

Chapitre 0

Contrôle des concentrations

1 Introduction

L'objectif de ce chapitre est de décrire la manière dont s'opère le contrôle des concentrations en France, en Europe et aux Etats-Unis en détaillant notamment les différentes étapes qui ont permis d'aboutir au contrôle des concentrations en vigueur.

La concentration économique est le regroupement ou la fusion d'entreprises. On distingue généralement trois types de concentrations :

- *la concentration horizontale* : elle regroupe des entreprises d'un même secteur offrant des biens plus ou moins étroitement substituables (exemple : Carrefour / Promodes);
- *la concentration verticale* : elle regroupe des entreprises à différents stades de la chaîne de fabrication et de distribution d'un produit (exemple : Time Warner Incorporated, opérateur de câble qui fusionne avec Turner Corporation, producteur de programmes tels que CNN et TBS);
- *la concentration conglomérale* : elle regroupe des entreprises sans lien technique ni concurrentiel direct entre elles (exemple : Mitsubishi qui possède

des activités dans les secteurs de l'automobile, de l'électronique, ...).

Une concentration est réalisée dans les trois situations suivantes ¹ :

- la fusion de deux entreprises auparavant indépendantes ;
- l'acquisition par une ou plusieurs entreprises du contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises ;
- la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable les fonctions d'une entité économique autonome (entreprise commune dite "de plein exercice").

Le contrôle des concentrations est un contrôle *a priori*, dont l'objectif est d'éviter que des entreprises, par des opérations de croissance externe, puissent porter atteinte à la concurrence sur les marchés. En effet, en accroissant leur pouvoir de marché à la suite d'une concentration, les parties à l'opération peuvent être à même de s'abstraire du jeu de la concurrence, d'imposer leurs conditions à leurs clients ou à leurs fournisseurs et de capter une rente au détriment, notamment, des consommateurs. Le contrôle des concentrations est prospectif et préventif car il évalue, *ex ante*, les conséquences d'un point de vue concurrentiel d'une opération de concentration. *A contrario*, le contrôle des comportements s'effectue *ex post* en sanctionnant les pratiques anticoncurrentielles.

Dans ce chapitre, nous nous focalisons sur le contrôle des concentrations horizontales car ce type de concentration est beaucoup plus de nature à entraîner des préoccupations de concurrence que les opérations verticales ou conglomérales².

Nous allons présenter, dans une première partie, les origines et l'évolution du contrôle des concentrations en Europe. Nous détaillerons par la suite le contrôle des concentrations en France, puis en Europe et enfin aux Etats-Unis. Enfin,

¹Article L. 430-1 du Code de Commerce.

²Toutefois, la Commission européenne a très récemment lancé un projet de lignes directrices sur les concentrations verticales et conglomérales, qui devrait prendre en compte, comme le préconise l'EAGCP ("Economic Advisory Group on Competition Policy") les effets anticoncurrentiels ainsi que les gains d'efficacité engendrés par une fusion non horizontale.

nous examinerons l'analyse substantielle du contrôle des concentrations, avant de conclure.

2 Historique du contrôle des concentrations en Europe

Le contrôle des concentrations fut explicitement introduit en Europe avec l'entrée en vigueur du Règlement n° 4064/89 du 21 septembre 1990. Avant ce règlement, la Communauté Economique Européenne ne disposait que de deux outils afin de mettre en oeuvre sa politique de la concurrence, à savoir les articles 85 et 86 du Traité de Rome. Ceux-ci permettaient de contrôler *ex post* les comportements des entreprises ayant fusionné et d'intervenir à partir du moment où une entente ou bien une position dominante étaient observées. Mais il n'y avait donc aucun moyen d'intervenir *ex ante*. C'est seulement en 1973, avec l'arrêt Continental Can³, qu'un projet formel de contrôle de concentration fut proposé au Conseil des Ministres, mais aussitôt rejeté. Dans l'affaire Continental Can, la Cour de justice des Communautés européennes avait jugé qu'il y avait abus de position dominante lorsqu'une entreprise détenant déjà une telle position la renforce en acquérant une entreprise concurrente. En 1987, la Commission européenne réitéra son projet de contrôle de concentrations et le texte eut cette fois-ci plus de succès vis-à-vis des ministres et c'est le 21 décembre 1989 que le texte définitif fut voté à l'unanimité et donc adopté. Ce règlement établissait le critère de "*position dominante*", selon lequel "*les opérations de concentration de dimension communautaire, qui créent ou renforcent une position ayant comme conséquence qu'une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci est entravée de manière significative doivent être déclarées incompatibles avec le marché commun*".

³Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 21 février 1973 - Affaire 6/72.

Cependant, ce règlement ne contenait pas de référence à la notion de position dominante collective. Celle-ci est étroitement liée à la notion de collusion tacite⁴ selon laquelle les entreprises ont un comportement qui provoque une situation anticoncurrentielle sur le marché, malgré l'absence de contrats explicites entre elles. La position dominante collective découle directement de la structure d'un marché fortement oligopolistique. La Commission européenne avait toutefois appliqué cette notion dès 1992 (fusion Nestlé-Perrier⁵) et avait par la suite examiné pas moins de 80 cas de position dominante collective⁶. Mais cette application se faisait au cas par cas car la Commission européenne n'avait pas de texte définissant clairement l'applicabilité de la notion de position dominante collective. Outre l'absence de notion de position dominante collective, la Commission européenne avait une certaine réticence à prendre en compte les gains d'efficacité allant même jusqu'à les retourner contre les entreprises ("*efficiency offense*"). Ces deux insuffisances du règlement de 1989 ont été les éléments majeurs pour que la Commission européenne adopte un nouveau test communautaire des concentrations.

Un nouveau règlement sur le contrôle des concentrations, le règlement (CE) n° 139/2004, est entré en vigueur le 1er mai 2004, avec l'élargissement de l'Union européenne. Celui-ci encourage la participation des autorités nationales de la concurrence et simplifie la procédure de notification et d'enquête. De plus, il englobe tous les effets anticoncurrentiels sur les marchés oligopolistiques où l'entreprise issue de la concentration n'est pas dominante au sens strict du terme. La principale modification du règlement est le passage d'un critère de "*position dominante*" au critère "*SIEC*" (*Significant Impeding Effective Competition*) selon lequel "*les concentrations qui n'entraveraient pas de manière significative*

⁴Se reporter au chapitre "Fusions et ententes".

⁵Affaire n° IV/M.190 du 22/07/1992 - Nestlé/Perrier, détaillée dans le chapitre "Fusions et entente".

⁶Haupt, 2002.

une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante, doivent être déclarées compatibles avec le marché commun". Ce critère prend en considération le risque de création ou de renforcement de position dominante en y ajoutant l'appréciation d'éventuels effets unilatéraux.

De plus, le nouveau règlement précise que les gains d'efficacité doivent être pris en considération dans l'appréciation des effets d'une concentration sur la concurrence.

Cette réforme du contrôle européen des concentrations est accompagnée de la publication de lignes directrices relatives à l'appréciation des concentrations horizontales⁷ dont l'objectif est de mieux informer sur les modalités et la mise en oeuvre du contrôle (procédure, critères de fond retenus dans l'analyse concurrentielle, ...).

En France, le contrôle des concentration fut instauré par la loi du 19 juillet 1977, mais n'a commencé à véritablement se développer qu'à partir de 1986, avec l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986. Le système fut profondément modifié avec la loi sur les nouvelles régulations économiques (NRE) du 15 mai 2001, entrée en vigueur le 18 mai 2002, à la suite du décret d'application du 30 avril 2002. Celle-ci instaure de nouvelles procédures de contrôle national des concentrations. En particulier, la loi NRE prévoit désormais la notification obligatoire des concentrations auprès du ministre de l'économie (sous conditions de chiffres d'affaires). Depuis 2005⁸, ce contrôle français des concentrations est accompagné de l'adoption de lignes directrices relatives au contrôle des concentrations pu-

⁷Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises - Journal officiel de l'Union européenne 2004/C 31/03.

⁸Le *projet* de lignes directrices relatives au contrôle des concentrations était mis en oeuvre depuis 2002.

bliées par la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF)⁹.

En Europe, le contrôle des concentrations est une compétence mise en oeuvre soit par la Commission européenne, soit par les États membres de l'Union européenne.

Lorsqu'une concentration est de dimension communautaire, la responsabilité de l'instruction incombe aux services de la Commission européenne, et plus particulièrement à la Direction Générale de la Concurrence¹⁰.

Nous allons détailler de quelle façon s'opère le contrôle des concentrations en Europe tant au niveau communautaire que dans les différents pays européens avant d'aborder le contrôle des concentrations français. Puis nous donnerons les grandes lignes du contrôle des concentrations outre-atlantique.

3 Contrôle des concentrations en Europe

Nous allons étudier dans une première partie le contrôle des concentrations de dimension communautaire. Dans une deuxième partie, nous allons indiquer l'hétérogénéité des législations s'imposant dans les différents pays de la Communauté Economique Européenne.

3.1 Opérations de dimension communautaire

La répartition entre les états membres et la Commission européenne est explicitée dans le Règlement sur le contrôle des concentrations¹¹. Elle dépend de seuils exprimés en chiffres d'affaires. Au-delà de ces seuils, la Commission européenne dispose d'une compétence exclusive, tandis qu'en deçà, seuls les Etats

⁹La version définitive de 2007 est disponible sur le site de la DGCCRF.

¹⁰Se reporter à la section : "contrôle des concentrations en Europe".

¹¹Règlement CEE n° 139/2004.

membres ont vocation à intervenir lorsque leurs propres règles sont applicables. Détaillons ces deux séries de seuils exprimés en chiffres d'affaires.

– *première série de seuils exprimés en chiffres d'affaires*

Une opération est de dimension communautaire si le chiffre d'affaires mondial cumulé des entreprises parties à la concentration est supérieur à 5 milliards d'euros et si le chiffre d'affaires individuel réalisé au sein de la Communauté par chacune des entreprises parties à l'opération (ou au moins de deux d'entre-elles) est supérieur à 250 millions d'euros. Cette règle est applicable dans tous les cas excepté si chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires dans l'Union européenne au sein d'un seul et même État membre (Règle dite des deux tiers).

– *deuxième série de seuils exprimés en chiffres d'affaires*

Une opération est de dimension communautaire si elle dépasse les quatre seuils suivants :

- 1) le chiffre d'affaires cumulé des entreprises concernées est supérieur à 2,5 milliards d'euros ;
- 2) le chiffre d'affaires individuel réalisé au sein de la Communauté par au moins deux des entreprises concernées est supérieur à 100 millions d'euros ;
- 3) le chiffre d'affaires cumulé des entreprises concernées est supérieur à 100 millions d'euros ;
- 4) le chiffre d'affaires réalisé individuellement par deux des entreprises concernées dépasse 25 millions d'euros.

Cette règle est applicable dans tous les cas excepté si chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires communautaire, au sein d'un seul et même État membre.

La procédure communautaire de contrôle des concentrations est la suivante. Il existe d'abord une étape de pré-notification. Cette étape permet entre autres

à la Commission européenne de confirmer sa compétence pour la concentration, d'identifier les problèmes de concurrence, de déterminer le calendrier de la procédure et d'introduire une éventuelle demande de renvoi aux Etats membres. Ensuite, un examen du projet se déroule en deux phases, de façon similaire à l'examen d'un projet de concentration par les autorités françaises. La première phase dure 25 jours et peut durer jusqu'à 35 jours en cas de propositions d'engagements des parties ou en cas de demande de renvoi de l'opération à l'Etat membre concerné. A l'issue de cette phase, la Commission européenne décide formellement soit d'autoriser l'opération si celle-ci ne soulève pas "de doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le Marché Commun" ou bien d'ouvrir une procédure d'enquête approfondie si la concentration soulève des "doutes sérieux" (phase II). Dans ce second cas, la durée de la procédure est de 90 jours, délai étendu en cas d'engagements proposés par les parties. Dans un délai de 10 jours après l'ouverture de la Phase II, les entreprises concernées font une réunion de bilan d'étape avec la Commission européenne pour faciliter la compréhension des préoccupations de celle-ci puis la Commission européenne adresse des lettres de demande d'informations aux entreprises concernées, aux consommateurs, aux concurrents et/ou aux fournisseurs. A l'issue de cette phase, Le Comité Consultatif (représentant les autorités de concurrence des États membres) donne son avis sur le projet de décision de la Commission européenne, toutes les décisions à l'issue de la Phase II doivent être adoptées par le Collège des Commissaires et les décisions de Phase II autorisent (sous réserve des engagements pris) ou interdisent l'opération.

3.2 Différences de législation dans les pays européens

Il existe une grande diversité des obligations en matière de notification, de procédures et de règles générales entre les Etats membres. En ce qui concerne l'autorité compétente, plusieurs organismes distincts jouent généralement un rôle

dans le processus décisionnel. La décision finale peut être prise par un organisme administratif/ministériel (par exemple en France, ou bien au Royaume-Uni avec l’“Office of Fair Trading”), par une autorité de concurrence indépendante (par exemple en Allemagne avec la “Bundeskartellamt”), par un organisme judiciaire (par exemple en Autriche avec “The Cartel Court”), ...

Les seuils déclenchant la notification obligatoire sont également très variables, que ce soit du point de vue du critère utilisé ou du niveau à partir duquel l’opération est notifiable. Par exemple le critère utilisé (dans de nombreux cas, plusieurs critères peuvent être utilisés à la fois) peut être exprimé en actifs bruts (c’est le cas du Royaume-Uni), en chiffre d’affaires mondial total (c’est le cas de l’Allemagne), en chiffre d’affaires total national (c’est le cas de l’Italie) ou en parts de marché (c’est le cas du Portugal), ...

En ce qui concerne la durée de la procédure, la phase préliminaire de l’enquête est courte et est en général d’une durée d’environ un mois (une exception notable est la Bosnie-Herzégovine où cette phase dure trois mois). La durée de l’enquête approfondie est plus variable (par exemple elle est de 5 mois en Autriche alors qu’elle n’excède pas 45 jours en Italie).

Le mode de publication des décisions et la quantité d’informations fournies lors de cette publication varient d’un Etat membre à l’autre.

Nous allons préciser le contrôle des concentrations s’opérant en Irlande, en Allemagne et enfin au Royaume-Uni.

3.2.1 Contrôle des concentrations en Irlande

La politique de la concurrence joue un rôle vital en Irlande puisqu’elle aide à maintenir la pression concurrentielle s’exerçant sur les entreprises. Le modèle irlandais est le plus récent. Le “Competition Act” de 2002 (mis en oeuvre en 2003) transfère le contrôle des concentrations à l’autorité de concurrence (l’Irish Competition Authority), sans intervention du ministre. La possibilité de défense

en terme de gains d'efficacité est prise en compte lors de l'analyse du projet de concentration. Ces gains d'efficacité doivent être quantifiables et les entreprises doivent montrer que la probabilité pour que les gains d'efficacité soient réalisés est très élevée. Si le bien-être augmente suite à la fusion, alors celle-ci doit être approuvée. Les gains d'efficacité ont donc une place prépondérante dans l'analyse du projet de concentration.

3.2.2 Contrôle des concentrations en Allemagne

Le contrôle effectif des concentrations fut introduit en Allemagne en 1973. L'autorité de concurrence est la Bundeskartellamt (Office Fédéral des Ententes). C'est une haute autorité fédérale indépendante qui prend les décisions. L'Office Fédéral des Entente interdit toute opération de concentration qui est de nature à créer ou à renforcer une position dominante sur le marché, à moins que les entreprises concernées ne démontrent que la concentration améliore les conditions concurrentielles et que l'effet positif ainsi obtenu compense les inconvénients de la position dominante. Les critères de SLC (Substantial Lessening of Competition) ne sont pas employés. La décision d'interdiction peut faire l'objet d'un recours devant la Cour d'appel de Berlin (Kammergericht). De plus, une demande d'autorisation peut être déposée auprès du ministre fédéral de l'économie qui peut l'accepter pour de multiples raisons telles des raisons liées à l'intérêt public.

3.2.3 Contrôle des concentrations au Royaume-Uni

Au Royaume-Uni, la notification d'une opération de concentration à l'autorité de concurrence est facultative. Le directeur général de l'Office of Fair Trading prend l'initiative des enquêtes et communique un avis au Secrétaire d'Etat au Commerce et à l'Industrie. Ce dernier décide alors de saisir ou non la "Competition Commission" (ancienne "Monopolies and Mergers Commission"). Si celle-ci identifie des problèmes anticoncurrentiels engendrés par la fusion, le Secrétaire

d'Etat invite alors le Directeur Général à négocier l'adoption d'engagements tels le démembrement d'une société ou l'arrêt du projet de fusion. Cette procédure est basée sur le Fair Trading Act de 1973. L'Office of Fair Trading considère les gains d'efficacité comme un élément des questions d'intérêt public qui peuvent être évaluées. Ces gains doivent être spécifiques à la fusion et transférables vers les consommateurs. L'Office of Fair Trading considère également les effets des fusions sur l'emploi et le développement régional comme un élément de l'intérêt public.

3.3 Contrôle des concentrations en France

En France, le contrôle des concentrations relève du ministre de l'économie qui possède le pouvoir exclusif de la décision. La DGCCRF (Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes) est chargée de la mise en oeuvre de ce contrôle. Le ministre de l'économie peut aussi éventuellement saisir le Conseil de la Concurrence pour avis, celui-ci a donc un rôle purement consultatif.

La notification d'une opération aux autorités françaises de concurrence est obligatoire, dès lors que les entreprises parties à l'opération sont engagées de façon irrévocable, et préalable à la réalisation effective de l'opération, sauf dérogation accordée par le ministre, afin d'éviter les difficultés liées aux remises en l'état.

La notification est obligatoire si la concentration remplit les trois conditions suivantes¹² :

- le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernées est supérieur à 150 millions d'euros ;
- le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé individuellement en France par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou mo-

¹²Article L. 430-2 du Code de commerce.

rales concernées est supérieur à 50 millions d'euros ;

- l'opération n'entre pas dans le champ d'application du contrôle communautaire des concentrations.¹³

L'examen de la procédure de concentration peut comporter deux phases précédées d'une phase de pré-notification, facultative, permettant d'établir un contact entre l'autorité de concurrence et les parties notifiantes.

Une fois la notification de l'opération par les parties à la fusion effectuée, le ministre dispose d'un délai de cinq semaines pour prendre une décision. A l'issue de cette première phase de la procédure (Phase I), le ministre peut prendre trois décisions, à savoir :

- autoriser l'opération, si celle-ci n'est pas susceptible de porter atteinte à la concurrence, notamment par la création ou le renforcement d'une position dominante
- autoriser l'opération, à condition que les entreprises aient volontairement souscrit des engagements de nature à résoudre les problèmes de concurrence soulevés par l'opération (il est prévu que la remise d'engagements par les parties plus de deux semaines après la notification complète porte le délai initial de cinq à huit semaines au maximum, afin d'en permettre l'étude et éventuellement le test auprès de tiers)
- saisir, pour avis, le Conseil de la Concurrence.

Dans ce dernier cas, la procédure aboutit donc à une deuxième phase d'examen (Phase II) de quatre mois. Le Conseil de la Concurrence doit rendre son avis, purement consultatif, trois mois après sa saisine. Le ministre dispose alors de quatre semaines pour rendre sa décision. Trois possibilités s'offrent alors :

- autoriser l'opération, avec ou sans engagements de la part des entreprises, comme en première phase ;
- autoriser l'opération, mais en assortissant cette autorisation d'injonctions

¹³Se reporter à la section suivante.

- de nature à remédier aux atteintes à la concurrence ou de prescriptions de nature à apporter au progrès économique et social une contribution suffisante pour compenser ces atteintes à la concurrence ;
- interdire l’opération.

3.3.1 Textes de référence

Les textes applicables en droit français pour le contrôle des concentrations relèvent du Code de Commerce (*Partie Législative*) - Livre IV (*De la liberté des prix et de la concurrence*) - Titre III (*De la concentration économique*). Plus précisément les articles L 430-1 à L 430-10, modifiés par la loi du n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (NRE), complétée par son décret d’application n° 2002-689 du 30 avril 2002, régissent le contrôle des concentrations en France.

4 Contrôle des concentrations aux Etats-Unis

Un système dual d’agences de concurrence indépendantes existe aux Etats-Unis à la différence de l’Europe qui possède une seule direction. Les deux agences publiques sont la Federal Trade Commission (“FTC”) et le Department of Justice (“DOJ”). Cette dualité des institutions rend l’application du droit plus complexe, les deux possédant des pouvoirs relativement proches. Les deux agences se partagent les cas, mais cette division du travail n’est pas déterminée de façon précise. Elle se fait en fonction du secteur concerné et est susceptible de changer au cours du temps (Motta, 2004).

Les projets de concentration doivent faire l’objet d’une notification préalable auprès des deux organismes¹⁴. Au sein de la Federal Trade Commission, le bureau de la concurrence évalue l’impact concurrentiel du projet de concentration en

¹⁴Antitrust Improvement Act de 1976.

s'appuyant sur l'expertise du bureau d'analyse économique.

Le contrôle des concentrations aux Etats-Unis repose principalement sur la section 7 du Clayton Act qui interdit les fusions et acquisitions qui réduisent de façon substantielle la concurrence (test "SLC" défini ci-après) et sur le Hart-Scott-Rodino Act selon lequel les parties à une concentration notifiée aux autorités de concurrence américaines sont tenues de suspendre la mise en oeuvre de leur transaction durant la période permettant aux autorités d'examiner la légalité de l'opération envisagée.

Les Etats-Unis disposent de lignes directrices¹⁵ pour le contrôle des concentrations.

De façon similaire aux procédures de la Commission européenne, les agences américaines appliquent un processus de notification à deux étapes comme souligné dans le Hard-Scott-Rodino Act.

Il existe quelques différences entre les procédures européennes et américaines.

Le critère applicable aux Etats-Unis est le "test SLC (Substantial Lessening of Competition)"¹⁶ de réduction sensible de la concurrence. Ce critère met l'accent sur l'effet qu'aura une concentration sur le niveau de concurrence sur le marché, et ce indépendamment de la puissance économique que détiendraient les parties à la concentration, et notamment d'une éventuelle position dominante. Ce critère a inspiré la Commission européenne lors du passage du critère de "position dominante" au critère "SIEC".

Par ailleurs, les autorités de concurrence européennes donnent plus d'importance que leurs homologues américains à l'information sur les entreprises rivales des entités en fusion.

Toutefois, malgré ces différences, les Etats-Unis et l'Europe ont conclu un

¹⁵ "Horizontal merger guidelines" de 1992, révisées en 1997.

¹⁶ Section 7 du Clayton Act.

accord de coopération en ce qui concerne les fusions en 1991¹⁷. Cet accord oblige les autorités européennes et américaines à s'informer l'une et l'autre lorsque les activités de l'une pourraient avoir des impacts sur les activités de l'autre, elles doivent donc s'échanger de l'information, coopérer et prendre en compte les intérêts de l'autre. Le 4 juin 1998, un autre accord, qui renforce les dispositions en matière de "courtoisie active" de l'accord de 1991 est entré en vigueur¹⁸.

Cependant, bien que les procédures et les institutions soient différentes en Europe et aux Etats-Unis, en pratique, les décisions de concentrations analysées par la Commission européenne et par les deux agences américaines sont typiquement les mêmes. On peut toutefois citer une exception très médiatisée à ce propos avec l'affaire : GE-Honeywell (en 2001), dans laquelle la Commission européenne avait décidé d'interdire cette fusion qui avait été auparavant autorisée par les Etats-Unis.

5 Analyse substantielle du contrôle des concentrations

Cette section résulte de la comparaison des lignes directrices du contrôle des concentrations en France¹⁹, en Europe²⁰ et aux Etats-Unis²¹. Il en ressort que la démarche pour analyser un projet de concentration est très semblable dans les trois cas. Nous allons détailler les différentes étapes de la procédure qui permettent l'analyse du contrôle des concentrations.

¹⁷JO L 95 du 27-4-1995, p : 47 et 50.

¹⁸JO L 173 du 18-6-1998, p : 26-31.

¹⁹Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations - Procédure et analyse - DGC-CRF.

²⁰Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (2004/C 31/03).

²¹Horizontal merger guidelines - U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission.

5.1 Délimitation du marché pertinent

Les lignes directrices sur la délimitation des marchés pertinents prévoient, dans un premier temps, de délimiter les marchés pertinents. Ces marchés sont : le marché des produits et le marché géographique ; définis comme suit : “*le marché géographique en cause comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l’offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable*” et “*le marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l’usage auquel ils sont destinés*”²². La définition des marchés pertinents permet à l’autorité de concurrence de limiter son cadre d’analyse lorsqu’elle évalue les conséquences de la concentration. Une fois cette étape accomplie, elle doit procéder à l’analyse concurrentielle de la concentration.

5.2 Analyse concurrentielle

Les autorités de concurrence doivent appliquer un test ou un critère pour évaluer l’impact concurrentiel d’une concentration. Aux Etats-Unis et en France, les autorités de concurrence appliquent le test “SLC”. En Europe, le critère appliqué est le critère “SIEC” qui a remplacé celui de la “position dominante” lors de la réforme du contrôle des concentrations. D’autres critères peuvent être utilisés tels que le critère de l’entreprise défaillante (utilisé entre autres en Allemagne).

Les autorités de concurrence évaluent le degré de concentration du marché et les parts de marché des entreprises parties à la fusion. L’instrument de mesure le

²²Journal officiel de la Commission européenne n° C 372 du 09/12/1997.

plus utilisé est celui de l'Indice d'Herfindhal-Hirschman (noté ci-après IHH). Il est établi en calculant le carré des parts de marché de toutes les entreprises puis en faisant la somme de ces carrés. On retient généralement que lorsque l'IHH est inférieur à 1000, la concentration du marché est considérée comme faible, lorsqu'il est compris entre 1000 et 1800, elle est considérée comme moyenne et lorsqu'il est supérieur à 1800, elle est considérée comme élevée.

L'autorité de concurrence évalue alors les effets anticoncurrentiels pouvant résulter de la concentration. Parmi ces risques d'atteintes à la concurrence, deux effets sont prédominants : les *effets non coordonnés* et les *effets coordonnés*

- les effets non coordonnés ou effets unilatéraux.

Ils sont définis comme “*l'ensemble des pertes de bien-être résultant d'une concentration consécutives aux mouvements de prix et de quantités de la part des firmes agissant indépendamment de la concurrence*”²³. Il s'agit donc d'étudier comment se déplacent les prix et quantités d'équilibre suite à la fusion. Dans le cas extrême où les concurrents ne réagissent pas au mouvement de ces prix/quantités, alors on parle d'abus de position dominante.

- les effets coordonnés ou les oligopoles collusifs (position dominante collective).

Il s'agit d'étudier si la concentration peut favoriser ou non l'émergence d'oligopoles collusifs dans l'industrie.

D'autres effets anticoncurrentiels pouvant résulter de la concentration sont aussi pris en compte, tels que la disparition d'un concurrent potentiel ou bien la création ou le renforcement d'une puissance d'achat plaçant les fournisseurs en situation de dépendance économique.

Après avoir évalué les risques d'atteinte à la concurrence suite à la concentration, l'autorité de concurrence prend en compte les facteurs internes au marché

²³Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations de la DGCCRF.

susceptibles de compenser la puissance des marchés : la taille des concurrents, l'excédent de capacités de production, ...

Parallèlement à cette analyse, l'autorité de concurrence doit évaluer s'il existe des barrières à l'entrée sur le marché considéré ou si l'entrée est facilitée. En effet, si les barrières à l'entrée sont faibles, l'entrée de nouveaux concurrents est facilitée et ceci diminue la probabilité d'apparition d'une atteinte à la concurrence.

Par ailleurs, l'autorité de concurrence peut autoriser, sous certaines conditions, les concentrations visant à permettre la survie d'une activité ou d'une entreprise : c'est la "*théorie de l'entreprise défaillante*". Selon cette théorie, une opération peut être considérée comme une concentration de sauvetage s'il apparaît que la structure concurrentielle du marché se détériorerait tout autant si l'opération de concentration n'avait pas lieu²⁴.

5.3 Gains d'efficacité

Il est possible pour les candidats à la fusion de présenter une défense d'efficacité selon laquelle un projet peut être sauvé bien que néfaste à la concurrence, s'il présente par ailleurs des garanties de procurer des avantages au nom de l'intérêt général. En effet : "*Il est possible que les gains d'efficacité résultant de la concentration contrebalancent les effets sur la concurrence, et notamment le préjudice potentiel pour les consommateurs, qu'elle aurait sinon pu avoir et que, de ce fait, celle-ci n'entrave pas de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante.*"²⁵. Les gains d'efficacité pris en compte lors des fusions peuvent être de différents types :

²⁴Cette procédure a par exemple été utilisée pour le cas de la fusion SEB/Moulinex. Cette concentration est détaillée dans le chapitre "Les remèdes dans les opérations de concentration".

²⁵Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

- les gains de productivité : la réunion de deux entités permettrait de rationaliser la production grâce à une meilleure coordination ou à une réduction du risque. Ces gains de productivité permettent ainsi d’améliorer le bien-être des consommateurs qui peuvent acheter les biens à moindre coût
- l’existence d’économies d’échelle ;
- l’amélioration des services aux consommateurs et à la collectivité ;
- l’amélioration des capacités d’innovation et le renforcement des moyens de recherche et de développement ;
- la protection et le développement de l’approvisionnement national ;
- l’amélioration de la compétitivité internationale de l’entreprise.

Comme précisé dans la section “Historique du contrôle des concentrations en Europe”, avant le règlement de janvier 2004, les autorités de concurrence étaient réticentes à l’idée de prendre en compte de tels gains d’efficacité lors de l’analyse d’une concentration allant même jusqu’à les retourner contre les entreprises.

5.4 Procédure d’engagements

Cette procédure permet aux entreprises qui déposent un projet de fusion auprès d’une autorité de concurrence de l’accompagner d’un certain nombre de remèdes destinés à éliminer les effets anticoncurrentiels qui résulteraient de la fusion. Cette procédure est détaillée dans les chapitres 5 et 6.

6 Conclusion

Nous avons étudié dans ce chapitre les procédures de contrôle de concentration en France, en Europe et aux Etats-Unis. Le contrôle des concentrations a subi de profondes réformes ces dernières années avec par exemples l’adoption de la loi NRE en France (2001) ou bien avec la révision du Règlement sur le contrôle des concentrations en Europe. Ce contrôle est un contrôle *a priori* dont l’objectif

est d'éviter que des concentrations puissent avoir des effets anticoncurrentiels. Toutefois, il existe une possibilité de contrôle *a posteriori* des concentrations ²⁶ selon lequel : *“le Conseil de la concurrence peut, en cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique, demander au ministre chargé de l'économie d'enjoindre, conjointement avec le ministre dont relève le secteur, par arrêté motivé, à l'entreprise ou au groupe d'entreprises en cause de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes par lesquels s'est réalisée la concentration de la puissance économique qui a permis les abus même si ces actes ont fait l'objet de la procédure prévue au présent titre”*. Bougette et Venayre (2005) mettent en évidence les risques d'un contrôle de concentration exclusivement *ex ante* en discutant par exemple de l'asymétrie informationnelle (sélection adverse) à laquelle fait face une autorité de concurrence lorsqu'elle évalue un projet de concentrations. De plus, ils montrent qu'un contrôle *a posteriori* des concentrations aiderait à renforcer l'efficacité du contrôle en amont, à réduire les risques de comportements anticoncurrentiels et enfin à accroître le champ d'action des autorités.

²⁶Article L. 430-9 du Code de Commerce.