement par une perte d'efficacité dans l'allocation des ressources.

D. Protection de l'intérêt général

Indépendamment de leur nature ou de leur rapport avec le marché, certaines activités de services exercées par des entreprises privées ou publiques peuvent être considérées par le gouvernement comme des activités d'intérêt général. En conséquence, les prestataires de services d'intérêt général peuvent être assujettis à des obligations spécifiques, comme celle de garantir l'accès universel à divers types de services de qualité à des prix abordables. Ces obligations, qui relèvent de la réglementation sociale et économique, devraient être établies dans la transparence.

27. En élaborant leur cadre réglementaire, plusieurs pays ont jugé nécessaire de protéger l'«intérêt» général. Cette responsabilité est généralement déléguée à différents types d'autorités ou d'entités publiques. Parmi ces entités, des administrations locales peuvent intervenir dans le fonctionnement du marché concerné à plusieurs égards. Le rôle des collectivités locales devrait donc être analysé dans le cadre de l'interaction de la réglementation et de la concurrence¹¹.

1. Protection de l'intérêt général et réglementation

28. La protection de l'intérêt général est l'élément sur lequel repose le plus souvent la réglementation. Dans les cas où il aura été constaté que le libre jeu de la concurrence ne peut pas donner ou ne donne pas de résultats suffisants en ce qui concerne la qualité, la régularité, le caractère abordable, la desserte territoriale et la sécurité des services d'intérêt général, ordinairement assurés par le secteur des services d'infrastructure, les gouvernements devraient avoir la faculté d'imposer des réglementations non discriminatoires et transparentes à tous les opérateurs du marché, en les forçant à respecter certaines normes aussi longtemps qu'ils y interviennent. Cette manière de garantir la fourniture des services présentant un intérêt économique général sans nuire à la concurrence a fait l'objet de recherches et d'études

approfondies au sein de l'Union européenne, à l'occasion de la préparation de textes destinés à libéraliser divers secteurs de l'économie¹².

2. Réglementation, concurrence et collectivités locales

29. Dans les États où la division des pouvoirs entre les autorités fédérales et les États fédérés ou les autorités régionales est poussée, les réglementations locales sont souvent invoquées par des opérateurs pour se protéger contre l'application du droit de la concurrence. Des entreprises peuvent ainsi demander aux autorités locales à bénéficier d'une réglementation spéciale, voire de subventions. Dans le cadre de la réforme réglementaire menée dans plusieurs pays membres de l'OCDE, y compris au Mexique et en Espagne, il a souvent été souligné que les réglementations locales entravant le commerce interétatique sont en fait soumises au contrôle des autorités fédérales de la concurrence¹³. Sous certaines conditions, le Traité sur l'Union européenne soumet les entreprises dotées de droits spéciaux et/ou exclusifs et recevant des subventions nationales, régionales ou locales au contrôle de la Commission européenne, qui est chargée de faire appliquer les règles de la concurrence. Ce système mérite d'être étudié car il aborde plusieurs questions relatives à l'intégration économique régionale et à l'interaction entre la réglementation et la concurrence (voir l'encadré 3).

Encadré 3

Autorités régionales et concurrence: le cas de l'Union européenne

L'Union européenne (UE) a été créée récemment en vertu du Traité de Maastricht en date du 7 février 1992. Toutefois, les principales dispositions régissant la concurrence ont été arrêtées bien avant dans le Traité de Rome daté du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne (CEE), qui est désormais appelée Communauté européenne et qui fait partie intégrante de l'Union européenne. Suite à l'adoption du Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997, qui a modifié le Traité de Maastricht, toutes les dispositions initiales du Traité de Rome ont été renumérotées depuis peu, y compris celles relatives à la concurrence.

Le Traité de Rome instituant la Communauté économique européenne (CEE) stipulait à l'article 3 f) de sa version de 1957 – article 3 g) de la version consolidée de 1997 – que la Communauté devait établir «un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun». Par ailleurs, la référence explicite faite aux règles de la concurrence a eu un impact considérable et durable sur le processus de prise de décisions de la Commission, du Tribunal de première instance (tribunal d'appel des décisions de la Commission, notamment en matière d'application du droit de la concurrence) et de la Cour de justice européenne (Cour suprême européenne), qui ont souvent interprété les règles de la concurrence en se fondant sur l'article 3 g).

Désormais, les règles de la concurrence de l'UE sont contenues dans les dispositions des articles 31 (ex-article 37), 49 à 55 (ex-articles 59 à 66) et 81 à 89 (ex-articles 85 à 94). Nous verrons plus tard qu'en matière de réglementation et de déréglementation, il convient d'accorder une attention particulière aux articles 86 et 95.

Principes de l'intégration des marchés

Les articles 31 et 49 à 55 sont souvent oubliés lorsque les principes de la concurrence de l'Union européenne sont présentés alors que l'intégration des marchés doit être considérée comme complémentaire aux dispositions des articles 81 à 89 qui visent à instaurer un cadre concurrentiel au sein du marché unique européen. Les articles 31 et 49 à 55 ont respectivement trait à la réglementation des monopoles nationaux et à la libre circulation des services ainsi qu'aux réglementations nationales qui entravent la libre circulation de ces services: une entreprise manufacturière ou prestataire de services d'infrastructure peut ne pas être en mesure de prendre pied sur un marché donné pour de nombreuses raisons autres que le comportement anticoncurrentiel des entreprises privées ou publiques présentes – par exemple, si la réglementation nationale est discriminatoire à l'égard des opérateurs non nationaux ou leur ferme le marché national. En outre, étant donné que les marchés publics représentent environ 11 % du PIB de l'Union européenne, à l'initiative de la Commission, le Conseil des ministres de l'UE a établi un certain nombre de «directives» qui ont trait aux politiques de passation de marchés publics des États membres qui pourraient être discriminatoires à l'égard d'entreprises établies dans d'autres États membres et visent à ouvrir ces marchés à une procédure paneuropéenne d'appel d'offres.

Les articles 81 à 89 du Traité de Rome sont mieux connus que la plupart des autres articles. Les articles 81 et 82 contiennent les dispositions antitrust interdisant respectivement les accords anticoncurrentiels et les abus de position dominante; ils ont le même objet que les chapitres 1 et 2 de la loi Sherman (*Sherman Act*) aux États-Unis. Ces articles s'appliquent essentiellement au comportement anticoncurrentiel des entreprises privées.

Réglementation de l'infrastructure

En ce qui concerne les liens entre la politique de concurrence et la réglementation sectorielle, l'article 82 a été utilisé en conjonction avec l'article 86 pour lutter contre les comportements anticoncurrentiels des entreprises – privées et publiques – qui fournissent des services d'infrastructure. L'article 86 peut être considéré comme un instrument clef en vue de renforcer l'intégration du marché unique dans les branches de services d'infrastructure. Au sein de l'UE, le cadre réglementaire est essentiellement régi par les dispositions de l'article 86 (ex-article 90) du Traité de Rome modifié, où est défini le principe de la libéralisation. La Commission est chargée de faire respecter cet article, dont les dispositions étendent l'application du droit de la concurrence aux entreprises privées et aux entreprises auxquelles sont accordés des droits spéciaux ou exclusifs (c'est-à-dire jouissant d'un monopole pour assurer un service dans l'«intérêt économique général»). Les États membres ne peuvent accorder à ces entreprises, qu'elles soient publiques ou privées, des droits ou maintenir des réglementations («mesures» selon la formulation juridique de l'Union européenne) qui puissent entraver les règles de la concurrence inscrites dans le Traité de Rome. L'objectif du principe de concurrence figurant dans l'article 86 est de renforcer l'intégration économique européenne en supprimant les droits accordés à des monopoles à condition que cela ne soit pas contraire aux engagements des États membres et de la Communauté européenne en matière de services d'intérêt économique général.

Au cours des 10 dernières années, la Commission européenne, qui est chargée de l'application du Traité, a adopté une série de décisions et de réglementations supprimant les obstacles juridiques à l'entrée dans les États membres pour les branches de services d'infrastructure tout en appliquant les règles de la concurrence aux entreprises opérant dans ces secteurs dès lors que l'intérêt général était préservé.

Pour définir la notion d'«intérêt général», la Commission a expliqué dans ses Principes directeurs en 1996 que l'extension des règles de la concurrence n'irait pas à l'encontre des obligations de service public susceptibles d'être imposées par les autorités publiques à des entités – publiques ou privées – qui assurent ces services dans le souci de protéger la cohésion économique et sociale, l'environnement, la planification et la promotion des intérêts des consommateurs ainsi que l'utilisation des sols.

En outre, le principe d'ouverture à la concurrence ou de «libéralisation» inscrit dans l'article 86 est complété par le principe d'«harmonisation» figurant dans le long et complexe article 95 (ex-article 100-A) qui traite des questions de procédure. Les dispositions de cet article visent à rapprocher les législations des États membres, c'est-à-dire à les «harmoniser» en établissant des procédures par lesquelles la Commission et le Conseil des ministres de l'Union européenne peuvent adopter des «directives» pour imposer aux États membres la suppression d'obstacles à la poursuite de la construction et de l'intégration du marché intérieur.

Plus précisément, pour les branches de services d'infrastructure, le principe de l'harmonisation suppose que la Commission puisse proposer au Conseil des ministres les conditions dans lesquelles les États membres seraient tenus de modifier ou d'«harmoniser» leur réglementation sectorielle pour s'intégrer davantage au marché européen. Si, pour faire appliquer l'article 86, la Commission semble essentiellement examiner au cas par cas le comportement d'États ou d'entreprises dotées de droits spéciaux ou exclusifs, en ce qui concerne l'article 95, elle a davantage d'initiative et doit organiser un cadre harmonisé de règles qui inspire confiance aux entreprises et aux investisseurs sur le marché intérieur et permette de réaliser un marché unique unifié pour les entreprises de services d'infrastructure.

Subventions publiques

Enfin, il convient de souligner que les articles 87 à 89 confèrent à la Commission le pouvoir de statuer sur les aides accordées par les États qui pourraient fausser la concurrence sur le marché unique européen. C'est la première fois qu'un organisme réglementant la concurrence a le pouvoir d'interdire à des États de fausser la concurrence. Même si des dérogations sont prévues, les aides autorisées sont contrôlées de manière publique et transparente par la Commission, laquelle a développé une jurisprudence importante en la matière.

L'article 87 1) stipule que «sauf dérogations prévues par le présent traité, sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions». L'article 87 3) confère néanmoins à la Commission le pouvoir d'analyser et d'autoriser d'autres aides – par exemple, des aides destinées à favoriser le développement économique de régions dans lesquelles le niveau de vie est anormalement bas

ou dans lesquelles sévit un grave sous-emploi, à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre. De même, l'article 87 2) précise que les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels et les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou d'autres événements extraordinaires sont compatibles avec le marché commun.

En ce qui concerne les aides accordées par les États, l'article 88 est intéressant à un autre titre: il décrit en effet la procédure qui sera examinée de manière plus détaillée dans la section suivante. Aux termes de cet article, la Commission peut décider – décision publiée au journal officiel de l'Union européenne – qu'une aide accordée par un État qu'elle juge incompatible avec le marché commun doit être supprimée ou modifiée. Si l'État membre en cause ne se conforme pas à cette décision dans le délai imparti, la Commission ou tout autre État membre peut saisir directement la Cour de justice grâce à une procédure simplifiée et accélérée. Le remboursement des aides abusivement accordées peut alors être exigé. En outre, la Commission doit être informée, en temps utile pour présenter ses observations, des projets tendant à instituer ou à modifier des aides; l'État membre intéressé ne peut mettre à exécution les mesures projetées avant que cette procédure ait abouti à une décision finale. En d'autres termes, le Traité de Rome a dû organiser un transfert considérable de souveraineté pour résoudre les problèmes soulevés par l'intervention directe des pouvoirs publics dans l'économie; l'entrée en vigueur en 1999 d'une réglementation procédurale des aides accordées par l'État a été un succès important. Cette réglementation modifie les règles de procédure et les rend transparentes, ce qui accroît la certitude sur le plan juridique. La Commission peut réellement obliger les États membres à exiger le remboursement provisoire des aides accordées illégalement. Elle fixe aussi des délais pour que les États membres respectent ses décisions. D'autres améliorations sont en chantier: réglementation des exemptions par catégorie, registre public, tableau de bord permettant de suivre l'évolution des aides accordées par chaque État membre, la pression des autres États membres renforçant les instruments juridiques d'application.

Source: Commission européenne.

III. PROJETS D'ÉLÉMENTS POUR L'ARTICLE 6: NOTIFICATION, ENQUÊTE ET INTERDICTION DES FUSIONS INFLUANT SUR DES MARCHÉS CONCENTRÉS

A. Notification

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

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

B. Interdiction

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

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

C. Procédures d'enquête

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

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

communiquent des documents et des attestations, étant entendu que les parties ne pourront bénéficier de ce délai supplémentaire si leur réponse est communiquée tardivement.

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

IV. COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 6

Les fusions, rachats, coentreprises ou autres formes de prise de contrôle¹⁴, y compris les directions imbriquées, de caractère horizontal, vertical ou hétérogène doivent être notifiés lorsque:

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

A. Définitions

35. La concentration de la puissance économique s'opère notamment par voie de fusions, rachats, coentreprises et autres formes de prise de contrôle, comme les directions imbriquées. La fusion est l'union, en une seule et même entreprise, de deux entreprises ou plus, dont l'une ou plusieurs perdent leur identité. Le rachat d'une entreprise par une autre suppose habituellement que la seconde achète la totalité des actions de la première ou un pourcentage suffisant pour pouvoir exercer le contrôle et il peut avoir lieu sans le consentement de l'entreprise absorbée. Une coentreprise suppose la création d'une entreprise distincte par deux ou plusieurs entreprises.

36. Ces prises de contrôle pourraient parfois entraîner une concentration de la puissance économique qui peut être horizontale (par exemple, absorption d'un concurrent), verticale (par exemple, entre des entreprises dont l'activité se situe à des stades différents du circuit de fabrication et de distribution) ou hétérogène (entre des entreprises appartenant à des branches différentes d'activité). Dans certains cas, les concentrations sont à la fois horizontales et verticales, et les entreprises intéressées peuvent être originaires d'un seul ou de plusieurs pays. L'encadré 4 énumère les principales raisons pour lesquelles un contrôle des fusions doit être institué.

Encadré 4

Pourquoi instituer un contrôle des fusions?

Certains pays dotés de petits marchés estiment que le contrôle des fusions est inutile car ils ne souhaitent pas empêcher la restructuration d'entreprises s'efforçant d'obtenir une «masse critique» qui leur permettra d'être compétitifs sur les marchés mondiaux. D'autres pays estiment que le fait d'avoir un «champion national» même en abusant d'une position de monopole sur le marché intérieur pourrait leur permettre d'être compétitifs à l'étranger sur des marchés tiers. On peut faire valoir deux objections à l'encontre de ces positions. Premièrement, il arrive souvent que des monopoles bénéficient de leur «rente de monopole» sans devenir plus compétitifs à l'étranger, au détriment des consommateurs nationaux et en fin de compte du développement de l'économie dans son ensemble. Deuxièmement, si le marché local est ouvert à la concurrence des importations ou des investissements étrangers directs, le marché mondial pourrait être soumis au critère du contrôle des fusions, et le fournisseur national unique pourrait de toute façon être autorisé à procéder à des fusions. Il convient aussi de noter que l'interdiction d'un cartel, tout en étant dans l'impossibilité d'agir contre les membres du cartel s'ils procèdent à des fusions, est injustifiée. En outre, en s'abstenant d'instituer un système de contrôle des fusions, un pays d'accueil se prive des pouvoirs de mettre en cause des fusions et des acquisitions par des entreprises étrangères qui pourraient avoir des effets préjudiciables sur le territoire national.

D'une manière générale, le contrôle des fusions tend à prévenir la création, par des acquisitions ou d'autres regroupements structurels, d'entreprises qui voudront peut-être et pourront exercer une position de force sur le marché. Les fusions dans des marchés exceptionnellement concentrés, ou qui créent des entreprises dotées de parts de marché extrêmement élevées, risqueraient davantage de fausser la concurrence.

Suivant le degré d'expérience de l'administration de la concurrence et d'une juridiction à l'autre, le critère de la légalité d'une fusion procède des lois sur l'exercice d'une position dominante ou l'application de restrictions ou doit être fondé sur un principe distinct établi et conçu en fonction des mesures de l'effet réel ou potentiel sur la concurrence et le processus concurrentiel. Dans les versions antérieures de la loi type, le contrôle des fusions avait donc été inclus dans les projets d'éléments pour les articles sur l'abus d'une position dominante.

La plupart des systèmes de fusions appliquent une certaine forme de critère de parts de marché, soit pour orienter les enquêtes ou en tant que présomption sur la légalité des fusions. La plupart des systèmes définissent des procédures de notification préalable aux organes d'exécution avant la réalisation effective des opérations plus importantes et plus étendues, et des processus spéciaux pour entreprendre des enquêtes accélérées, afin que les problèmes puissent être recensés et réglés avant que la restructuration puisse être entreprise lorsque la fusion est réalisée.

L'analyse du contrôle des fusions comprend les aspects suivants:

- Définition du marché considéré sur une base géographique ou en fonction des produits;

- Caractérisation des produits qui sont ou peuvent être en concurrence;
- Entreprises qui pourraient être en concurrence;
- Parts relatives et importance stratégique de ces entreprises par rapport aux marchés des produits;
- Possibilité de l'arrivée de nouveaux concurrents et existence d'obstacles effectifs à la venue de nouveaux concurrents.

B. Notification et critères de notification

37. De nombreux États (par exemple, les États-Unis et l'Union européenne) ont institué un système de notification pour le contrôle des fusions et autres types de prise de contrôle avant que la fusion ne soit chose faite. Certains pays ont maintenu un système obligatoire de notification après la réalisation effective de la fusion et quelques pays n'ont soumis le contrôle des fusions qu'à un processus de notification volontaire. Une liste des pays relevant de ces trois catégories figure dans un tableau de l'annexe 2. Dans la plupart des pays, la notification n'est obligatoire que lorsque les entreprises en cause ont atteint, ou sont susceptibles d'atteindre, un certain degré de concentration. Les tableaux de l'annexe 3 donnent des exemples détaillés des seuils de déclenchement des systèmes de notification obligatoire (*ex ante* et *ex post*) ou volontaire dans un certain nombre de pays ainsi que des indications sur l'ensemble du système de contrôle des fusions de certains pays développés et en développement et de pays en transition.

38. Les principaux indicateurs retenus pour juger du degré de concentration de la puissance économique sont les parts de marché, le chiffre d'affaires annuel total, le nombre de salariés et le total des actifs. D'autres éléments de jugement interviennent aussi, dont la structure générale du marché, le degré existant de concentration du marché, les obstacles à l'implantation de nouveaux venus et la position concurrentielle des autres entreprises sur le marché considéré, ainsi que les avantages dont les entreprises intéressées bénéficient déjà et ceux qu'elles retireraient de l'acquisition envisagée. Il importe de noter que les systèmes d'autorisation ne visent nullement à dissuader les entreprises de se lancer dans des activités favorables à la concurrence. Dans l'Union européenne, l'obligation de notifier une concentration dépend du chiffre d'affaires global au niveau mondial, au niveau de la Communauté ou au niveau national des entreprises considérées¹⁵.

39. Par exemple, en 1989, l'Union européenne a adopté une vaste réglementation relative au contrôle des fusions dans son règlement n° 4064/89. Ce règlement a été très largement modifié en 1997. Le règlement relatif aux fusions repose sur le principe du guichet unique: une fois que l'opération a déclenché l'exercice des pouvoirs de l'administration européenne de la concurrence (par exemple la Commission européenne par l'intermédiaire de sa Direction générale de la concurrence), les administrations nationales de la concurrence des États membres ne peuvent appliquer leurs propres lois sur la concurrence à l'opération (sauf dans des circonstances très limitées). L'application de ce principe vise à renforcer la sécurité des entreprises à l'égard des opérations internationales (qui, s'il en était autrement, pourraient relever de multiples autorités nationales chargées du contrôle des fusions). Ce principe du guichet unique a été renforcé par la modification de ce règlement, qui a été adoptée en vue de réduire la nécessité pour les milieux

d'affaires de présenter des demandes multiples d'autorisation auprès des organes nationaux de contrôle des fusions.

40. Jusqu'au 1^{er} mars 1998, le règlement exigeait la notification de toutes les fusions ou acquisitions entre entreprises ayant un chiffre d'affaires global de 5 milliards d'euros, chacune réalisant un chiffre d'affaires d'au moins 250 millions d'euros dans la Communauté européenne, sauf si chacune des parties réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires global au niveau de la Communauté dans un seul et même État. Depuis le 1^{er} mars 1998, le règlement relatif aux fusions a aussi été appliqué aux plus petites concentrations qui ont des effets importants dans au moins trois États membres. Le règlement s'applique aux concentrations lorsque le chiffre d'affaires global des parties au niveau de la Communauté est supérieur à 2,5 milliards d'euros, et lorsque le chiffre d'affaires de chacune de deux parties au moins au niveau de la Communauté est supérieur à 100 millions d'euros et lorsque dans chacun de trois États membres au moins, le chiffre d'affaires global de toutes les parties dépasse 100 millions d'euros et, dans chacun des États membres qui viennent d'être mentionnés, le chiffre d'affaires de chacune de deux parties au moins est supérieur à 25 millions d'euros, sauf si chacune des parties réalise les deux tiers de son chiffre d'affaires global au niveau de la Communauté dans un seul et même État membre.

41. Ces opérations doivent être notifiées et elles sont suspendues pendant quatre mois si une enquête est ouverte. Il est rare que des sociétés s'abstiennent de respecter l'obligation de notification: par exemple dans l'Union européenne, au cours de 10 années d'application du règlement, la Commission n'a pour la première fois infligé une sanction financière à une entreprise pour défaut de notification d'une concentration dans les délais prescrits qu'en 1998¹⁶. Les fusions qui n'atteignent pas le seuil indiqué peuvent encore être soumises au contrôle des autorités nationales des États membres¹⁷. Il y a également des exceptions qui peuvent, le cas échéant, ramener une fusion dans le domaine de compétence d'un État membre¹⁸.

C. Types de concentrations

42. La prise de contrôle de caractère horizontal est manifestement le genre d'opération qui contribue le plus directement à la concentration de la puissance économique et qui est le plus propre à créer une position dominante de force sur le marché et, partant, à réduire ou à supprimer la concurrence¹⁹. C'est pourquoi la législation en matière de pratiques commerciales restrictives, dans de nombreux pays développés et en développement, institue un contrôle rigoureux sur la fusion ou l'intégration d'entreprises concurrentes. De fait, l'un des objets principaux de la législation antimonopole est de maîtriser l'expansion du pouvoir de monopole, qui est souvent le résultat direct de l'intégration de concurrents en une seule entité. Les prises de contrôle de caractère horizontal peuvent aussi se produire par des moyens autres que les fusions: rachats, coentreprises ou directions imbriquées. L'intégration horizontale, même entre petites entreprises, si elle ne fausse pas nécessairement la concurrence sur le marché, peut néanmoins créer des conditions propres à déclencher une concentration plus poussée de la puissance économique et l'apparition d'oligopoles.

43. Quand la prise de contrôle se fait par la création d'une coentreprise, il convient d'abord d'établir si l'accord est du type proscrit par les projets d'éléments pour l'article 3 et comporte des clauses de répartition des marchés ou est de nature à conduire à une répartition des ventes et de la production.

44. La prise de contrôle de caractère vertical concerne des entreprises situées à des stades différents du circuit de production et de distribution et risque d'avoir un certain nombre d'effets négatifs. Par exemple, un fournisseur qui fusionne avec un client ou l'absorbe peut étendre sa mainmise sur le marché en fermant un débouché effectif ou virtuel aux produits de ses concurrents. En absorbant un fournisseur, un client peut, de la même façon, limiter l'accès de ses concurrents aux approvisionnements.

45. La prise de contrôle de caractère hétérogène, unissant des sociétés qui ne sont ni des concurrents ni des entreprises ayant un lien vertical (c'est-à-dire aux activités tout à fait différentes), est beaucoup plus difficile à maîtriser, car, selon toute apparence, son existence ne devrait pas modifier la concurrence sur les marchés. L'élément le plus important à prendre en considération est dès lors le surcroît de puissance financière que l'opération donnera aux parties en cause. Un renforcement considérable de la puissance financière du nouvel ensemble pourrait élargir son champ d'action et son pouvoir vis-à-vis des concurrents effectifs ou virtuels à la fois de l'entreprise absorbée et de l'entreprise acquéreur, surtout si l'une ou l'autre, ou les deux, occupent une position dominante sur le marché²⁰.

46. Dans plusieurs affaires récentes examinées au sein de l'Union européenne, les concentrations envisagées ont été considérées comme produisant des effets anticoncurrentiels. Cela est le cas lorsqu'une série de conditions sont remplies, à savoir lorsque les fusions permettent de renforcer la position sur le marché par effet de levier au point d'empêcher l'entrée de concurrents, réduisant ainsi le choix des consommateurs et, en fin de compte, entraînant une perte de bien-être. Au départ, l'existence d'une position forte sur le marché en cause est nécessaire pour que soient possibles, probables et rentables des effets de levier. La complémentarité des produits concernés est également importante. Lorsque les produits sont complémentaires et peuvent se substituer facilement les uns aux autres (par exemple, les spiritueux et les boissons), les possibilités d'effet de levier sont plus grandes car ces produits complémentaires sont vendus aux mêmes types de consommateurs et sont considérés par ces derniers comme essentiels. En 2001, la Commission européenne a ainsi pris la décision, qui a fait grand bruit, d'interdire la fusion entre GE et Honeywell. Dans cette affaire, qui n'avait toujours pas fait l'objet d'une publication officielle en juin 2002, la Commission a estimé que la fusion envisagée aurait regroupé une entreprise dominante sur un marché et le principal fournisseur (qui n'occupait pas nécessairement une position dominante) sur un autre marché. Selon elle, «le regroupement des activités des deux sociétés aurait entraîné la création de positions dominantes sur les marchés de la fourniture de produits avioniques, non avioniques et de réacteurs pour avions d'affaires, ainsi que le renforcement des positions dominantes existantes de GE en matière de réacteurs pour avions commerciaux de grande capacité et gros porteurs régionaux»²¹. Le risque d'effet de levier existant aussi dans l'affaire Tetra Laval/Sidel, la Commission a interdit la fusion envisagée. Dans cette affaire, Tetra Laval, l'acquéreur, occupait une position dominante sur le marché des emballages en carton alors que Sidel, l'entreprise acquise, était le principal fournisseur sur le marché connexe des emballages en plastique PET. Même si les deux marchés étaient considérés comme distincts, ils étaient perçus comme étroitement liés par les consommateurs des produits concernés. La Commission européenne a estimé que la nouvelle entité pourrait profiter de sa position dominante sur le marché des emballages en carton pour acquérir une position dominante sur celui des emballages plastiques, les fabricants de boissons souhaitant utiliser de manière croissante ces deux types d'emballage pour leurs produits. En conséquence, dans la mesure où les clients

de Tetra Laval étaient souvent liés par des accords d'achat exclusif à long terme, la nouvelle entité serait en position idéale pour inciter ses clients à acheter non seulement des emballages en carton, mais aussi des emballages plastiques. Sachant quelles avaient été les pratiques dans ce secteur, la Commission a considéré que la nouvelle entité serait inéluctablement tentée de lier et de grouper les commandes de ses clients²².

47. Toute prise de contrôle par fusion, rachat ou autres moyens, où intervient une société transnationale, devrait être examinée de près dans tous les pays où la société opère, car ce genre d'opération, qu'il ait lieu uniquement à l'intérieur d'un même pays ou à l'étranger, peut avoir des effets directs ou indirects sur les activités d'autres unités de l'entité économique considérée.

48. En Australie, par exemple, un texte portant modification de la loi de 1986 sur les pratiques commerciales, afin de la renforcer et de la rendre plus efficace, en a étendu le champ d'application aux fusions opérées hors frontières par des sociétés étrangères ayant des filiales en Australie. Aux termes du premier alinéa de l'article 50 A, le tribunal peut, à la demande du ministre, de la Commission ou de toute autre personne, constater que la personne détenant, à la suite de l'acquisition d'une société à l'étranger, une participation majoritaire (au sens de l'alinéa 8 de l'article 50 A) dans une ou plusieurs sociétés, dominerait ou risquerait de dominer un marché important de biens ou de services en Australie, et que cette acquisition ne servira pas l'intérêt public. L'expression «marché important de biens ou de services» est utilisée pour bien montrer que la disposition s'applique uniquement aux marchés d'une ampleur analogue à celle des marchés visés par l'article 50.

49. Des exemples intéressants de décision prise contre des fusions opérées hors des frontières nationales, mais ayant des effets sur le territoire national, sur lesquelles l'Office fédéral allemand des cartels a eu à statuer, sont ceux des affaires Bayer/Firestone et Phillip Morris/Rothmans²³. Il est à noter que plusieurs cas de pratiques commerciales restrictives ayant eu des incidences dans plusieurs pays se sont produits, qui ont donc été examinés par diverses autorités nationales. Par exemple, en 1998, 14 affaires concernant plusieurs autorités nationales de l'UE ont été ratifiées à la Commission européenne. Les cas des fusions Gillette/Wilkinson et de Boeing/McDonnell Douglas sont à cet égard particulièrement éloquents²⁴.

50. Il y a directions imbriquées quand une personne est membre du conseil d'administration de deux entreprises ou plus, ou quand les représentants de deux entreprises ou plus font partie du conseil d'administration d'une même entreprise. Il peut y avoir direction imbriquée entre sociétés mères, entre la société mère d'une entreprise et une filiale d'une autre société mère, ou entre filiales de sociétés mères différentes. En général, cette situation résulte d'une interdépendance financière et de participations croisées.

51. Les directions imbriquées peuvent influencer la concurrence de diverses façons. Elles peuvent aboutir à un contrôle administratif tel que les décisions d'investissement et de production conduisent en fait à l'élaboration, entre les entreprises, de stratégies communes en matière de prix, de répartition des marchés et autres activités concertées visées à l'article 3. Les directions imbriquées verticalement sont de nature à entraîner une intégration verticale des activités, par exemple, entre fournisseurs et clients, à décourager l'expansion vers des secteurs concurrentiels et à favoriser des accords de réciprocité entre les entreprises. Les liens entre les organes directeurs d'entreprises financières et de sociétés non financières

peuvent être à l'origine de conditions de financement discriminatoires à l'égard des concurrents et faciliter les prises de contrôle de caractère vertical-horizontal ou hétérogène²⁵.

52. Il importe de noter que l'imbrication des directions, si elle n'est pas soumise à un contrôle efficace, peut être un moyen de tourner une législation bien conçue et rigoureusement appliquée en matière de pratiques commerciales restrictives²⁶. Les États souhaiteront donc peut-être envisager de rendre obligatoire la notification des directions imbriquées et de les assujettir à une approbation préalable, que l'imbrication unisse des entreprises concurrentes ou qu'elle soit verticale ou hétérogène.

Notes

¹ N. Muhammad, *Promoting competition in Regulated Sectors or State Enterprises and the Role of Government on Monopoly Practices in Indonesia*. Fifth APEC/PFP Course on Competition Policy, Bangkok, mars 2001.

² Il ressort des travaux d'une table ronde de l'OCDE, organisée récemment par son Comité du droit et de la politique de la concurrence, que l'on trouve aussi des régimes réglementaires spécifiques dans les secteurs de la radiodiffusion, de la télévision par câble, de l'aviation civile, des transports maritimes, des produits pharmaceutiques, de la banque, des transports interurbains par autobus et par camion, entre autres. Voir OCDE «Autorités de la concurrence et responsables de la réglementation: leurs rôles respectifs», *Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence*, Paris, 1999, vol. 1, n° 3, p. 193 à 283. Voir aussi les notes sur les questions de politique de la concurrence dans les services d'infrastructure établies pour un colloque de la Banque interaméricaine de développement tenu à Washington en avril 2001.

³ Ces effets de réseaux ou «effets externes de réseau» sont fréquents dans le secteur des technologies de l'information et de la communication. Il y a souvent des avantages à être raccordé à un réseau plus vaste, ou à appliquer une norme plus répandue, car cela augmente le nombre des personnes avec lesquelles on peut interagir ou conduire des transactions économiques. Dès lors que le fait d'être connecté à (ou compatible avec) deux ou plusieurs réseaux (ou normes) entraîne des frais, les consommateurs paieront davantage pour être connectés à un réseau plus vaste. Les marchés qui affichent des effets externes de réseau d'assez grande ampleur peuvent n'être en mesure d'entretenir qu'une seule entreprise. Ces faits ressortent d'études faites par le Comité du droit et de la politique de la concurrence de l'OCDE à l'occasion de l'élaboration d'une recommandation de cette organisation sur la séparation des secteurs intégrés verticalement, dont le projet a été rédigé en 2000. Voir en particulier OCDE, *Séparation structurelle dans les secteurs réglementés*, Paris, 2000.

⁴ Voir I. De Leon, *The Role of Competition Policy in the Regulation of Infrastructure Industries: Some Lessons from the Latin American Experience*. Washington, Banque interaméricaine de développement, document de travail, 2001.

⁵ R.G. Maru, «Promoting Competition in Regulated Sectors or State Enterprises in Papua New Guinea». Fifth APEC/PFP Course on Competition Policy, Bangkok, 2001.

⁶ Un auteur soulignait récemment que, dans le cas des pays en développement d'Amérique du Sud, il arrive très souvent que les institutions de la concurrence n'aient pas le pouvoir d'imposer des sanctions ou d'infirmier la décision des autorités réglementaires. «Lorsque des entreprises réglementées sont exemptées de l'application du droit de la concurrence, rien ne garantit qu'elles seront dûment réglementées en la matière en cas d'entorse à ses règles, car les organismes de réglementation ne sont pas techniquement armés pour traiter les questions de réglementation de la concurrence. En pareil cas, lorsqu'un comportement fautif est décelé et qu'aucune autorité compétente en matière de concurrence n'intervient (par suite de l'immunité en question), la loi ne reconnaît à l'organisme de réglementation aucun pouvoir d'intervenir». C'est le cas, par exemple, des deux commissions de réglementations de l'énergie de la Colombie et de l'Argentine, «qui ont décelé des comportements abusifs chez les producteurs de gaz, mais n'ont pas pu intervenir». De Leon, op. cit., p. 3.

⁷ Table ronde du Comité du droit de la politique de la concurrence sur les autorités de la concurrence et la réglementation, Paris, OCDE, 1999 (voir la note 2).

⁸ Entre bien d'autres exposés, voir Chul Ho Ji, *Promotion of Competition in State-owned Enterprises (SOEs) and Regulated Sectors in Korea*. Fifth APEC/PFP Course on Competition Policy, Bangkok, 2001.

⁹ Voir en particulier le *Rapport de l'OCDE sur la réforme de la réglementation*, vol. I et II, Paris, 1997. Sur les pays en développement et les pays en transition, voir D. Zemanovicova, *Regulatory Barriers to Economic Competition in Transitional Countries*, Bratislava, 1998 (publié dans le cadre du programme Phare d'aide aux pays d'Europe centrale)

¹⁰ Voir, par exemple, OCDE, *Politique antitrust et accès au marché: portée, champ d'application du droit de la concurrence et implications pour les échanges*, Paris, 1996.

¹¹ Ce paragraphe et les paragraphes suivants ainsi que l'encadré 4 ont été ajoutés suite à des demandes répétées de la Fédération de Russie formulées aux sessions du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence en 2000 et 2001.

¹² La politique de libéralisation de l'UE repose sur un certain nombre de textes appelés «directives». Les principales directives où figurent la notion de services d'intérêt général ainsi que des dispositions sur la concurrence préservant l'intérêt général sont les suivantes: Directive 71/305/CEE du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JOCE 1971, n° L185/5), modifiée par la Directive 89/440/CEE (JOCE 1989, n° L210/1) et codifiée par la Directive 93/37 (JOCE 1993, n° L199); Directive 77/62/CEE du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (JOCE 1977, n° L13/1), codifiée par la Directive 93/96/CEE (JOCE 1993, n° L199); Directive 89/665/CEE du Conseil portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (JOCE 1989, n° L395/33), modifiée par la Directive 92/50 (JOCE 1992, n° L209); Directive 90/531/CEE du Conseil relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JOCE 1990, n° L297/1), codifiée par la Directive 93/38 (JOCE 1993, n° L199); Directive 92/13/CEE du Conseil, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JOCE 1992, n° L76/14); Directive 92/50/CEE du Conseil, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JOCE 1992, n° L209/1). En outre, pour définir ce qu'il faut entendre par «intérêt général», la Commission européenne expliquait dans ses Principes directeurs en 1996 que l'extension des règles de la concurrence n'irait pas à l'encontre des obligations de service public susceptibles d'être imposées par les pouvoirs publics aux entités - publiques ou privées - qui fournissent des services destinés à protéger la cohésion économique et sociale, l'environnement, la planification et la promotion des intérêts des consommateurs ainsi que l'utilisation des sols. Voir *UE, Communication de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe*, Bruxelles, septembre 1996.

¹³ Voir, par exemple, OCDE, *Review of Regulatory Reform in Spain*, Paris, 2000, p. 164.

¹⁴ Jusqu'à présent, le contrôle des fusions a été présenté dans la loi type, comme dans l'Ensemble, dans le contexte d'un «abus d'une position dominante». Conformément à la législation moderne sur la concurrence, il est proposé actuellement de faire figurer une disposition distincte sur le contrôle des fusions dans la loi type.

¹⁵ Renseignements communiqués par la Commission des Communautés européennes. Règlement du Conseil (CEE) n° 4064/89, du 21 décembre 1989, sur le contrôle des concentrations entre entreprises, *Journal officiel des Communautés européennes*, n° L395, 30 décembre 1989, en particulier l'article premier.

¹⁶ Règlement du Conseil (CEE) n° 4064/89, de décembre 1989, sur le contrôle des concentrations entre entreprises, *Journal officiel des Communautés européennes*, n° L395, 30 décembre 1989, modifié par le Règlement du Conseil (CE) n° 1310 97 (OJ L 180, 9 juillet 1997).

¹⁷ Pour une analyse détaillée de la concentration de la puissance commerciale au moyen de fusions, rachats, coentreprises et autres formes de prise de contrôle, et de ses effets sur les marchés internationaux, en particulier sur les marchés des pays en développement, voir TD/B/RBP/80/Rev.1.

¹⁸ Les dispositions relatives au renvoi aux autorités compétentes des États membres font l'objet de l'article 9 du Règlement du Conseil n° 4064/89.

¹⁹ L'Office coréen de la concurrence a jugé illégale une acquisition regroupant une société qui détenait 54 % du marché des stabilisateurs de PVC et une autre société dont la part était de 19 %. L'acquéreur a reçu l'ordre de céder ses actions. Affaire *Dong Yang Chemical Industrial Co.*, 1 KFTC 153, 13 janvier 1982.

²⁰ Selon l'expérience des États-Unis, il est extrêmement improbable que les fusions hétérogènes créent des difficultés en matière de concurrence (observation présentée par le Gouvernement des États-Unis). Au Royaume-Uni, il est peu probable que le cas d'une fusion soit examiné s'il n'y a pas de chevauchement sur un autre marché (commentaire émanant du Gouvernement britannique).

²¹ Citation de M. Mario Monti, Commissaire, extraite d'un communiqué de presse de la Commission européenne en date du 3 juillet 2001, intitulé «La Commission interdit l'acquisition de Honeywell par GE».

²² Voir le communiqué de presse de la Commission européenne intitulé «La Commission adopte une décision ordonnant à Tetra Laval de céder sa participation dans Sidel».

²³ Pour un exposé complet de ces affaires, voir TD/B/RBP/48, par. 12 à 22.

²⁴ La société américaine Gillette a racheté en totalité la société britannique Wilkinson Sword, à l'exception des activités de cette dernière dans l'Union européenne et aux États-Unis. En raison de la réglementation relative au contrôle des fusions dans l'Union européenne et aux États-Unis, Gillette n'avait jusque-là acquis qu'une participation de 22,9 % en actions ne donnant pas droit de vote dans le capital de la société Eemland Holding N.V., société néerlandaise et seule actionnaire de Wilkinson Sword Europe, cette acquisition s'accompagnant toutefois d'accords

additionnels permettant à Gillette d'exercer une forte influence concurrentielle sur Eemland et donc aussi sur Wilkinson Sword Europe. Gillette et Wilkinson sont les deux plus gros fabricants mondiaux de produits de rasage manuel, notamment de lames de rasoir et de rasoirs, marché considéré tel que défini par toutes les autorités compétentes. Bien que leurs parts de marché varient d'un pays à un autre, les deux sociétés détenaient sur la plupart des marchés géographiques considérés les deux premières places. Dans de nombreux pays d'Europe occidentale, elles représentaient une part de marché combinée d'environ 90 %. En mars 1993, Eemland a cédé ses intérêts Wilkinson Sword à Warner Lambert et a retransféré les marques et l'activité commerciales dans divers pays non membres de l'Union européenne. Les transactions en question ont entraîné l'ouverture d'enquêtes de concurrence dans 14 juridictions dans le monde. Cette affaire illustre particulièrement bien les problèmes que peuvent soulever des opérations internationales de rachat ou de fusion, du fait qu'elles peuvent avoir des effets sur la concurrence dans de nombreux pays et donc provoquer d'innombrables procédures en vertu de différentes législations. Pour les entreprises concernées, ainsi que pour les administrations, le traitement de tels dossiers peut être extrêmement coûteux en ressources humaines et financières. De toute évidence, ces problèmes n'existeraient pas si de telles affaires pouvaient relever d'une seule législation et d'une seule autorité. Cette autorité n'existant pas, une étroite coopération entre les organismes chargés des questions de concurrence semble être de l'intérêt à la fois des entreprises et des organismes considérés. Pour d'autres cas, voir: cas de pratiques commerciales restrictives ayant des effets dans plus d'un pays, en particulier dans les pays en développement, et conclusions générales concernant les questions qu'ils soulèvent (CNUCED, TD/RBP/CONF.4/6). La fusion entre Boeing et McDonnell Douglas est aussi une affaire particulièrement intéressante étant donné que l'opération envisagée qui avait été notifiée aux administrations de la concurrence des États-Unis et de l'Union européenne avait tout d'abord donné lieu à des prises de position divergentes de la part de ces deux administrations quant à l'opportunité d'autoriser la fusion. La fusion entre Boeing Co. et McDonnell Douglas Corp. visait à réunir deux grandes entreprises américaines jouant un rôle majeur dans l'industrie de l'aéronautique civile internationale en ne laissant sur le marché qu'un seul autre concurrent important, le groupe Airbus Industry dont le siège est situé dans l'UE. Aux États-Unis, l'administration de contrôle, la Commission fédérale du commerce, a décidé de ne pas s'opposer à l'opération, en estimant qu'à de nombreux égards, McDonnell Douglas n'était plus un concurrent très actif. La prise de contrôle par Boeing d'une entreprise presque défaillante n'a pas été jugée préjudiciable à la situation de la concurrence dans cette branche commerciale. En revanche, conformément à sa jurisprudence sur l'interdiction du projet de fusion en 1991 entre Alenia-Aérospatiale dont le siège est situé dans l'Union européenne et De Havilland (une entreprise défaillante dont le siège se trouve au Canada, une filiale de Boeing Co.), la Commission de l'Union européenne a exprimé, après avoir reçu notification de Boeing Co., son intention d'absorber McDonnell Douglas Corp., des inquiétudes fondamentales au sujet de la fusion qui ont abouti apparemment à une impasse et des préoccupations au sujet des répercussions potentiellement plus larges sur le commerce international de l'échec de la tentative d'aboutir à une approche consensuelle. Une solution a été trouvée lorsque Boeing Co. a pris des engagements concernant l'annulation de ses contrats d'exclusivité à long terme avec des compagnies aériennes d'Amérique du Nord qu'il avait antérieurement négociés avec elles et d'autres questions. Pour plus de détails, voir Commission de l'UE, *XXVII^e Rapport annuel sur la politique de la concurrence 1997*, Luxembourg, 1998. Une étude intéressante de vues de l'Union européenne et des États-Unis se trouve dans William E. Kovacic "Transatlantic

Turbulence: The Boeing-McDonnell Douglas Merger and International Competition Policy”, *Antitrust Law Journal*, 68 (3), 2001, 805-873.

²⁵ Il est à noter qu’en vertu de la législation britannique, les directions imbriquées ne sauraient déterminer à elles seules une situation de fusion. Des directions imbriquées sans d’importantes participations croisées risquent de donner lieu davantage à des accords restrictifs qu’à des fusions. Commentaire émanant du Gouvernement britannique.

²⁶ La situation ne doit pas être envisagée uniquement au niveau de la direction. Aux États-Unis, non seulement l’interpénétration des conseils d’administration de deux sociétés concurrentes mais aussi la présence d’un membre du bureau d’une société au conseil d’administration d’une entreprise concurrente sont illégales.
