Comparaison franco-japonaise du contrôle des concentrations

Michaël Tiralongo

▶ **To cite this version:**

Michaël Tiralongo. Comparaison franco-japonaise du contrôle des concentrations. Droit. Université René Descartes - Paris V, 2012. Français. NNT : 2012PA05D007 . tel-00787250

HAL Id: tel-00787250
https://theses.hal.science/tel-00787250

Submitted on 11 Feb 2013

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Université René Descartes (Paris V)

Ecole Doctorale de Droit, Gestion et Relations Internationales (ED262).

LA COMPARAISON FRANCO-JAPONAISE DU CONTROLE DES CONCENTRATIONS

Michaël TIRALONGO

Thèse de Doctorat en Droit

Droit de la Concurrence/Droit Comparé

Madame Martine BEHAR-TOUCHAIS, Directeur

Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Monsieur Philippe DIDIER, Rapporteur

Professeur à l'Université Paris Descartes (Paris V)

Monsieur Dominique LEGEAIS, Rapporteur

Professeur à l'Université Paris Descartes (Paris V)

Madame Catherine PRIETO

Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Madame Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO

Professeur à l'Université Toulouse-Capitole (Toulouse I).

SOMMAIRE

Déclaration de responsabilité **VI**

Table des abréviations **VIII**

Remerciements **X**

Introduction **1**

Première Partie
La conception du contrôle des concentrations

Titre I. La notion de concentration 31

Chapitre I. La définition de la concentration 32
Chapitre II. La formation de la relation concentrative 86

Titre II. La notion d'atteinte à la concurrence 122

Chapitre I. Le rôle de la théorie économique dans l'harmonisation du contrôle 124
Chapitre II. Les particularités nationales dans l'établissement du bilan 167

Deuxième Partie
Le processus du contrôle des concentrations

Titre I. Le déroulement de la procédure devant les autorités 218

Chapitre I. Les conséquences d'une procédure à priori. 220
Chapitre II. La procédure d'examen 254

Titre II. L'éventail des décisions 288

Chapitre I. Les mesures correctives 290
Chapitre II. Abandon, interdiction et voies de recours 326

Conclusion 360

Bibliographie 373

Table des matières 383

RESPONSABILITE

Les propos inclus dans cette thèse engagent uniquement la responsabilité de son auteur. Ils ne reflètent ni la pensée de l'Université Descartes, ni celle des membres du jury ayant évalué ladite thèse.

TABLE DES ABREVIATIONS

ADLC	Autorité de la concurrence
AML	Anti-Monopoly Law
BOCCRF	Bulletin officiel de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes.
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
DoJ	Department of Justice
FTC	Federal Trade Commission
HHI	Hirschmann-Herfindahl Index
J.C.P, éd. E	Jurisclasseur Périodique, édition Entreprise
JFTC	Japanese Fair Trade Commission
JORF	Journal Officiel de la République Française
JOUE	Journal Officiel de L'Union Européenne
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique.
RTD Com	Revue trimestrielle de droit commercial
SSNIP	Small but Significant and Non-Transitory Increase in Price
TFUE	Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne
TUE	Tribunal de L'Union Européenne

公取委	公正取引委員会
東京高裁	東京高等裁判所
最高裁	最高裁判所
独禁法	独占禁止法

REMERCIEMENTS

Mes remerciements vont tout d'abord à ma directrice, Mme Martine BEHAR-TOUCHAIS, pour avoir cru en ce projet de thèse.

Mes remerciements vont ensuite au professeur Ichirô KITAMURA, à l'Université de Tokyo et au gouvernement japonais pour m'avoir permis de concrétiser ce projet de thèse.

Enfin, mes remerciements vont à ma famille, mes amis et ma femme, pour leur soutien sans faille durant ces quatre années.

INTRODUCTION

1.- L'économie mondiale, en 2012, connaît un certain nombre de mutations profondes, conséquence de presque vingt-cinq ans d'une mondialisation à l'accélération exponentielle[1]. Depuis la fin des années 2000, ce sont toutefois les aspects négatifs d'un monde où les marchés et les acteurs sont plus que jamais interconnectés qui ressortent le plus, principalement incarnés par les crises financières qui se succèdent. En effet, depuis l'effondrement de la banque d'investissement Lehman Brothers le 15 septembre 2008, l'ensemble du système bancaire mondial a perdu son équilibre, entraînant dans sa chute des Etats entiers tels que la Grèce, et fragilisant des organisations supranationales comme l'Union Européenne et sa monnaie unique[2]. Les crises financières ne sont pas les seules responsables de cette succession de coups durs économiques qui se propagent toujours plus vite d'un pays à un continent, voire au reste du monde en quelques jours. Des catastrophes naturelles pourtant localisées au sein d'un Etat ou d'une région peuvent affecter de manière imprévisible l'ensemble de l'économie mondiale. On peut citer à ce titre les inondations exceptionnelles qu'a subi la Thaïlande en 2011, dont l'impact au niveau national fut dramatique sur le plan humain et économique, mais qui ont également sévèrement touché l'ensemble du secteur électronique mondial du fait du nombre important d'usines de composants localisées dans ce pays[3]. Dans le même registre, le tsunami qui a frappé le nord-est du Japon le 11 mars 2011 a eu de nombreuses conséquences économiques directes et indirectes à l'échelle mondiale de par l'importance de l'industrie japonaise[4].

2.- Bien évidemment, la mondialisation de l'économie a aussi des conséquences positives pour de nombreux Etats (notamment l'ensemble BRIC désignant le Brésil, la Russie, l'Inde et la Chine), qui bénéficient désormais d'une croissance économique rapide soutenue

---

[1] Voir par exemple l'article : *La mondialisation: facteur de prospérité ou d'injustices* ? , in BBC, 21 janvier 2007, disponible à cette adresse : http://www.bbc.co.uk/french/highlights/story/2007/01/070126_globalisation.shtml

[2] Voir par exemple l'article *De la faillite de Lehman Brothers à la crise grecque* , in La Tribune, 10 mars 2011, disponible à cette adresse : http://iphone.latribune.fr/opinions/20111003trib000653630/de-la-faillite-de-lehman-brothers-a-la-crise-grecque.html .

[3] Voir par exemple l'article *Les inondations en Thaïlande frappent toute l'électronique* , in Le Figaro, 8 novembre 2011, disponible à cette adresse : http://www.lefigaro.fr/conjoncture/2011/11/08/04016-20111108ARTFIG00715-les-inondations-en-thailande-frappent-toute-l-electronique.php

[4] BECKMAN, *The Impact of Japan's Earthquake and Tsunami on the Global Economy*, in The Conference Board of Canada, 21 mars 2011, disponible à cette adresse: http://www.conferenceboard.ca/economics/hot_eco_topics/default/11-03-21/the_impact_of_japan_s_earthquake_and_tsunami_on_the_global_economy.aspx

par des investissements étrangers toujours plus importants ainsi que par des possibilités d'exportations matérielles et en capital humain sur l'ensemble des continents. Le développement des marchés internes de ces pays émergents, à mesure qu'une classe moyenne ayant accès à la consommation se développe en leur sein, offre également de nouveaux débouchés inespérés pour les pays ayant connu une industrialisation précoce et dont le marché national a tendance à se contracter[5]. On constate ainsi que la mondialisation, de par la complexité de la structure mondiale et des différents intérêts des acteurs privés comme publics, est un phénomène difficile à embrasser en quelques lignes et à juger objectivement, puisqu'il emporte des conséquences directes et indirectes, positives comme négatives, dans chaque Etat et pour chaque individu, et que la rapide succession des périodes de croissance et de crise oblige l'ensemble de ces acteurs à une adaptation constante de leurs comportements[6].

3.- Il est toutefois un phénomène qui, en filigrane de la mondialisation, reste constant quelle que soit la région du monde ou le contexte économique, à savoir la concentration économique, et plus particulièrement entre entreprises de nationalités différentes. En effet, depuis la fin des années 1980, qui ont vu les échanges entre pays se développer grâce aux innovations technologiques en matière de transport et de communication, aux multiples accords commerciaux visant à l'abaissement des barrières douanières et à l'ouverture à l'économie de marché de nombreux pays issus du bloc soviétique[7], et ce jusqu'au début des années 2000, une vague d'opérations de concentration d'une dimension sans précédent s'est manifestée en divers points du globe, et dans un grand nombre d'industries différentes. Bien que cette « sixième vague de fusion » ne soit théoriquement finie depuis 2007, les vagues de fusions à partir du début des années 1980 n'ont été espacées que d'une année ou deux[8], et en dépit de la crise survenue en 2008 entraînant une diminution des opérations de concentrations en 2009, le phénomène semble avoir repris en vigueur depuis 2010, symbolisé par la fusion entre Cadbury et Kraft[9].

---

[5] Voir par exemple pour le Japon, JETRO, *Japan Looks for Economic Growth in Emerging Asia* , Novembre 2010, disponible à cette adresse : http://www.jetro.go.jp/en/reports/survey/pdf/2010_11_epa.pdf

[6] Voir sur cette question ROTHENBERG, *Globalization 101 - The Three Tensions of Globalization* – , in The American Forum for Global Education, n°176, 2002 – 2003, disponible à cette adresse: http://www.globaled.org/issues/176.pdf

[7] PORTER, *Competition in Global Industries*, Harvard Business School Press, 1986.

[8] Les autres vagues de fusions sont survenues respectivement entre 1897 et 1904, 1916 et 1929, 1965 et 1969, 1984 et 1989, 1992 et 2000, puis 2003 et 2007. Il convient de noter que les trois premières concernaient essentiellement les Etats-Unis. Sur les vagues de fusions, voir GAUGHAN, *Mergers, Acquisitions and Corporate Restructurings* , 5ème ed., John Wiley & Sons, 2011.

[9] Commission Européenne, affaire COMP/ M.5644, Kraft Foods / Cadbury, 6 janvier 2010.

4.- L'une des caractéristiques positives du phénomène concentratif est ainsi sa relative stabilité et ce indépendamment de la conjoncture économique. Lors des phases de croissance comme celle dont ont bénéficié la France et le Japon après la Deuxième Guerre Mondiale, ou plus généralement lorsque l'économie d'un pays se libéralise et se consolide, on assiste à une concentration progressive des entreprises des marchés internes à mesure que la consommation augmente, souvent dans le but de répondre à cette augmentation de la demande par des structures permettant une production plus importante et plus efficiente par le biais d'économies d'échelle[10]. Il est toutefois intéressant de constater que les opérations de concentration ne sont que temporairement affectées par les crises, puisque si leur nombre décroit brusquement lorsqu'une crise est avérée, celui-ci reprend de plus belle très peu de temps après, notamment du fait de la tendance des entreprises de petites et moyennes dimensions de se concentrer pour faire face au contexte économique défavorable[11]. Le phénomène concentratif, en tant qu'instrument de croissance externe, constitue ainsi une opportunité stratégique considérable pour toutes les entreprises, quelle que soit leur dimension, leur nationalité, ou la conjoncture économique.

5.- La concentration économique est ainsi depuis plus d'un siècle l'une des composantes essentielles du fonctionnement des entreprises, et par extension du système économique capitaliste dans son ensemble. Ce système, en ce qu'il est fondé sur la liberté d'entreprise et de commerce, entretient toutefois des relations antagonistes avec le phénomène concentratif. En effet, comme l'a démontré Adam Smith, c'est grâce au fait que chaque acteur – offreur et demandeur - poursuit son intérêt égoïste que les prix sur un marché atteignent naturellement un équilibre par le jeu de « la main invisible du marché »[12]. Dans une telle situation, il n'y a alors aucun besoin pour le pouvoir politique de venir s'immiscer dans l'économie ; celle-ci se régulant d'elle-même grâce à l'équilibre général résultant des volontés individuelles de maximisation des profits, toute intervention étatique ne pourrait que bouleverser cet équilibre. Cette situation est toutefois idéale, puisqu'elle ne prend en compte aucune contrainte extérieure rendant difficile l'accès à un marché donné, et n'intègre pas non plus le désir éventuel des acteurs d'accorder leurs comportements.

[10] HOURCADE, *Signification et impasses d'un concept banalisé : les économies d'échelle,* in Communications, n° 42, 1985, pp.103-119.
[11] DIDIER , *Crise et concentration du secteur productif* , in Economie et Statistique, n°144, pp. 3-12.
[12] SMITH, *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations* , 1776 ; version française rééditée chez Flammarion, Tome II, 1991, pp. 42-43.

6.-En d'autres termes, elle ne prend pas en compte les éventuelles externalités négatives par lesquelles certains acteurs ou certaines contraintes naturelles, juridiques ou technologiques vont venir fausser le jeu de la concurrence pure et parfaite[13]. Il a ainsi été admis assez rapidement que le marché, loin de se réguler de lui-même, avait au contraire tendance à connaître une disparition progressive de l'attitude concurrentielle des entreprises, soit de manière comportementale par le biais d'ententes, soit de manière structurelle, la succession des opérations de concentration entre concurrents pouvant alors déboucher sur une situation de monopole. La notion de concentration apparaît alors ici comme l'un des plus grands dangers pour la concurrence, puisque sa répétition et son amplification mènent inévitablement à une situation de monopole, dans laquelle toute forme de concurrence est *de facto* impossible.

7.-Le phénomène concentratif est toutefois utile dans un système capitaliste fondé sur une économie de marché et accordant une place centrale à la consommation, puisqu'il offre de nombreux avantages ne présentant pas d'effets anticoncurrentiels aux entreprises désireuses de s'associer. Pour comprendre les effets bénéfiques d'une opération de concentration, il est nécessaire de partir de la distinction entre les trois différentes formes d'opération de concentration, à savoir les opérations horizontales, verticales et conglomérales. Une opération de concentration horizontale correspond au rapprochement de deux entreprises exerçant sur le même marché[14]. Le but recherché par l'entreprise résultant cette opération est avant tout un gain de taille, afin d'augmenter ses capacités et son volume de production, et d'améliorer et de diversifier son accès aux matières premières, de manière à réaliser des économies d'échelle et de proposer un produit de meilleure qualité, ou de réduire le prix proposé au consommateur.

8.- On perçoit ici aisément qu'une telle opération de concentration porte en elle le risque de diminuer la concurrence sur le marché en cause, mais présente des avantages non négligeables aussi bien pour la compétitivité des entreprises que pour le consommateur final. Les opérations de concentration verticales, impliquant une entreprise client et son fournisseur, répondent également à une logique de réduction des coûts, mais aussi à une sécurisation des ressources. D'un point de vue concurrentiel, elles présentent un danger inférieur à celui encouru lors d'une opération de concentration horizontale, car la position des entreprises parties à la concentration sur leurs marchés respectifs n'est pas modifiée. Enfin, les opérations

[13] GREENWALD et STIGLITZ, *Externalities in Economies with Imperfect Information and Incomplete Markets*, in Quarterly Journal of Economics, n° 90, May 1986, pp. 229-264.
[14] GLAIS, *Concentration des entreprises et Droit de la concurrence* , Economica, 2010, p. 13.

conglomérales, en associant deux entreprises exerçant sur des marchés totalement différents, permettent aux entreprises parties à la concentration d'étendre la gamme de produits qu'elles offrent. A l'instar des opérations de concentration verticales, elles sont davantage réputées pour générer des efficiences potentiellement positives que pour avoir des effets restrictifs de concurrence[15].

9.- Puisqu'elles portent en elles un danger important pour la libre concurrence, et par extension pour la liberté de commerce, et le bien-être des consommateurs, elles ne peuvent pas être totalement libres. Elles présentent toutefois des avantages non négligeables pour les entreprises elles-mêmes, et qui peuvent également se montrer bénéfiques pour les utilisateurs finaux. Il serait donc peu opportun de les interdire totalement, sous peine de freiner la croissance économique. Par conséquent, les opérations de concentration doivent être contrôlées, afin d'interdire celles qui présentent une menace pour la libre concurrence, et d'autoriser celles qui présentent un intérêt pour les entreprises parties à la concentration et éventuellement pour les consommateurs. Le contrôle des concentrations constitue ainsi une voie médiane entre liberté totale et interdiction de principe, permettant une régulation pragmatique du phénomène concentratif dans l'intérêt de la multitude des acteurs économiques que sont les entreprises, leurs concurrents, leurs fournisseurs et enfin les consommateurs, et finalement dans l'intérêt des Etats eux-mêmes.

10.- Ce constat a été fait par de nombreux pays depuis l'invention par les Etats-Unis du contrôle des concentrations par l'adoption du Clayton Act en 1914[16], et plus particulièrement à partir de la fin de la Seconde Guerre Mondiale. D'une part, parce que la concentration économique excessive qu'avait connu le Japon et l'Allemagne, ainsi que la collusion entre les grandes entreprises allemandes sous forme de cartels avaient joué un rôle majeur à la fois dans l'escalade du conflit et dans l'effort de guerre de ces deux pays[17], mais aussi parce que de nombreux pays ont abandonné progressivement leur économie dirigiste pour adopter une économie de marché libérale dans la deuxième moitié du XX^{ème} siècle,

[15] Voir à ce propos les commentaires de Mme Neelie KROOS lors de l'adoption des lignes directrices communautaires sur les opérations de concentration verticales et conglomérales : *Concentrations: la Commission adopte des lignes directrices applicables aux concentrations entre des entreprises entretenant des relations verticales ou conglomérales* , Bruxelles, 28 novembre 2007, disponible à cette adresse : http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/1780&format=HTML&aged=1&language=FR&guiLanguage=en

[16] « The Clayton Antitrust Act of 1914 » (Pub.L. 63-212, 38 Stat. 730, promulgué le 15 octobre 1914, et codifié aux articles 15 U.S.C. §§ 12–27 et 29 U.S.C. §§ 52–53).

[17] Pour l'Allemagne, voir PIETTRE *Concentration et déconcentration en Allemagne occidentale. De l'Accord de Potsdam au plan Schuman* , in Revue économique, volume 2, n°4, 1951. pp. 431-456. L'histoire de la concentration au Japon sera traitée dans la suite de cette introduction.

mouvement qui s'est intensifié lors de la chute du bloc communiste. Le phénomène de mondialisation de l'économie décrit ci-dessus a également contribué à la diffusion d'un grand nombre de théories économiques prônant la nécessité d'un contrôle des concentrations. Aujourd'hui, près d'une centaine pays à travers le monde a adopté une législation sur le contrôle des concentrations, ce qui représente à la fois une victoire pour les tenants de la régulation de la concurrence, mais aussi un défi aussi bien pour les entreprises parties à des opérations de concentration entre entreprises de nationalité différente et exerçant sur de vastes marchés géographiques (que l'on désigne de plus en plus en anglais sous le terme de « *multijurisdictional merger* ») que pour les juristes de droit de la concurrence.

11.- En effet, le contrôle des concentrations est un instrument puissant de régulation économique, ce qui lui confère dans le même temps une dimension politique non négligeable, chaque Etat définissant puis réformant son contrôle des concentrations en fonction de ce qu'il estime être le mieux pour sa propre économie. Comme il sera analysé dans cette thèse, l'influence de certains systèmes majeurs fait que la majorité de ces contrôles des concentrations obéit à des principes semblables, et que la tendance générale est à l'harmonisation à l'échelle mondiale, mais une telle harmonisation est encore loin d'être achevée. Il est par conséquent important d'étudier de manière détaillée les différents contrôles des concentrations, et de les confronter pour faire ressortir au mieux leurs différences, afin de comprendre comment les concilier à l'avenir.

12.- Cette thèse se propose ainsi de procéder à une analyse comparative des contrôles français et japonais des concentrations. Le choix de ces deux systèmes s'explique de nombreuses façons. Tout d'abord, ils ont la particularité d'avoir adopté relativement tôt un contrôle des concentrations, le Japon étant le deuxième pays au monde après les Etats-Unis à avoir introduit ce type de législation[18], et la France ayant suivi légèrement plus tard, en 1977[19]. Avec respectivement 65 et 35 ans de pratique du contrôle des concentrations, ces deux pays ont ainsi connu plusieurs époques différentes, et procédé à de nombreuses expériences en la matière, ce qui permet également une comparaison historique détaillée en plus d'une comparaison classique des textes et de la pratique décisionnelle. Evidemment, un certain nombre de systèmes auraient pu faire l'objet d'une analyse comparative similaire, comme les

[18] 私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律 (Loi concernant l'interdiction du monopole privé et le maintien du libre commerce), loi n° 54 du 14 avril 1947. Les articles 9 à 17 de cette loi concernent les concentrations entre entreprises.

[19] **Loi n°77-806 du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante, J**ORF du 20 juillet 1977, p. 3833.

Etats-Unis, la Grande-Bretagne ou l'Allemagne. Si le choix de la France est motivé par notre formation de juriste français, celui du Japon part d'une volonté de découverte d'un système qui, bien qu'ancien à l'échelle de l'histoire du contrôle des concentrations, n'a fait l'objet d'aucune analyse approfondie en langue française, et même anglaise. En réunissant un grand nombre d'informations de première main à la fois sur le contrôle japonais des concentrations tel qu'il est exercé de nos jours, et tel qu'il a évolué pendant plus de soixante ans, l'un des buts premiers de cette thèse est ainsi, au-delà de l'analyse comparative indispensable pour offrir des repères, de procéder à une analyse complète et en français du contrôle des concentrations japonais dans son acception la plus large, afin de contribuer à l'ensemble des connaissances en la matière sur un pays à la langue et à la culture différentes des nôtres.

13.- Avant d'entamer cette comparaison des contrôles français et japonais des concentrations, il convient toutefois de procéder à un certain nombre de vérifications pour s'assurer d'une certaine communauté des concepts faisant l'objet de cette comparaison, afin de ne pas commettre de contresens ou d'erreurs méthodologiques par la suite. Le phénomène concentratif étant intimement lié au développement du capitalisme, il convient d'observer de quelle façon celui-ci est apparu et s'est ancré dans les sociétés françaises et japonaises, et si le capitalisme revêt une forme spécifique dans chacun de ces deux pays. En effet, comme le montre l'histoire du droit antitrust américain, c'est à partir du moment où, sous l'impulsion d'une industrialisation toujours plus importante, les entreprises américaines ont décidé de se regrouper en grands ensembles quasi-monopolistiques qu'en réaction à cette concentration sans limites du pouvoir privé, les pouvoirs publics sont intervenus en adoptant le Sherman Act[20]. Il est donc essentiel d'analyser la montée en puissance du capitalisme et du secteur industriel en France et au Japon (§1), et les circonstances de l'adoption d'un contrôle des concentrations en réaction à ce phénomène (§2).

§1. L'étude des capitalismes français et japonais.

14.- Bien qu'il existât des formes organisées de commerce depuis plusieurs centaines, voire plusieurs milliers d'années en France et au Japon, notamment grâce à l'influence des civilisations gréco-romaines pour l'une, et chinoise pour l'autre, nous limiterons cette étude à l'histoire moderne du capitalisme. Alors que le capitalisme français a connu un

[20] Pour une explication en français de l'histoire du droit antitrust américain, voir SOUTY, *La politique de la concurrence aux Etats-Unis*, Que sais-je ?, PUF, 1995.

développement lent et progressif (I), le capitalisme japonais s'est développé de manière plus rapide et radicale (II).

I. Le développement progressif du capitalisme français.

15.- Le capitalisme français a mis plus d'un siècle à atteindre une forme moderne, et son développement s'est appuyé sur deux révolutions. Il trouve ses racines dans l'esprit révolutionnaire français (A), et a bénéficié de la révolution industrielle pour accélérer ce développement (B)

A. L'influence de la Révolution sur le capitalisme français

16.- Chronologiquement, le capitalisme français est plus ancien que le capitalisme japonais, et s'est développé approximativement à partir du début du XIX^{ème}. On considère traditionnellement que celui-ci a débuté en même temps que la première révolution industrielle, mais le début et la fin de celle-ci étant l'objet de débats n'ayant toujours pas abouti à un consensus, il est difficile de se prononcer de manière précise[21]. Toujours est-il que ces deux phénomènes sont profondément liés à un troisième, à savoir la révolution française, qui va imprimer un certain nombre de principes fondamentaux affectant le développement de la révolution industrielle, et donc du capitalisme français. Cette influence est tout d'abord, sur le plan conceptuel, l'esprit révolutionnaire lui-même, qui ne tolère aucune forme de concentration du pouvoir, que celui-ci soit de nature publique ou privée, et qui fait qu'aujourd'hui encore, la concentration économique entre acteurs importants est rarement bien vue par l'opinion publique française. Ensuite, sur le plan législatif, bien qu'on ne puisse pas à l'époque parler de droit de la concurrence dans le sens moderne du terme, l'adoption des décrets d'Allarde les 2 et 17 mars 1791, ainsi que de la loi le Chapelier le 14 juin 1791 va venir poser un certain nombre de limites à une économie industrielle encore en gestation.

17.-Ces différents textes, s'ils ont été principalement retenus pour leurs aspects négatifs en matière de droit du travail, puisqu'ils interdisent les syndicats ouvriers, ont cependant eu un impact considérable en matière de liberté de commerce et d'industrie, et par extension de liberté concurrentielle grâce à leur interdiction formelle des corporations. En effet, le regroupement des artisans et commerçants en corporations commerciales et

[21] HARA, « フランス資本主義　―成立と展開―» (Le capitalisme français – établissement et développement –), Nihon Keizai Hyoronsha, 1986.

industrielles avait eu pour conséquence non seulement une entente sur les prix pour un bien ou un service donné, prix déterminé par les corporations, mais au-delà l'impossibilité pratique pour un artisan ou un commerçant de déterminer ses prix indépendamment de la corporation à laquelle il appartient.

18.- En interdisant de tels organismes de fixation des conditions commerciales, la France a ainsi permis au capitalisme de s'épanouir en privilégiant une concurrence libre, et dans laquelle les différents concurrents n'ont pas le droit de s'accorder pour déterminer leurs prix. Le législateur français ne s'est pas arrêté à cette première étape, déjà importante, et a procédé dès 1810 à une reformulation de cette loi le Chapelier, lors de sa codification à l'article 419 du Code Pénal. Cette réforme fut très importante en matière de droit de la concurrence, puisqu'elle a interdit explicitement les ententes (aussi appelées « coalitions » à cette époque) fixant les prix « au-dessus ou au-dessous des prix qu'aurait déterminé la concurrence naturelle et libre ». Cette interdiction de principe connaîtra cependant des assouplissements en matière jurisprudentielle tout au long du XIX^{ème} siècle, avec notamment certaines exceptions accordées aux unions de producteurs pour des raisons d'organisation rationnelle de la production[22].

19.- Il n'en demeure pas moins que cet article 419 du Code Pénal, bien qu'ignorant la notion de concentration pour ne viser que les ententes, a fortement influencé le cadre juridique du capitalisme français, au point que certains auteurs l'ont par la suite désigné comme la première loi anti-monopole française[23], bien que d'autres n'aient au contraire estimé que l'intention monopolistique était en fait quasiment inexistante chez la majeure partie des entreprises parties à des ententes[24] . L'importance de ces dispositions, ainsi que de l'hostilité générale de l'esprit révolutionnaire face à la concentration des pouvoirs privés a ainsi entrainé l'apparition d'une certaine exception française en matière d'ententes et de concentration, en comparaison avec les Etats-Unis et l'Allemagne du début du XX^{ème} siècle. En effet, les études comparatives menées à l'époque montrent que l'économie française d'alors était beaucoup moins concentrée que les économies allemandes et américaines, respectivement marquées par l'apparition et le développement des konzerns et des trusts[25].

[22] MAZEAUD (Léon), *Le problème des unions de producteurs devant la loi française*, Paris, 1924, pp. 163-257.
[23] SOULE, *les coalitions commerciales et industrielles*, Paris, 1905, pp.163-169.
[24] PASQUALAGGI, *Les ententes en France. Leurs principaux aspects. Les problèmes que pose leur contrôle*, in Revue économique. Volume 3, n°1, 1952. pp. 63-82.
[25] Voir HARA, op. cit.

20.- Toutefois, alors que la notion de concurrence internationale commençait à émerger, cette situation a commencé à inquiéter le gouvernement français, qui après la Première Guerre Mondiale a décidé de venir apporter un certain nombre de modifications à l'appareil législatif afin de pouvoir encourager certaines ententes jugées bénéfiques pour l'économie nationale, à l'image du soutien du gouvernement allemand aux konzerns. Une réforme de l'article 419 du Code Pénal est alors intervenue en 1926, avec pour objectif la suppression de l'interdiction de principe des ententes au profit d'un système plus souple n'interdisant les ententes que lorsque celles-ci ont pour objet ou pour effet la fixation d'un prix anormal au vu des conditions de l'offre et de la demande. Le législateur a en outre introduit une dichotomie sémantique qui n'existait pas auparavant entre les ententes, qui permettent une meilleure gestion de la production et qui a des effets bénéfiques à la fois pour les industriels et pour l'emploi, et les coalitions, qui constituent alors le volet négatif des ententes et n'ont pour seul objectif que la détermination de prix anormaux du point de vue des conditions concurrentielles[26]. Il apparaît ainsi évident que l'objectif de cette réforme, en introduisant une dichotomie artificielle entre bonnes ententes et mauvaises ententes, était de permettre la constitution de groupements de sociétés susceptibles de dynamiser le secteur industriel français et de rivaliser avec les trusts américains et les konzerns allemands.

En parallèle à cette évolution à la fois de la loi et des mentalités, le capitalisme français s'est développé grâce à la révolution industrielle, qui a également connu plusieurs phases différentes.

B. L'influence de la révolution industrielle.

21.- Comme il a été vu plus haut, le débat doctrinal sur le début et la fin de la révolution industrielle en France ne permet pas d'avancer des dates précises, mais on peut considérer que celle-ci a eu lieu, à quelques années près, entre 1800 et 1870. Alors que la France était avant tout un pays tourné vers l'agriculture, et que certaines activités artisanales comme le tissage étaient menées par les familles de paysans en parallèle à leurs activités agricoles, la révolution industrielle a permis le développement de ces secteurs artisanaux, au point que ceux-ci se sont progressivement scindés d'avec le milieu agricole pour rejoindre la

[26] CHATRIOT, *Les ententes : débats juridiques et dispositifs législatifs (1923-1953) La genèse de la politique de la concurrence en France* , in *Histoire, économie & société* Janvier 2008, pp. 7-22.

sphère industrielle[27]. Le tissage a ainsi connu une croissance fulgurante à mesure que les progrès de la mécanique ont permis un rendement toujours plus important, et a donc exigé des emplois à temps plein. De nombreux paysans ont par la suite quitté les champs pour travailler dans les manufactures.

22.- En toute logique, l'accroissement de l'industrialisation a alors entraîné une hausse de la demande en matériaux de construction, est a induit le développement d'industries lourdes comme la sidérurgie. Grâce au droit français des sociétés qui, dès 1808, avec l'avènement du Code de Commerce, est venu fournir de nombreuses formes sociales aux entrepreneurs, et a permis, à partir de la seconde moitié du XIX^{ème}, siècle l'essor de grandes banques d'envergure nationale[28], celles-ci ont conféré en retour aux industries naissantes la puissance financière nécessaire à leur croissance. A leur tour, ces banques ont accumulé des bénéfices, et aussi du capital. Le capitalisme français a ainsi connu un développement en deux temps. Ce sont tout d'abord les entreprises de dimension modestes qui, aidées par les débuts de la mécanisation, vont améliorer leur rendement, accroître leurs bénéfices et accumuler du capital, pour ensuite trouver un soutien financier à leur expansion dans les grandes banques qui vont, à leur tour, acquérir une puissance financière rivalisant avec les plus grandes entreprises industrielles, pour finalement les surpasser. Au début du XXème siècle, le capitalisme français est ainsi davantage un capitalisme bancaire et financier qu'un capitalisme industriel.

23.- Le capitalisme français va cependant connaître un certain nombre de modifications au cours du XX^{ème} siècle. Comme il a été vu plus haut, le gouvernement français, en tentant d'assouplir le régime juridique des ententes, a cherché à dynamiser le capitalisme industriel en permettant des ententes entre groupes similaire à ce qui se faisait en Allemagne à la même époque. Ainsi, dans la période cruciale de l'entre-deux-guerres, après les échecs des projets de lois successifs cherchant à instaurer une autorisation des ententes soumises soumise à une déclaration (processus qui n'est d'ailleurs pas sans rappeler celui qui sera adopté bien des années plus tard pour les opérations de concentration dans le cadre de la CECA), l'Etat est finalement intervenu de lui-même par le biais de décrets- lois, pour autoriser, voire parfois ordonner la constitution d'ententes pour dynamiser des secteurs

[27] FOHLEN, *Du nouveau sur la révolution industrielle en France*, in Revue économique, 1955, volume 6, n° 5, pp. 800-808.
[28] Pour un rapide historique du phénomène bancaire en France, voir PLESSIS, « Histoire des banques en France », disponible sur le site de la Fédération Bancaire de France à cette adresse : http://www.fbf.fr/fr/files/88AFWG/Histoire_banques_France.pdf

industriels menacés ou encore renforcer les relations entre la métropole et l'outre-mer dans un secteur donné[29].

24.- Une fois la Seconde Guerre Mondiale achevée, le gouvernement français a opté pour une économie planifiée pour faire face aux défis de la reconstruction, et a procédé à bon nombre de nationalisations, si bien que la page du capitalisme financier est définitivement tournée au profit d'un capitalisme national. Alors que les ententes vont être définitivement interdites par le décret du 9 aout 1953 créant la Commission des ententes, les concentrations entre entreprises vont connaître à leur tour un succès grandissant. Il semblerait que jusqu'alors, les entrepreneurs français préféraient les collusions informelles plutôt que les opérations de concentration, plus contraignantes et obligeant souvent l'une des entreprises à se soumettre à une autre, mais le durcissement de la position du gouvernement vis-à-vis des ententes couplée à l'absence de dispositions concernant les opérations de concentration vont permettre de populariser ces dernières. Par conséquent, l'économie française va connaître une concentration sans précédent, pour finalement atteindre la situation que nous connaissons aujourd'hui[30].

25.- Le capitalisme japonais, s'il est aujourd'hui tout à fait comparable au capitalisme français, a connu une histoire radicalement différente de ce dernier.

II. Le développement du capitalisme japonais.

26.- Pour que le capitalisme se développe au Japon, il a tout d'abord fallu qu'un certain nombre de changements s'opèrent au sein de la société japonaise. On retiendra principalement l'abandon du régime féodal et de l'isolationnisme (A) et l'occidentalisation de la société (B).

A. L'abandon du régime féodal et de l'isolationnisme.

[29] CHATRIOT, op. cit, p.17.
[30] SAGOU, *Groupes financiers et systèmes productifs : une interprétation à partir de l'analyse de la Compagnie Financière de Paris et des Pays-Bas* (PARIBAS), in Revue d'économie industrielle, volume 11, 1er trimestre 1980, particulièrement pp. 1-3.

27.- La différence entre les capitalismes français et japonais s'explique tout d'abord par l'histoire politique et économique du Japon durant l'ère Edo, entre 1616 et 1868[31], et tient à deux aspects de la société japonaise d'alors.

28.- Le premier est la structure féodale, relativement similaire à celle qui prédominait en France au Moyen-âge. Ainsi, le territoire japonais, bien qu'unifié par le shogun Ieyasu Tokugawa sous le régime nommé « bakufu », était morcelé entre une multitude de seigneuries (les « han ») ayant à leur tête un daimyô (seigneur local), et sur les terres desquels vivaient et travaillaient les paysans. Ces derniers payaient le tribut aux daimyôs directement en nature, en lui versant une certaine fraction de leur récolte de riz. De ce fait, les impôts perçus par les daimyôs pouvaient varier grandement en fonction de la récolte, avec pour conséquence des revenus seigneuriaux relativement instables. Toutefois, à mesure que les villes, Edo en tête, commencèrent à se développer et à concentrer une population toujours plus importante, les besoins en riz et en produits de première nécessité ont augmenté en conséquence. Ainsi, les paysans, une fois s'être acquitté de leur tribut auprès du daimyô, et avoir prélevé la part nécessaire à leur propre subsistance, étaient libres de vendre leur riz excédentaire et autres produits aux grands marchands qui s'occupaient ensuite de la distribution dans les magasins des villes. On constate ici que les paysans, bien qu'au service de leur daimyô, bénéficiaient toutefois d'une certaine liberté de commerce, et cette « économie paysanne » a joué un rôle important dans le développement à la fois du féodalisme shogounal et du capitalisme japonais[32].

29.- La deuxième caractéristique fondamentale de cette période tient à la politique isolationniste extrême adoptée par le gouvernement japonais à cette époque, et portant le nom de « sakoku »[33]. Durant cette période, allant de 1639 à 1858 les japonais ne pouvaient pas quitter le pays, sauf en cas de permission expresse du gouvernement shogounal, et les étrangers n'étaient plus autorisés à accoster sur le territoire japonais[34]. Les vestiges des tentatives d'évangélisation du pays au christianisme par les portugais, à Kyushu, furent réprimés dans le sang, et hormis quelques contacts avec les hollandais dans le port spécial de Nagasaki, et avec les royaumes voisins de Chine, de Corée et de l'archipel des Ryükyü

[31] Pour un aperçu de l'histoire du Japon avant la restauration Meiji, voir VIE, *Histoire du Japon des origines à Meiji*, 7e éd.,Que sais-je ?, pUF 2002, notamment pp. 98-123.
[32] ONO et al., « 日本資本主義発達史論 » (Discours sur le développement du capitalisme japonais), 1ère ed., Nihon Hyôronsha, 1968.
[33] En japonais 鎖国, qui signifie littéralement « fermeture du pays ».
[34] KAWANO, *Brèves remarques hétérodoxes sur l'histoire moderne du Japon*, in Annales. Économies, Sociétés, Civilisations. 17e année, N. 6, 1962. pp. 1137-1140.

(connu aujourd'hui sous le nom d'Okinawa), le Japon se replia sur lui-même politiquement, économiquement, et culturellement.

30.- Ce repli intervint à une époque où les puissances occidentales, à l'inverse, ne cessaient de pousser toujours plus loin leurs conquêtes et développaient des relations dans le monde entier, et tandis que le Japon du XVII^{ème} siècle n'était pas nécessairement moins avancé techniquement que les pays occidentaux, l'écart technologique s'est d'abord lentement creusé, pour devenir un véritable gouffre lors de la première révolution industrielle du début du XVIII^{ème} siècle, à laquelle le Japon n'a pu prendre part. Sur le plan juridique également, alors que les puissances occidentales ont pu s'appuyer sur des outils juridiques tels que le droit des sociétés et le droit bancaire pour développer leur capitalisme, le Japon est resté dans un système féodal dans lequel le droit était avant tout un droit pénal répressif, sans notion de droit subjectif[35]. Toutefois, la période du sakoku ne présenta pas uniquement des côtés négatifs pour le Japon. Ce fut une longue période de paix et de prospérité pour les grandes villes japonaises, qui a permis le développement d'une culture japonaise authentique puisqu'à l'abri d'influences extérieures, et a surtout évité au pays d'être colonisé par les puissances occidentales, comme ce fut le cas pour de nombreux pays asiatiques.

31.- Cependant, le modèle économique paysan quasi-exclusivement fondé sur la riziculture, et qui avait le mérite de mettre l'ensemble des paysans japonais sur un pied d'égalité quelle que soit leur région a connu certains changements à partir du XIX^{ème} siècle. En effet, certaines régions se sont alors lancées dans de nouvelles cultures et de nouvelles activités telles que l'élevage de vers à soie ou la culture du coton, et par extension dans l'industrie du tissage et le commerce d'étoffes. La vente de ces produits, très prisés dans les grandes villes, constitua une source de revenus sans précédent pour les paysans de ces régions, créant de ce fait des disparités régionales, et attirant les convoitises des daimyôs qui ne percevaient aucun tribut sur ces bénéfices. L'émergence de cette bourgeoisie paysanne a en outre joué un grand rôle dans la série de troubles ayant débouché sur la restauration Meiji[36]. Une fois le shogounat destitué, et l'empereur Meiji revenu à la place de chef d'Etat, les deux caractéristiques du bakufu qu'étaient le féodalisme et la sakoku disparurent progressivement.

[35] NODA, *La réception du droit français au Japon, in Revue internationale de droit comparé,* Volume 15, n°3, Juillet-septembre 1963. pp. 543-556.
[36] ONO et. al., op. cit..

32.- Avec la disparition des deux caractéristiques fondamentales de la société japonaise qu'étaient le régime féodal et l'isolationnisme, celle-ci a choisi d'adopter le modèle occidental pour pouvoir rivaliser avec les pays les plus puissants de l'époque.

B. L'occidentalisation de la société japonaise.

33.- En 1854, sous la pression des bateaux de guerre américains du commandant Perry venus demander l'ouverture des ports l'année précédente, le sakoku prit fin, et fut suivi les années de suivantes par la ratification de nombreux traités bilatéraux entre le Japon et certaines puissances occidentales (Etats-Unis, Royaume-Uni, France, Russie), traités profondément inégaux et défavorables au Japon, ratifié alors que ce dernier n'avait encore que de faibles connaissances en droit international[37]. Ensuite, la restauration Meiji officiellement achevée en 1868, en abolissant le système féodal, a donné aux paysans la pleine propriété de leurs terres, et par conséquent la possibilité de les vendre ou de les louer, ce qui a développé entre autres la pratique du métayage. La restauration Meiji avait pour but de constituer un Etat centralisé capable de rivaliser avec les puissances occidentales, et a pour ce faire divisé le pays en préfectures et réformé, en 1873, la fiscalité. Les citoyens japonais ne s'acquittaient alors plus d'un impôt en nature proportionnel aux récoltes, mais d'un impôt en argent à taux fixe et indépendant des revenus des contribuables. De ce fait, l'Etat japonais a pu s'octroyer des revenus fixes, en transférant l'intégralité du risque lié aux éventuelles mauvaises récoltes sur les paysans[38].

34.- Une fois que le Japon a eu adopté une structure similaire aux états-nations occidentaux, le développement de son capitalisme, animé par la volonté de rattraper son retard et de combler le gouffre technologique le séparant des puissances occidentales les plus avancées, fut beaucoup plus rapide, puisqu'accompli en quelques dizaines d'années, là où les pays occidentaux avaient mis plus d'un siècle. Toutefois, les étapes de ce développement sont similaires à celles observées en France et au Royaume-Uni quelques décennies auparavant. Ainsi, le Japon a tout d'abord mécanisé son industrie textile, puis, à mesure que les pouvoirs politiques japonais s'orientaient vers l'impérialisme et souhaitaient augmenter la puissance

[37] ONUMA, *Japanese International Law In The Prewar Period - Perspectives On The Teaching And Research Of International Law In Prewar Japan* – In The Japanese Annual Of International Law, The International Law Association Of Japan, No. 29, 1986, pp. 23-47.
[38] Réforme fiscale connue sous le nom de 地租改正, en français « réforme de l'impôt foncier ».

technologique et militaire du pays, les industries lourdes telles que la sidérurgie ont commencé à se développer.

35.- Avec la diversification des secteurs industriels japonais, et le développement de techniques juridiques et financières telles qu'elles existaient en Occident, l'un des aspects fondamentaux du capitalisme japonais, à savoir les zaibatsu[39], a connu un développement aussi rapide que disproportionné. La notion de zaibatsu est très particulière, et tant son organisation que son mode de gestion sont très différents des méthodes de concentration et de collusion pratiquées à l'époque par les puissances occidentales. En termes d'organisation tout d'abord, le zaibatsu était un conglomérat, en ce qu'il concentre plusieurs entreprises de secteurs industriels très différents. Les zaibatsu incluaient systématiquement une banque permettant une gestion efficace des pertes et des bénéfices des diverses entreprises du conglomérat. Pour ce qui est de la gestion, cet ensemble industrialo-financier était détenu et contrôlé par une holding au moyen de prises de participation, holding elle-même détenue exclusivement par des familles et dont l'actionnariat était fermé, conformément à l'étymologie du mot zaibatsu lui-même.

36.- On constate ainsi que le phénomène concentratif accompagnant le capitalisme au Japon est bien différent par rapport aux pays l'ayant précédé sur cette voie. Si on compare les zaibatsu aux Konzerns allemands, bien qu'ils aient de nombreux points communs (entreprises détenues par une holding centrale et elle-même contrôlée de manière familiale), on remarque que les Konzerns avaient pour but la domination totale d'une industrie donnée par intégration verticale complète, des matières premières à la commercialisation, tandis que les zaibatsu cherchaient la diversification sans nécessairement monopoliser un secteur donné[40]. En outre, alors que les grands groupes tels que les trusts et les konzerns étaient très souvent parties à des cartels nationaux (surtout durant l'Allemagne de l'entre-deux-guerres) et à des cartels d'exportation internationaux, les quatre principaux zaibatsu, à savoir Mitsui, Sumitomo, Mitsubishi et Yasuda, loin de participer à des ententes mutuelles, avaient plutôt tendance à se livrer concurrence sur plusieurs marchés simultanément, et bien que les zaibatsu détinssent

[39] En japonais 財閥, littéralement « clan financier » ou « clique financière ».
[40] KAZUO, *The Early History of the Zaibatsu*, In The Developing Economies, Volume 4, n°4, 1966, pp. 535-566.

cumulativement une part importante des ressources du pays, la situation ressemblait davantage à un oligopole plutôt vivace du point de vue concurrentiel qu'à un monopole[41].

37.- De plus, les zaibatsu sont souvent tenus comme responsables de la conduite de la politique impérialiste du Japon qui a conduit à sa participation aux côtés de l'Allemagne nazie, mais la puissance des zaibatsu était en fait mal vue du pouvoir politique impérialiste qui les considérait comme une menace. Les cartels orchestrés par le gouvernement japonais de l'époque entre entreprises non affiliées à des zaibatsu ainsi que les nouveaux zaibatsu créés dans les années 1930 avec l'appui de ce même gouvernement visaient ainsi davantage à rivaliser avec les zaibatsu traditionnels pour amoindrir leur puissance relative plutôt que de renforcer ces derniers[42]. Indépendamment de l'importance de la responsabilité des zaibatsu dans la participation du Japon à la Seconde Guerre Mondiale, on constate que la principale différence entre les capitalismes français et japonais durant la période allant de leur création à l'après-guerre tient dans la différence du rôle de la concentration économique dans les deux pays.

38.- Alors qu'en France, le phénomène concentratif était peu développé en raison de l'esprit révolutionnaire et de la culture juridique française, le Japon a davantage misé sur la concentration économique comme un moyen d'accélérer à la fois son passage à l'économie de marché et sa montée en puissance dans le but de rivaliser avec les puissances occidentales, et d'adopter une politique impérialiste et colonialiste sur leur modèle. Seulement, alors que la France, faisant partie des pays vainqueurs de la guerre, a eu toute la liberté d'expérimenter la concentration économique par la suite, le Japon a du entamer sa reconstruction sans l'aide des zaibatsu, qui furent démantelés et dont la reconstitution fut, sinon totalement empêchée, du moins freinée par la sévérité de la loi anti-monopole à l'égard de toute forme de concentration économique. Comme nous le verrons par la suite, la « remise à zéro » après la Deuxième Guerre Mondiale de ces deux pays ainsi que l'influence directe et indirecte des Etats-Unis sur eux a permis de lisser quelque peu leurs différences historiques[43].

39.- Le Japon et la France de la deuxième moitié du XX^{ème} siècle adoptèrent tous les deux un capitalisme dirigiste (direct en France dans le cadre de l'économie planifiée et des nationalisations massives, indirect mais bien présent au Japon) dans lequel l'intervention de

[41] TSURUMI, *Sogoshosha : Engines of Export-Based Growth*, The Institute for Research on Public Policy, revised ed., 1984, p. 60.
[42] HALEY, *Antitrust in Germany and Japan: The First Fifty Years*, 1947-1998, University of Washington Press, 1ère éd., 2001, pp. 8-12.
[43] Sur ce point, voir Partie II, Titre II, Chapitre I, Section II, §1 de la présente thèse.

l'Etat a été la clé de la réussite de leur reconstruction, avec toutefois certaines différences stratégiques par la suite. Alors que le Japon a opté pour politique industrielle basée sur la production d'une multitude de biens de consommation et tournée vers l'exportation, la France a choisi de concentrer ses efforts sur quelques secteurs clés (nucléaire, transports, aéronautique) et de conserver un secteur agricole fort. L'adoption et l'application par les deux pays du contrôle des concentrations ayant eu lieu durant cette période, la comparaison franco-japonaise du contrôle des concentrations est d'autant plus aisée que le capitalisme tel qu'il a été pratiqué depuis la fin de la guerre dans les deux pays est beaucoup plus similaire que par le passé.

C'est dans ce contexte que les deux pays ont adopté un droit antitrust, et par extension un contrôle des concentrations.

§2. La réception du droit des concentrations.

40.- La France a créé une majeure partie de son propre droit, alors que le Japon a pratiqué une réception massive du droit occidental, français entre autres, à la fin du XIX^{ème} siècle. Les différences d'habitude de réception du droit (I) ont eu des conséquences importantes pour la réception du droit de la concurrence et des concentrations (II).

I. Une expérience différente du phénomène de réception du droit.

41.- A l'instar des autres Etats-nations apparus très tôt dans l'histoire européenne, la France a constitué elle-même son propre droit, et a par conséquent une très faible expérience de la réception du droit (A), alors que le Japon a au contraire pratiqué la réception du droit de manière extensive (B).

A. La France, créatrice de son propre droit.

42.- Lorsque l'on évoque le phénomène juridique en France, la première chose qui vient à l'esprit est la vague de codification du début du XIX^{ème} siècle, dont les codes continuent à être aujourd'hui le fondement du droit français. Cette initiative de codification, bien que novatrice dans sa démarche, ne consista pas tant en une création juridique qu'en une

sorte d'adaptation de certains principes réinterprétés à la lumière des considérations d'égalité et de justice propres à la Révolution française[44]. Ainsi le droit français lui-même n'est pas quelque chose de propre au pays qui aurait été créé ex nihilo, mais plutôt le résultat de la conciliation de coutumes, de principes de droit romain et de droit canonique[45]. Il convient toutefois de s'accorder sur le fait que l'essentiel du droit français d'aujourd'hui, bien qu'il n'ait pas été conçu dans sa totalité par des institutions françaises au sens moderne du terme, s'appuie sur des créations juridiques qui ne sont pas étrangères, et font partie de l'histoire culturelle française, qui est elle-même profondément liée à l'histoire de l'ensemble de l'Europe occidentale.

43.- A partir du moment où la France a synthétisé les pratiques et les principes préexistants grâce à la codification, elle s'est également dotée d'institutions permettant à la fois de créer ce droit de manière efficace, à savoir l'Assemblée Nationale et le Sénat, et de contrôler la conformité de ce droit aux principes suprêmes de la République, ce grâce au Conseil constitutionnel. Très tôt à l'échelle de l'histoire du droit moderne, La France a été en mesure de créer d'elle-même de nouvelles règles. Même lorsque les pays voisins ont développé similairement leur propre droit, le droit français n'a adopté les solutions juridiques de ces derniers que dans des situations exceptionnelles.[46]

44.- Il convient toutefois de relativiser cette affirmation d'un point de vue chronologique. S'il est vrai que la France n'a été que peu influencée juridiquement par d'autres pays depuis l'établissement de ses principaux codes de lois au début du XIX^{ème} siècle, et ce jusqu'à la fin de la Seconde guerre mondiale, le contexte politique et économique de reconstruction de l'Europe, et le bouleversement d'un ordre mondial dominé non plus par l'Europe, mais par les Etats-Unis et l'URSS (bien que l'influence de cette dernière sur la France ait été très faible, du fait du rattachement idéologique de la France au bloc libéral de l'Ouest) a eu pour conséquence une nécessité plus forte qu'avant pour la France d'adopter certaines lois ou certains concepts juridiques provenant de l'étranger.

45.- Toutefois, plus la construction européenne avance, plus certains domaines du droit dans lesquels la France avait posé des principes forts et influents auprès de nombreux pays, comme le droit français des contrats, partie importante du droit civil, sont influencés par

[44] GAMBARO, SACCO et VOGEL, *Le droit d'Occident et d'ailleurs*, LGDJ, 2011, p.232.
[45] GIRAUD, Essai sur l'histoire du droit français au Moyen-âge, 1846.
[46] GAMBARO, SACCO et VOGEL, op. cit., pp.279-280.

le droit communautaire en la matière, tendance qui devrait vraisemblablement se poursuivre[47]. L'autonomie dont fait preuve le droit communautaire vis-à-vis du droit des pays membres, et le fait que les instances européennes soient un centre d'innovation juridique important entraînent une réception juridique par la France de ces pratiques, réception à laquelle le pays n'était pas forcément habitué jusqu'à présent. Le deuxième facteur est l'influence relative des Etats-Unis dans certains domaines particuliers du droit, essentiellement en droit des affaires et en droit de la consommation, qui a pour conséquence l'introduction en droit français de certains concepts juridiques anglo-saxons. On peut citer, à titre d'exemple récent, la fiducie modelée sur le concept américain du trust[48].

46.- Même si la France est désormais davantage exposée au concept de réception du droit, alors qu'elle avait jusqu'à présent plus l'habitude d'être prise en modèle, elle ne semble pas totalement à l'aise avec cette notion. Le Japon en revanche maîtrise bien ce sujet.

B. Le Japon, récepteur aguerri.

47.- .- L'histoire juridique moderne du Japon est intimement liée à la notion de réception du droit. Il est même possible d'affirmer que le Japon est une sorte de pionnier en la matière, tant il s'est évertué à assimiler en peu de temps nombre de lois et de principes juridiques de l'Europe occidentale, qui lui étaient alors totalement étrangers. La réception du droit de l'occident par le Japon s'explique par différents facteurs, liés au contexte politique interne et international du Japon de la fin du XIX^{ème} siècle. Lorsque le Japon mit fin à la politique du *sakoku*, il ratifia de nombreux traités inégaux avec les puissances occidentales. Cet incident malheureux fit prendre conscience au gouvernement Meiji de l'importance de la connaissance et de la maîtrise du droit occidental, pour pouvoir renégocier ces traités iniques dans un premier temps, et au-delà pour moderniser la société japonaise dans son ensemble, afin que celle-ci puisse être considérée comme égale aux nations occidentales (à cette époque, « modernisation » voulait surtout dire « occidentalisation »).

48.- Le Japon traditionnel ne connaissait pas réellement les droits subjectifs tels qu'ils existent dans les ordres juridiques occidentaux, les rapports juridiques étant principalement

[47] Voir AUBRY, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, Aix-en-Provence, P.U.A.M, 2002.
[48] CHAMPAUD, *Fiducie. Origines et vicissitudes de la résurrection législative d'une très ancienne institution mise hors la loi depuis 181 ans. Nature et portée sociétale de la fiducie en tant que technique juridique de « substitution fidéicommissaire* » », RTD Com 2007, p.728.

des règles pénales (le *ritsu*) et administratives (le *ryo*) tandis que les rapports interindividuels étaient réglés par le *giri*, sorte d'hybride entre morale et coutume orchestrant le quotidien de la société[49]. La notion de droits subjectifs était à priori d'autant plus difficile à implanter dans la société japonaise que celle-ci était organisée de manière hiérarchique. Il y avait une hiérarchie de type féodale similaire à celle de l'Europe du Moyen-âge, divisant la société en seigneurs, guerriers et paysans, ces derniers étant, comme dans les structures féodales, en bas de l'échelle sociale, et n'ayant ainsi aucun droit, à fortiori envers leurs seigneurs. A cette structure se superposait les rapports de subordination/protection que l'on retrouve dans le confucianisme, où la valeur de la piété filiale, ou encore de la soumission de la femme à son mari organisait les rapports en société de manière bilatérale[50]. Ainsi, comme les individus n'étaient pas égaux entre eux, l'instauration d'un système juridique fondé sur l'égalité des individus en droit était à priori compliquée, mais le gouvernement japonais de l'époque avait la certitude que seul l'adoption d'un tel système permettrait au Japon de se faire accepter comme une nation civilisée par les puissances occidentales, et d'introduire le capitalisme pour que le pays puisse aussi rivaliser sur les plans économiques et commerciaux[51].

49.- Le processus de réception lui-même s'est effectué en deux étapes. Tout d'abord, les juristes japonais ont traduit massivement divers codes, notamment le code pénal et le code civil français, ainsi que le BGB allemand. Ces traductions ont ensuite été examinées par un groupe d'experts chargés d'adapter les dispositions étrangères aux particularités de la société japonaise et constituer ainsi les premiers codes japonais. Grâce à cette méthode, le Japon a pu s'équiper extrêmement vite d'une législation complète en droit civil, pénal et commercial. Toutefois, cette adoption rapide du droit occidental et des institutions judiciaires permettant de le faire respecter a certes permis au Japon une accession réussie au capitalisme moderne et un positionnement de choix parmi les nations les plus avancées, mais n'a pas réellement pénétré le fonctionnement interne de la société qui continue à privilégier les règles ancestrales du *giri* et la médiation plutôt qu'un règlement conflictuel des différends tel qu'il se pratique en occident, tendance qui évolue certes, mais à un rythme bien plus lent que celui de l'occidentalisation du droit elle-même[52].

[49] DAVID et JOFFRET-SPINOZI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11ème édition, 2002, p.426.
[50] JOÜON des LONGRAIS, *L'est et l'Ouest. Institutions du Japon et de l'Occident comparées*, 1958, p.256.
[51] NODA, op. cit., p. 544.
[52] KITAMURA, U*ne esquisse psychanalytique de l'homme juridique au Japon*, in Revue Internationale de Droit Comparé, 1987, Volume 39, n°4, pp.791-824.

50.-La notion et la pratique de la réception du droit ont ainsi connu une évolution très différente en France et au Japon. Alors que la France a très longtemps été considérée comme un modèle grâce à l'aura des codes napoléoniens, et n'a réellement commencé à pratiquer régulièrement la réception juridique qu'après la seconde guerre mondiale, le phénomène juridique au Japon est intimement lié à l'histoire de la réception du droit, et continue à l'être de nos jours, puisque le droit reste au Japon quelque chose de reçu de l'extérieur, et non un produit de la société japonaise. On note également que le processus de réception du droit en France est en général laborieux car le législateur veut être sur que le droit reçu sera à la fois conforme aux valeurs françaises et effectivement utilisé comme il se doit, alors que le Japon a davantage l'habitude d'adopter les textes en bloc en y apportant peu de modifications, quitte à ce que la pratique finale soit différente de l'esprit et de la lettre du texte tel qu'il était dans son système d'origine.

51.- Ces tendances générales se retrouvent dans la réception du droit de la concurrence en général, et du contrôle des concentrations dans ces deux pays.

II. Les différences de réception du contrôle des concentrations.

52.- Le contexte historique de la réception du droit des concentrations en France et au Japon est relativement différent, ce qui pourrait limiter la comparaison, mais l'évolution à court terme montre quand même certaines tendances propres à chaque pays. Alors que le droit japonais des concentrations a été à ses débuts imposé par les Etats-Unis (A), le droit français des concentrations a lui été davantage le produit d'une tentative de renouvellement de la politique économique (B).

A. Le droit japonais des concentrations, droit imposé par les Etats-Unis.

53.- Le contexte de réception du droit de la concurrence et des concentrations par le Japon diffère de celui de la réception du droit et des institutions occidentales de la fin du XIX^{ème} siècle, en ce qu'il n'a pas résulté du choix libre du gouvernement japonais, mais de la volonté du gouvernement provisoire américain. Après la capitulation japonaise mettant fin à la seconde guerre mondiale, le Japon fut maintenu sous domination américaine jusqu'en 1952. L'objectif à long terme était de mettre en place des institutions qui permettraient d'éviter le

retour d'une armée japonaise puissante soutenue par une économie concentrée. Les moyens utilisés furent de nature juridique, en imposant au Japon une constitution dans le sens classique du terme, et dans laquelle le pays renonce à la guerre sous toutes ses formes[53], et de manière plus originale, une constitution économique dans laquelle le Japon renonce à la concentration structurelle et à la collusion comportementale, afin d'éviter une reconstitution des *zaïbatsu* et de conserver une économie concurrentielle, à savoir l'AML. La JFTC a été également instaurée par cette loi et sera chargée de faire respecter les dispositions de l'AML de manière très administrative. En effet, puisque le but avoué de l'AML était de s'imposer comme la constitution économique du Japon, la JFTC a eu logiquement pour mission de faire respecter l'intérêt économique public de manière générale, sans se préoccuper d'intérêts privés spécifiques[54].

54.- Ainsi, L'AML a pour caractéristique principale l'adaptation quasi-littérale des dispositions antitrust américaines, et ce à plusieurs égards. Tout d'abord, le titre complet de la loi, « 私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律 » que l'on peut traduire par « loi sur l'interdiction du monopole privé et le maintien d'un commerce juste », est une référence directe à la section 1 du Sherman Act, qui comme on l'a vu plus tôt, identifiait l'interdiction du monopole et de sa tentative de constitution comme l'objectif principal du droit *antitrust*. Toutefois, L'AML étant intervenue après le Clayton Act, elle a intégré dès sa création des dispositions concernant la concentration économique. Ces dispositions étaient divisées en ce que l'on nomme le « contrôle de la concentration du marché » (en japonais 市場集中規制[55]) visant à l'interdiction d'une position majoritairement dominante sur un marché, et obligeant les entreprises détenant une telle position à rapporter à la JFTC l'ensemble de leurs acquisitions, et le « contrôle général de la concentration» (en japonais 一般集中規制) qui a pour but de contrôler de manière préventive la formation de monopoles en interdisant un certain nombre d'opérations de concentration. Alors que le « contrôle de la concentration du marché » est une disposition spécifique à la situation économique japonaise de l'époque servant à surveiller et à éventuellement démembrer une société concentrant une puissance économique trop importante, le « contrôle général de la concentration» est quant à lui une

[53] Constitution du Japon du 3 novembre 1946, article 9. Une version traduite en français de la Constitution japonaise est disponible à cette adresse : http://mjp.univ-perp.fr/constit/jp1946.htm#2
[54] HERINCKX, *Le droit de la concurrence au Japon*, in Revue Internationale de Droit Comparé, 1985, p. 322-324.
[55] Article 9 de l'AML.

adaptation fidèle du Clayton Act, et constitue ce que l'on désigne communément comme étant le véritable contrôle japonais des concentrations.

55.- Tout comme son modèle, les types d'opérations faisant l'objet du contrôle sont clairement énoncés dans la loi, et on retrouve ainsi la fusion (article 15 de l'AML), les prises de participation d'une société dans une autre (article 10 de l'AML pour les détentions d'actions, article 12 de l'AML pour la détention d'obligations), et les doubles emplois de dirigeants (article 13 de l'AML). Le législateur a également opté pour le critère de restriction substantielle de la concurrence (en japonais 競争の実質的制限) sur le modèle des Etats-Unis en tant que critère de l'atteinte au marché condamnable[56].

56.- Seulement, les Etats-Unis souhaitaient que cette loi anti-monopole fût largement plus sévère que celle de leur propres pays, et l'ont par conséquent doté de caractéristiques spécifiques tendant à rendre la reconstitution des *zaïbatsus* juridiquement impossible. La structure traditionnelle des *zaïbatsus* étant centrée autour d'une société holding détenue elle-même par des familles, des dispositions régulant la détention de participations par des personnes physiques[57] (article 14 de l'AML), et interdisant purement et simplement le holding, ou plus précisément, la constitution de sociétés n'ayant aucune autre activité que la détention et la gestion de titres d'autres sociétés (article 9 de l'AML). En outre, la holding, de par son absence d'activités industrielles et commerciales, était perçu par la doctrine américaine comme la source de nombreux malaises économiques en ce qu'elle avait réellement permis l'hégémonie des *trusts*, ce qui a renforcé la volonté américaine de faire ce qui n'avait jamais été fait aux Etats-Unis, et d'interdire définitivement ce type d'opérations[58].

57.- Le premier contrôle japonais des concentrations est ainsi la synthèse entre le Clayton Act, qui était à l'époque la seule législation sur les concentrations existant dans le monde, et la volonté du gouvernement provisoire américain d'éviter la reconstitution des *zaïbatsus*. En a résulté une loi à la fois fidèle au Clayton Act sous bien des aspects, et qui a montré une fois de plus la capacité du législateur japonais à recevoir le droit étranger de manière rapide et extensive, et allant à la fois plus loin que ce dernier, car tenant compte de certaines spécificités du capitalisme japonais.

---

[56] Pour un récit du processus d'adoption de cette notion, voir Competition Policy Research Center (interne à la JFTC), « 原始独占禁止法の制定過程と現行法への示唆 » (Le processus d'établissement de la première loi anti-monopole et commentaire de la loi actuelle), septembre 2006, p. 37.
[57] HALEY, op. cit., p. 10.
[58] THORELLI, *American Antitrust Policy: The Origination of a Tradition*, Stockholm 1954.

58.- Le contexte de réception du droit de la concurrence en général, et du contrôle des concentrations en particulier par la France diffère à ce titre sous bien des aspects.

B. Le droit français des concentrations, droit modelé par la politique économique.

59.- L'introduction en France des divers volets du droit de la concurrence a ceci de particulier que les dispositions ont été introduites de manière dispersée dans le temps, au gré des inflexions de la politique économique française. A l'instar de ce qui s'était produit aux Etats-Unis, la France a d'abord adopté des dispositions concernant les pratiques anticoncurrentielles. En effet, dès le lendemain de la seconde guerre mondiale, le législateur français a mis en place une ordonnance sur les prix, dont le but était d'éviter les inflations de prix des produits liées à la pénurie généralisée[59]. Quelques années plus tard, peu après l'implémentation du traité CECA qui contenait de manière limitée la première législation antitrust européenne, l'ordonnance de 1945 fut complétée par le décret n° 53-704 du 9 août 1953, dit « décret antitrust réglementant les ententes professionnelles et rétablissant la libre concurrence ». Alors qu'aux Etats-Unis, les décisions relatives à l'application du Sherman Act relevaient des tribunaux, la France a aussitôt décidé que le droit antitrust devait être un instrument de politique économique, et par conséquent que celui-ci devait être placé entre les mains du ministre de l'économie, par l'intermédiaire de la création d'une commission technique des ententes[60].

60.- Ce n'est qu'en 1977, après que l'Allemagne et le Royaume-Uni n'aient adopté un contrôle des concentrations respectivement en 1965 et en 1973[61], que la France a finalement fait de même. Les raisons de cette adoption tardive d'une législation sur les concentrations sont en partie les mêmes qui ont incité la Communauté européenne à retarder l'adoption d'une telle législation, à savoir l'idée selon laquelle le phénomène concentratif est bénéfique lorsqu'une économie se reconstruit, en ce qu'elle permet l'émergence d'acteurs économiques puissants capables de rivaliser sur le plan international. De plus, l'émergence de nouvelles formes de contrôle des concentrations a donné la possibilité à la France de s'inspirer d'autres pays que les Etats-Unis pour déterminer ses règles en la matière. Ainsi, loi de 1977 contient

[59] **Ordonnance n°45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix.**
[60] Article 59 quater de l'**Ordonnance n°45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix introduit par** le décret n° 53-704 du 9 août 1953.
[61] Monopoly and Mergers Act de 1965 au Royaume-Uni ; Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Loi contre les restrictions commerciales) de 1958 tel qu'amendé en 1973.

un certain nombre de différences significatives par rapport au droit américain des concentrations.

61.- Tout d'abord, le système français ne liste pas les types d'opérations soumises au contrôle des concentrations, préférant se baser sur une définition large reposant sur la notion de contrôle d'une entreprise. Cette définition s'inspire de celle présente dans l'article 66 du traité CECA, mais se veut encore plus adaptable en ce qu'elle ne mentionne aucune forme particulière de concentration. En ce qui concerne le critère de refus ou d'autorisation d'une opération de concentration, le système français a choisi d'adopter une méthode proche de celle employée par le Royaume-Uni, à savoir celle du bilan concurrentiel se proposant de mettre en balance les effets bénéfiques et néfastes de l'opération de concentration proposée[62]. En outre, la loi de 1977 a réformé le droit des ententes et des abus de position dominante, et instauré la commission de la concurrence, chargée d'examiner les opérations de concentration qui lui seront présentées par le ministre de l'économie. Elle a également hérité des fonctions de l'ancienne commission des ententes et des positions dominantes, dissoute à l'occasion[63].

62.- Le droit français de la concurrence a ainsi connu une forme complète et consolidée similaire à celle du Japon grâce à la loi de 1977, mais diffère essentiellement de par la nature éminemment politique du contrôle français, qui reste entre les mains d'une autorité politique, à savoir le ministre de l'économie. L'attitude de la France lors de la réception du droit des concentrations, et du droit de la concurrence en général, est conforme à ce qui a été constaté plus haut, à savoir un aménagement certain par rapport au modèle pris, là où le Japon a l'habitude de recevoir le droit « en bloc », tout du moins ce qui concerne la rédaction des textes. La préférence affichée au modèle communautaire n'est pas anodine, puisque la France, en tant que membre important de la Communauté dès le traité CECA avait logiquement participé à l'élaboration de ce dernier. Ainsi, même dans le cadre de la réception d'un droit de la concurrence né hors de France, le législateur français a simplement retenu le concept fondamental, pour l'aménager considérablement selon ses propres valeurs juridiques et ses intérêts politiques. Cette tendance s'explique par le fait que la France a une tradition législative ancienne, lui donnant une certaine assurance vis-à-vis du phénomène juridique, et lui interdisant d'adopter des lois étrangères telles quelles. Elle en extrait d'abord la substance, pour l'enfermer dans un corps législatif conforme à sa culture juridique.

---

[62] COT et LA LAURENCIE, *Le contrôle français des concentrations*, L.G.D.J, 2ème édition, 2003, p. 9

[63] **Loi n°77-806 du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante, article 1.**

63.- Il est enfin un point important auquel il convient de consacrer des développements extensifs, à savoir la place des contrôles français et japonais des concentrations au sein de l'ensemble des systèmes ayant adopté un tel contrôle. Si l'objectif de cette thèse est de concentrer toute son attention sur la comparaison entre les systèmes français et japonais, il convient toutefois de relativiser ces deux contrôles, et ce pour deux raisons principales. D'une part, le contrôle des concentrations, comme le reste du droit antitrust moderne, est une invention juridique américaine dont l'aventure a commencé à la fin du XIX^{ème} siècle, et s'est enrichi tout au long du XX^{ème} siècle. Il s'agit donc d'un droit étranger pour la France comme pour le Japon, que ces deux pays ont dû importer puis intégrer dans leur appareil juridique. Cette importation ne s'est pas effectuée de la même façon, ni dans les mêmes conditions, principalement à cause du contexte politique de ces deux pays après la Seconde Guerre Mondiale, mais aussi parce que l'attitude de la France et du Japon face au droit n'est pas la même. En effet, alors que la tradition juridique française et ancienne, et que la notion de droit au sens de droit subjectif est profondément ancrée dans l'inconscient collectif français, cette même notion est appréhendée différemment au Japon, qui a basculé d'un système féodal dans lequel le droit est essentiellement un instrument de répression à une monarchie parlementaire en seulement quelques années, grâce à l'importation massive de concepts juridiques occidentaux. Cette différence entre les deux pays quant au phénomène de réception du droit en général doit ainsi être examinée attentivement afin d'en voir les conséquences au niveau de la réception du droit de la concurrence, et par extension du contrôle des concentrations.

64.- Deuxièmement, dans une économie mondialisée où les opérations de concentration impliquent des entreprises de dimensions colossales et affectant des dizaines de marché nationaux, il est évident que certaines autorités en charge du contrôle des concentrations ont une influence plus importante que d'autres. Si les autorités américaines ont bien entendu une influence prépondérante en la matière, le contrôle communautaire des concentrations, bien que beaucoup plus jeune, a su définitivement s'imposer comme « l'autre » autorité de contrôle attentivement surveillée par les autorités nationales de contrôle des concentrations, et ce bien au-delà des frontières de l'Union européenne. Cette situation est née de la volonté des responsables de la Commission européenne, et lors de la réforme du contrôle communautaire des concentrations au début des années 2000, le commissaire de l'époque, M. Mario Monti, a lui-même déclaré que « les réformes vont améliorer nettement notre système de contrôle des concentrations pour en faire un modèle digne d'être suivi ailleurs dans le monde », montrant ainsi son intention d'étendre l'influence de ce contrôle au

niveau mondial[64]. Se pose alors la question de l'influence reçue par la France et le Japon de ces deux géants du contrôle des concentrations, et de la possible influence que la France et le Japon peuvent exercer à leur tour sur d'autres Etats, et plus généralement de leur faculté à conserver certaines particularités dans un domaine où la convergence est le mot d'ordre.

65.- De ce rapide aperçu se dégagent les deux problématiques principales du contrôle des concentrations. La première est essentiellement statique, puisqu'il s'agit de l'image que chaque système se fait de son propre contrôle des concentrations, de la manière de structurer la matière et des diverses problématiques qui en découlent. La deuxième, plus dynamique, traite de l'application de ces règles, et du processus que les parties doivent suivre dans chacun des systèmes concernés par cette étude pour que leur opération de concentration soit autorisée par les autorités en charge du contrôle. Ainsi, on s'intéressera tout d'abord aux différences de conceptualisation du contrôle des concentrations en France et au Japon (Partie I). Ensuite, nous analyserons le contrôle des concentrations en tant que processus, en traitant les rapports entre les entreprises notifiantes et les autorités en charge du contrôle dans le cadre de la procédure (Partie II).

[64] Propos recueillis à Bruxelles, le 11 décembre 2002, et rapportés dans le communiqué de presse IP/02/1856.

PARTIE I : LES DIFFERENCES CONCEPTUELLES DU CONTRÔLE.

66.- Cette étude comparative des contrôles des concentrations français et japonais se propose tout d'abord d'étudier la conception même de contrôle des concentrations dans ces deux pays. En effet, le fait qu'un dispositif apparemment similaire et répondant à première vue à un même objectif dans deux pays ne signifie pas nécessairement que ledit dispositif est identique dans ces deux pays.

67.- Si dans les deux pays, on parle de contrôle des concentrations, il faut tout d'abord chercher à savoir à quel but obéit ce contrôle. Pour cela, il faut en premier lieu déterminer quel effet produit par la concentration doit être contrôlé pour maintenir l'équilibre concurrentiel sur un marché donné. Au Japon, la notion qui revient systématiquement est celle de relation concentrative[65]. Quelle que soit l'opération abordée, la loi anti-monopole japonaise (ci-dessous AML) comme les lignes directrices de la *Japanese Fair Trade Commission* (ci-dessous JFTC) énoncent comme critère principal de détermination de l'atteinte à la concurrence, formulée comme étant la restriction concrète de la concurrence sur un marché donné, « *la formation, le maintien ou le renforcement de la relation concentrative* ». Cette notion de relation concentrative se définit comme la relation par laquelle plusieurs entreprises unissent leurs activités, partiellement voire complètement, par le biais d'une des opérations de concentration faisant l'objet du contrôle japonais des concentrations. Bien que cette définition formelle soit répétée à maintes reprises tout au long des lignes directrices de la JFTC, elle a cependant reçu des critiques quant à son bien-fondé[66]. Ces critiques ne représentent cependant qu'une minorité au sein de la doctrine et n'ont pas eu d'influence sur la pratique.

68.- Cette approche de la loi japonaise trouve une explication dans son modèle, le droit antitrust américain. En effet, le Clayton Act de 1912 cite lui aussi les opérations susceptibles d'être interdites si elles ont un effet restrictif de concurrence, et on retrouve par ailleurs une

[65] En japonais 結合関係

[66] HAYASHI, « 独禁法における企業結合概念の見直しに関する一考察 » (« *Une réflexion sur la révision du concept de concentration d'entreprise au sein de l'AML* »), Kôsei Torihiki, N°619, mai 2002, p.67 : « Si on se réfère uniquement à la loi, il suffit de prouver un lien de causalité entre une opération de concentration et une restriction concrète de la concurrence sur un marché donné pour que ladite opération soit réputée contraire à la loi, la reconnaissance d'une relation concentrative n'étant pas un élément nécessaire ».

partie des opérations listées dans l'AML dans le Clayton Act (détention d'actions et fusions dans la section 7 ; cumul de mandats de dirigeants dans la section 8). Voilà qui confirme une fois de plus l'affirmation posée par Louis Vogel dans sa thèse, selon laquelle la notion de concentration est définie par des critères de moyens dans les droits dits « antérieurs », et par des critères de résultats dans les droits « postérieurs »[67]. Il faut néanmoins nuancer cette affirmation, car d'une part, la législation française fait aussi appel à une définition par le moyen pour les opérations de fusion, et d'autre part, l'article 17 de l'AML, qui, en dressant une interdiction générale de toute opération énoncée dans les articles 9 à 16 de l'AML qui serait réalisée en prête-nom à des fins d'évasion de ces dispositions, essaie de rendre les dispositions de l'AML concernant le contrôle des concentrations plus adaptable.

69.- En France et en Europe, la notion centrale que l'on retrouve au sein de la législation et des lignes directrices est celle de contrôle de l'entreprise. Cette vision pragmatique de la concentration ayant pour unique critère celui du résultat[68] est assortie d'un moyen, celui de l'acquisition d'une influence déterminante. Par conséquent, pour qu'une opération de concentration soit réalisée, il faut qu'une entreprise, en acquérant une influence déterminante au sein d'une autre, en obtienne le contrôle. Cette notion d'influence déterminante provient avant tout du droit européen, où elle a été explicitée par le biais d'une communication, d'abord en 1998, rectifiée en 2008 pour s'adapter aux changements induits par l'adoption du règlement (CE) N°139/2004. L'influence déterminante y est réputée « *exister sur la base de droits, de contrats ou de tout autre moyen, pris isolément ou conjointement, et compte tenu des circonstances de fait ou de droit* »[69]. La Commission européenne, toujours dans une optique d'adaptabilité face aux diverses formes que peut revêtir la réalité économique d'une opération de concentration évite au maximum d'établir un critère trop rigide, et se base avant tout dans une optique de résultat.

70.- Il serait possible de faire une analyse comparative mettant en parallèle les notions de relation concentrative et d'influence déterminante si les législations française et européenne d'une part, et japonaise d'autre part, obéissaient à une structure similaire. Seulement, là où l'article 430-1 du Code de commerce reste sur cette définition ouverte, l'AML, en revanche, dresse la liste des opérations de concentration susceptibles d'être

[67] VOGEL, *concentration économique et droit de la concurrence*, Economica, 1988.
[68] COT et LA LAURENCIE, op.cit., p.82.
[69] Point 16 du Rectificatif à la communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JOUE C95 du 19 avril 2008.

contrôlées dans ses articles 9 à 16. L'examen de la création, du maintien ou du renforcement de la relation concentrative n'intervient qu'une fois qu'une opération a été identifiée comme appartenant à l'une des opérations énoncées par la loi. Bien que cette notion en elle-même, de par sa généralité, puisse servir à contrôler un vaste nombre d'opérations, cette plasticité est limitée par la catégorisation de la loi japonaise, et se contente de compléter le dispositif législatif japonais.

71.- De cette première série d'observations, on peut tirer deux conclusions. D'un point de vue de la théorie, il est possible de qualifier le contrôle japonais de contrôle des moyens de concentrations, et le contrôle français de contrôle du résultat de l'opération de concentration. Par conséquent, d'un point de vue pratique, il conviendra de définir et de comparer, dans les deux pays (et lorsque le besoin se fait sentir, aux Etats-Unis et en droit européen) d'une part, la notion de concentration (Titre I) et la notion d'atteinte à la concurrence (Titre II).

TITRE I : LA NOTION DE CONCENTRATION.

72.- Pour entamer cette comparaison, il est indispensable d'analyser attentivement à la fois ce que le terme de concentration d'entreprises regroupe comme types d'opération, mais également quels sont les moyens concrets, relevant davantage du droit et de l'ingénierie des sociétés, couramment employés par les entreprises pour parvenir à leurs fins concentratives. Ainsi si le terme de concentration fait aussitôt penser au concept de fusion (le droit américain ne parle-t-il pas de « *merger control* », sachant qu'en anglais, « *to merge* » signifie avant tout fusionner), que ce soit dans le cadre d'une fusion-acquisition (rachat d'une entreprise par une autre) ou d'une fusion absorption, faisant disparaître les entités parties à la fusion pour créer une nouvelle entité, la notion de concentration couvre également toutes les configurations de détention d'actions permettant de contrôler une entreprise sans la posséder. Après avoir examiné les différentes formes que peuvent revêtir une concentration relevant du contrôle des concentrations en France et au Japon (Chapitre I), la notion de contrôle d'une entreprise sera abordée (Chapitre II)

Chapitre I : La définition de l'opération de concentration.

73.- La définition de ce qu'est une opération contrôlable au titre du contrôle des concentrations constitue une première étape fondamentale du contrôle, abordée aussi bien en droit français[70], qu'en droit japonais[71] . Seront d'abord présentées les diverses opérations de concentration prévues par les textes (Section 1), pour ensuite s'attarder sur la méthodologie utilisée, à savoir une définition générale en France et une catégorisation stricte au Japon (Section 2).

Section 1 : Les opérations contrôlables au titre du contrôle des concentrations

74.- Le droit japonais fait une distinction entre les concentrations dites « souples » et celles dites « rigides » (§1), distinction qui a le mérite de proposer une dichotomie relativement bien fondée parmi l'ensemble des éventualités couvertes par le contrôle des concentrations. On note cependant qu'aussi bien en France qu'au Japon, en dépit d'une volonté toujours plus grande de soumettre l'ensemble de l'économie au droit de la concurrence, et par extension au contrôle des concentrations, certains secteurs économiques échappent au contrôle des concentrations pour des raisons politiques ou économiques (§2)

§1 : Concentrations « souples » et concentrations « rigides »

75.- L'existence d'une telle distinction n'est pas expressément disposée par la loi japonaise, mais ressort clairement dans les lignes directrices de la JFTC lorsqu'il est par exemple mentionné que le cumul de mandats de dirigeants ne constitue pas une concentration aussi forte qu'une fusion, ou encore lorsque l'on compare les opérations faisant l'objet d'une notification *ex-ante* en France et en Europe par exemple, par rapport à celles prévues par la loi anti-monopole japonaise antérieure à la réforme de 2009[72]. En effet, si en France, les opérations d'acquisition d'actions font l'objet d'une notification *ex ante* à l'instar de n'importe quelle autre opération de concentration, il en allait différemment au Japon de 1998

[70] art. L.430-1 C.Cce et III A.1. des lignes directrices de l'ADLC.
[71] art. 9 à 18 de l'AML et Partie 1 des lignes directrices de la JFTC.
[72] Ancien Art. 10-2 AML

à 2009, où celles-ci faisaient l'objet d'une simple notification *ex-post*. En outre, l'existence d'une interdiction des cumuls de mandats de dirigeant non assortie de l'obligation de notification, ce au sein même de la partie de l'AML réservée au contrôle des concentrations montre également que le législateur fait une différence entre les opérations nécessitant une notification ex ante et celles pour lesquelles une intervention ex post suffit. Cette différence était principalement justifiée par le fait qu'il existe des opérations facilement réversibles (I), en opposition à d'autres pour lesquelles un retour à la situation antérieure engagerait des coûts tels qu'il en devient peu envisageable (II).

I. Les opérations facilement réversibles.

76.- La principale motivation à l'instauration d'un système de contrôle des opérations de concentration avant qu'elles aient effectivement eu lieu tient avant tout à des considérations d'ordre matériel. Une opération de concentration, quelle qu'elle soit, nécessite de lourds investissements et une procédure administrative longue et fastidieuse afin d'être réalisée. De plus, la réalisation de l'opération implique des transformations radicales pour les sociétés parties à l'opération, notamment pour les opérations de fusion impliquant la disparition d'acteurs, parfois au profit de la création de nouvelles entités. Par conséquent, un retour à la situation initiale en cas d'opération de concentration violant les règles du droit de la concurrence constituerait une lourde dépense pour la ou les entités incriminées, voire une menace pour tout un marché selon la taille et l'importance qu'ont les entreprises fautives sur ledit marché. Parmi les opérations posant relativement peu de problèmes pour un retour à l'état antérieur, on trouve principalement les acquisitions d'actions (A) et le cumul des mandats de dirigeant (B)

A. Les acquisitions d'actions[73].

77.- Nous étudierons tout d'abord les acquisitions d'actions sous la loi japonaise (1), avant de nous pencher sur leur traitement en France et en Europe (2).

[73] Le but de cette section est essentiellement de présenter et de comparer les législations françaises et japonaises en la matière. L'analyse des questions concernant le contrôle d'une entreprise par le biais d'une participation minoritaire feront l'objet du deuxième chapitre de cette première partie.

1. Les acquisitions d'action au Japon.

78.- Le principal exemple de ce qui constitue une opération facilement réversible est l'acquisition d'actions. Bien que sujette à notification en France[74], comme toute autre opération de concentration, ce n'est que depuis la réforme du contrôle des concentrations de 2009 au Japon[75] que cette opération fait l'objet d'une obligation de notification *ex ante*. Le système antérieur à cette réforme[76] , appelé système de rapport postérieur[77], partait du postulat qu'une notification d'une opération *ex ante* n'est nécessaire que lorsque ladite opération entraîne inévitablement une unification structurelle, et que, par conséquent, une notification *ex ante* est inutile pour une opération de concentration plus souple d'un point de vue structurel et qui est donc plus facilement annulable si elle a pour conséquence une restriction de la concurrence[78]. Par ailleurs, en droit européen, ne sont soumises à la notification que les prises de participation qui ont pour conséquence la prise de contrôle de la cible, et ce indépendamment de l'éventuel dépassement des seuils de contrôle, ce qui montre que l'acquisition d'actions, même en grand nombre, n'est pas systématiquement constitutif d'une concentration[79].

79.- En 1998, la législation japonaise du contrôle des concentrations a connu une réforme importante[80], en ce qu'elle a introduit un système de seuils pour la notification, au lieu du rapport annuel systématique de détention d'actions telle qu'introduit en 1949, ce pour diminuer la charge administrative et les coûts engendrés par un tel contrôle macroéconomique. En matière de détention d'actions, on observe alors deux avancées majeures.

80.- La première fut l'extension territoriale de l'applicabilité du contrôle des opérations de transfert d'actions aux entreprises étrangères[81], au sens le plus large qui soit. La société qui acquiert les actions, la société-cible voire les deux peuvent être étrangères, à partir du moment où preuve est faite que l'acquisition d'actions a un effet restrictif de concurrence sur le marché japonais.

---

[74] L-430-3 C.Cce sur la base de L-430-1 2° C.Cce.
[75] Loi n°51 du 10 juin 2009, « 19ème réforme partielle de l'AML ».
[76] La notification ex-post des transferts d'actions était contenue dans les anciens art. 10-2 et 10-3 de l'AML
[77] En japonais, 事後報告制度.
[78] KAWAHAMA et. al., 企業結合ガイドラインの解説と分析 » (*Commentaire et analyse des lignes directrices relatives au contrôle des concentrations)*, Shôjihômu, 2008, p.13.
[79] Commission européenne, Règlement (CE) n°139/2004, article 3 (5).
[80] Loi n° 85 du 25 mai 1998, « 15ème réforme partielle de l'AML ».
[81] Art 9-2 AML. La notion de société étrangère s'entend ici comme une société non constituée sur le sol japonais.

81.- La deuxième modification fut l'aménagement d'un régime spécial pour la détention et l'acquisition d'actions, avec le passage d'un système de notification *ex ante* identique à celui appliqué aux autres opérations de concentration au système de rapport postérieur cité plus haut. Ce système de notification *ex post* ne sera finalement appliqué que dix ans, puisque la réforme du droit de la concurrence japonais de 2009[82] a eu pour conséquence un retour à un système de notification *ex ante* pour les acquisitions ou la détention d'actions. Il est intéressant de remarquer que cette réforme n'a en rien modifié les conditions pour qu'une opération d'acquisition d'actions soit notifiable, bien que la notification n'intervienne plus après mais avant l'opération. De plus, alors que l'article précisait antérieurement que les entreprises financières et d'assurances étaient exemptées de notification *ex post*, cette exemption ne figure plus dans le nouvel article.

82.- Ce système s'organisait de façon similaire à une notification *ex ante* car fonctionnait à l'aide de seuils. Toute entreprise disposant d'un patrimoine total de plus de 2 milliards de yens, ou, d'une part toute entreprise détenue à plus de 50% par une société mère de droit japonais, et d'autre part toute société fille[83] dont le patrimoine total dépasse 10 milliards de yens, ayant acquis ou renforcé sa participation pour l'élever à plus de 10%, plus de 25% ou plus de 50% dans une société au patrimoine total de 10 milliards de yens (dans le cas d'une société étrangère, ne sera pris en compte que le chiffre d'affaires effectué sur le territoire japonais), devait impérativement notifier cette prise de participation à la JFTC par la soumission d'un rapport écrit de détention d'actions[84], ce dans les 30 jours suivant ladite prise de participation.

83.- Désormais, la loi japonaise possède deux articles distincts concernant la détention d'actions. L'article 10-2 de l'AML s'intitule *la réglementation de la détention d'actions par une société.* Il n'y est question, par conséquent, que de la détention d'actions d'une société par une autre société. L'article 14 vient quant à lui compléter cette législation. Il s'intitule *la réglementation de la loi par des personnes autres que des sociétés,* et sa rédaction, très courte, est identique en termes de contenu à celle de l'article 10 section 1, sauf qu'ici sont concernées les personnes autres que les sociétés. L'article en lui-même ne définit pas quelles sont les

[82] Loi n°51 du 10 juin 2009, « 19ème réforme partielle de l'AML ».
[83] Ici, société fille s'entend comme toute société dont la majorité des droits de vote est détenue par une société mère, comme disposé à l'art. 2-10 de l'AML.
[84] En japonais 株式所有報告書.

personnes physiques qui sont incluses dans cette notion de « personnes autres que des sociétés ». Les lignes directrices de la JFTC s'en chargent[85].

84.- Sont concernées ici non seulement les personnes privées, mais également tous les groupements disposant de la personnalité morale et n'étant pas une société au sens de la loi sur les sociétés japonaise[86], à savoir les fondations, les associations, les personnes morales spéciales[87], les collectivités locales, les coffres, les syndicats et les coopératives. Il n'est à aucun moment exigé que ces personnes autres que des sociétés notifient l'acquisition d'actions à la JFTC. L'existence d'une législation supplémentaire est ici aussi liée au contexte de création de l'AML. Dans les zaibatsu d'avant-guerre, il était fréquent qu'en plus des participations de leur société dans une autre, les membres de la famille détenant ladite société fassent l'acquisition en leur nom propre d'actions de la société-cible, renforçant encore plus la complexité des participations croisées.

85.- Qu'advient-il de la notification de ces opérations, qu'elle intervienne *ex ante* ou *ex post* ? Il semblerait tout simplement qu'aucune obligation de notification, quelle qu'elle soit, ne soit requise en cas de détention d'actions par des personnes physiques. Alors qu'à l'époque de la première AML, on l'a vu, la volonté du législateur était d'imposer une réglementation extrêmement stricte de la détention d'actions, notamment par des personnes physiques, l'évolution des pratiques économiques japonaises a démontré que les opérations d'acquisition d'actions les plus importantes, et par conséquent les plus à même de restreindre de façon concrète la concurrence étaient celles effectuées par des sociétés, et non des personnes physiques. De ce fait, la réglementation de la détention d'actions par des personnes physiques n'exigeait plus d'être menée aussi strictement qu'auparavant, ce qui a mené à l'abolition générale de l'obligation d'adresser à la JFTC un rapport en cas de détention d'actions par une personne physique[88].

86.- Les lois françaises et européennes traitent les détentions d'action différemment.

---

[85] Lignes directrices concernant le contrôle des concentrations dans le cadre de l'AML, Partie 1, 1 (2).

[86] La loi sur les sociétés japonaise reconnaît quatre formes de société : la société par actions, la société à responsabilité limitée, la société en commandite simple, et la société en nom collectif.

[87] En japonais 特集法人, il s'agit de personnes morales crées spécialement par décret, que l'on pourrait rapprocher d'autorités administratives indépendantes.

[88] UTORO, « 企業結合規制の手続規定等に係る独占禁止法改正について » (*Des règles de procédure du contrôle des concentrations en rapport avec la réforme de la loi anti-monopole*) 、In 公正取引、N° 574, Aout 1998, p.4.

2. Les détentions d'action en France et en Europe.

87.- L'éventualité d'une acquisition ou d'une détention d'actions par une entité autre qu'une entreprise est également prise en compte en droit français. Bien que contrairement au droit japonais, il n'y ait pas de texte spécifique concernant les personnes morales autres que les sociétés, l'article L.430-1 2° du Code de commerce parle de « personnes », et ce terme est défini par les lignes directrices comme comprenant « les personnes morales de droit privé, les organismes de droit public, y compris l'Etat lui-même, et les personnes physiques ». Les personnes physiques ne seront toutefois concernées par l'application de l'article que si elles exercent une activité économique pour leur compte propre ou si elles contrôlent au moins une autre entreprise avant l'opération[89]. Les lignes directrices évoquent deux jurisprudences de la Commission Européenne pour étayer leur interprétation.

87. -Dans la première, Asko/Jakobs/Adia du 5 octobre 1992, l'acquisition commune d'Adia, société suisse de ressources humaines, par la société holding allemande Asko et M. Jakobs, un investisseur suisse personne physique a été autorisée[90]. D'un point de vue analytique, la Commission ne semble pas avoir traité le cas de M. Jakobs différemment de si elle avait affaire à une société ordinaire, la décision ayant été autorisée entre autres car les principaux investissements de M. Jakobs étaient réalisés dans des secteurs totalement différents de celui des ressources humaines.

88.- Dans la deuxième affaire, il était question du rachat d'actions de la société Travelex par la société Apax, sociétés exerçant toutes deux sur le marché des bureaux de remboursement de la TVA sur des produits achetés à l'étranger[91]. Travelex était détenue par un investisseur privé, M. Dorfman, mais cette détention n'a pas posé de problème particulier car la Commission a considéré qu' « étant donné que M. Dorfman est un individu ne menant aucune activité économique autre que dans Travelex, il n'est pas une entreprise concernée par le contrôle européen des concentrations »[92]. Pour ce qui est des personnes de droit public, le droit français comme le droit européen reconnaissent que des entreprises dans lesquelles l'Etat est actionnaire majoritaire peuvent faire l'objet du contrôle des concentrations, et par conséquent, une prise de participation d'une entreprise publique dans une entreprise privée ou d'une entreprise publique par une autre est tout à fait envisageable. La commission

[89] Lignes directrices de l'ADLC relatives au contrôle des concentrations, III, A. 1. §20.
[90] IV/M.082 Asko/Jakobs/Adia.
[91] COMP/M.3782 Apax/Travelex.
[92]" Given that Mr. Dorfman is an individual who does not carry out any economic activities other than in Travelex he is not considered an undertaking concerned under the ECMR."

européenne a été amenée elle aussi à examiner des affaires où étaient concernées des personnes publiques. Une distinction est alors faite entre les concentrations entre les sociétés appartenant à un Etat sans pouvoir de décision autonome, concentration qui sera alors considérée comme une restructuration, et les entreprises disposant d'un pouvoir de décision autonome, et qui seront traitées comme des opérations de concentration classiques[93].

89.- Alors qu'en France et en Europe, la notion de notification porte systématiquement en elle un caractère à priori, pour éviter les problèmes liés à l'annulation d'une opération si celle-ci fait l'objet d'une interdiction, du fait des diverses réformes entreprises au Japon pour assouplir l'AML originelle, certains types d'opération ont ainsi été soumis à des rapports postérieurs, dont le but était d'avantage une surveillance du phénomène concentratif qu'un réel contrôle sur les opérations de concentrations. En outre, les arguments en faveur d'un système de notification *ex post* pour l'acquisition ou la détention d'actions cités plus haut ont rencontré des critiques, ce même sur le sol japonais. Le principal reproche fait à ce système était notamment de minimiser les problèmes intervenant en réalité lors de l'annulation d'une opération de ce type. En effet, la loi japonaise sur les sociétés, dans ses articles 467, 4° et 309-2, 11° dispose que toute cession, délégation ou location de l'entreprise, ou tout contrat de mise en commun des pertes et profits nécessitent une décision prise en assemblée extraordinaire du CA pour leur annulation.

90.- Par conséquent, même lorsqu'il s'agit d'un contrat, si celui-ci a des conséquences sur la structure des sociétés concernées, l'annulation de ce contrat et le retour à la situation antérieure ne se feront pas sans mal. On peut alors s'interroger sur les motivations du législateur japonais quant à l'intérêt, en 1998, de proposer ce système de rapport postérieur, puisqu'il a été remplacé par un système de notification ex ante en 2009. La question, posée au directeur du contrôle des concentrations au sein de la JFTC, n'a pas trouvé de justification probante, mais il semble que le Japon ne soit pas le seul pays à avoir fait ce choix (à l'heure actuelle, la Corée du sud et l'Indonésie ont un système de rapport postérieur pour les acquisitions d'action). De par les difficultés pratiques que poserait un contrôle des prises de participation ex post sévère, dans lequel les entreprises parties risqueraient effectivement de voir leur opération annulée, il est évident qu'un tel système a été mis en place pour davantage pour des raisons de surveillance économique que de contrôle strict des concentrations.

[93] COT et LA LAURENCIE, op. cit., p.86.

B. Le cumul des mandats de dirigeant.

91.- Alors que le cumul des mandats de dirigeants constitue une infraction aux règles du contrôle des concentrations au Japon (1), il n'est qu'un simple indice de la relation concentrative auprès des autorités française et européenne des concentrations (2).

1. Le cumul des mandats de dirigeants en tant qu'infraction au Japon.

92.- Cette notion, présente en droit américain [94] sous le nom de « *interlocking directorates* » a été introduite par le Clayton Act en 1914, et constitue un point d'opposition intéressant entre le droit français et le droit japonais des concentrations. En effet, bien que présente en droit japonais, et ce dès l'établissement de l'AML[95], cette notion est étonnamment absente des textes de loi français et européens. De par l'origine américaine de l'interdiction du cumul des mandats de dirigeant, il convient de revenir d'abord sur la définition de cette notion en droit américain. La section 8 du Clayton Act dispose ainsi l'interdiction pour une personne de servir en tant que dirigeant dans deux sociétés réputées être concurrentes. Elle a fait l'objet d'une importante réforme en 1990 ayant pour objet l'extension de cette interdiction aux mandataires sociaux.

93.- Si le cumul de mandats de dirigeants est également interdit au Japon sous certaines conditions, il est intéressant de constater que ces conditions sont extrêmement différentes de celles posées aux Etats-Unis, alors même que l'AML a été bâtie sur le modèle de la législation antitrust américain. Tandis que la loi américaine ne précise pas plus avant les professions concernées par le terme « interlocking directorates », la loi ne mentionnant que les mandats de *director* et d'*officer*[96], les lignes directrices de la JFTC précisent que la liste non exhaustive[97] de l'ensemble des emplois et mandats susceptibles de tomber sous la législation du cumul de

[94] Clayton Act, Section 8, codifié à 15 U.S.C §19
[95] Art. 13 AML.
[96] 15 U.S.C § 19 (a) (1)
[97] On peut interpréter la mention « ainsi que tout mandat similaire » comme une invitation du législateur à une certaine souplesse dans la catégorisation des mandats afin d'appliquer la loi à la majorité des cas. Par ailleurs, les lignes directrices japonaises précisent cette mention de mandat similaire comme tous les personnes officiellement conseillers ou auditeurs et qui dans les faits siègent aux assemblées de directeur et participent à la gestion de la société.

mandats de dirigeants[98] sont ceux contenus à l'article 2 section 3 de l'AML. Sont ainsi concernés les postes de directeur, d'administrateur, d'exécutif, de salarié ayant des compétences exécutives, de superviseur, d'auditeur ainsi que tous les mandats similaires.

94.- Sont également concernés les gérants tels que définis dans l'article 10 de la loi sur les sociétés[99], les employés disposant des mêmes prérogatives que les gérants (comme les directeurs de succursale par exemple) et les responsables de succursales ou du siège. Il est par ailleurs intéressant de constater qu'une définition de la notion de dirigeant est présente en droit des sociétés japonais[100], mais qu'elle est moins extensive que celle proposée par l'AML. Tous les mandats de dirigeant de tous les types de société prévus par la loi japonaise sont visés : les directeurs et auditeurs de sociétés par actions et de mutuelles, les associés en charge de la gestion dans les sociétés en commandite simple, par actions, ainsi que dans les sociétés à responsabilité limitée.

95.- Cependant la loi japonaise va plus loin que son modèle américain, en ce sens que l'article 13 de l'AML interdit également à un employé d'une société d'occuper un mandat de dirigeant dans une autre, si de ce cumul résulte une restriction concrète de la concurrence sur un marché donné. Cet article définit le terme de salarié comme « une personne n'étant pas dirigeant et qui poursuit de façon continuelle les affaires de la société ». On peut par exemple citer les directeurs de division ou de département[101]. Les lignes directrices ajoutent par ailleurs que les intérimaires et employés en travail temporaire ne sont pas concernés, mais que la loi s'applique pour les employés transférés[102]. Si la loi interdit à un dirigeant ou un employé d'occuper les fonctions de dirigeant dans une autre société, elle n'interdit ni à un dirigeant, ni

[98] Lignes directrices concernant le contrôle des concentrations dans le cadre de l'AML, Partie 1, 2 (1) : étendue du terme « dirigeant »

[99] *la société peut nommer un gérant afin de conduire ses affaires au sein de son siège social ou pour ses succursales*

[100] Loi sur les sociétés, art 329 section 1, « dirigeant désigne les directeurs généraux, les directeurs de la compatibilité, et les auditeurs ».

[101] La structure organisationnelle des entreprises japonaises différant des structures françaises, certains noms de poste, une fois traduits en français, peuvent poser des problèmes car il est difficile de trouver un équivalent dans nos formes sociales. Pour une meilleure compréhension de l'entreprise « à la japonaise », v. SUZUKI (Yoshitaka), *Structures d'organisation des entreprises japonaises. Analyse historique comparative*, in Annales, histoire, sciences sociales, volume 49, numéro 3, 1994, p.576 et s.

[102] Le ministère japonais du travail fait la distinction entre l'intérim d'une part, qui ne fait naître un contrat de travail qu'entre l'employé et la société de travail temporaire, la société dans laquelle l'employé est envoyé ne disposant que d'un droit d'utilisation du travailleur, et le transfert temporaire d'autre part, dans lequel l'employé est lié par contrat de travail à la fois avec l'entreprise qui l'envoie (souvent l'entreprise dans laquelle il exerçait habituellement ses fonctions) et avec l'entreprise qui le reçoit et dans laquelle il exercera désormais ses fonctions.

à un employé d'une société d'être employé d'une autre société, car on suppose que son statut d'employé dans l'autre société ne lui permet pas d'influer sur les prises de décision de celle-ci.

96.- En outre, le cumul ne sera pas constitué si le dirigeant ou l'employé d'une société est officiellement démis de ses fonctions dans cette société avant d'exercer en tant que dirigeant dans une autre, bien que le risque d'un tel dirigeant de subir une influence de son précédent employeur subsiste. Cependant, si dans une telle situation, preuve est faite d'une restriction de la concurrence, et d'un lien de causalité entre cette restriction et la situation évoquée ci-dessus, il sera possible pour la JFTC d'intervenir grâce à l'article 17 de l'AML, pour sanctionner ce qui sera alors considéré comme un acte d'évasion de l'article 13 de l'AML[103].

97.- Cette interdiction n'est au demeurant pas systématique. A l'instar de la détention d'actions, il faut que, par le biais du cumul de mandats de dirigeant, la relation concentrative entre les sociétés en cause se forme, se maintienne ou se renforce pour que le cumul de mandats de dirigeants soit interdit. Les lignes directrices énoncent les critères pris en compte pour reconnaître l'existence d'une relation concentrative[104] :

-Tout d'abord, lorsque la majorité absolue du nombre total de dirigeants d'une société est constitué de dirigeants ou d'employés d'une autre société.

-Ensuite, lorsque le dirigeant cumulant les mandats possède un droit de représentation dans les deux sociétés.

-Enfin, même lorsque les deux conditions évoquées ci-dessus ne sont pas remplies, la JFC prendra en compte un faisceau d'indices pour évaluer la relation concentrative, comme le fait pour le dirigeant d'exercer ses fonctions à plein temps ou non, la proportion de dirigeants ou d'employés d'une société exerçant en tant que dirigeants dans une autre, la situation de détention des droits de votes entre les sociétés, les relations commerciales et financières liant les sociétés, ou encore les partenariats d'activités. Il est à noter que sont également prises en compte les relations concentratives antérieures unissant les sociétés impliquées dans le cumul de mandats de dirigeant à d'autres sociétés indépendantes de l'affaire.

[103] L'article 17 de l'AML pose une interdiction générale de tout acte visant à échapper à l'application des articles 9 à 16 de l'AML, et sa section 2 octroie à la JFTC la possibilité d'injonctions pour mettre fin aux actes en question (en l'occurrence, la possibilité d'obliger le dirigeant de quitter son poste). v. NEGISHI, « 独占禁止法の基本問題 **» (***Problèmes fondamentaux en droit de la concurrence)*, Yuhikaku, 1990, p146.
[104] Lignes directrices concernant le contrôle des concentrations dans le cadre de l'AML, Partie 1, 2 (2).

98.- Par opposition, certaines configurations excluent de facto la possibilité d'une relation concentrative par le biais d'un cumul de mandats de dirigeants[105]. Les lignes directrices évoquent ainsi la situation ou la proportion de dirigeants d'une société déjà dirigeants ou employés d'une autre société est inférieure à 10 % et où ses dirigeants ne disposent pas du droit de représentation, ou encore la situation de cumul de mandats par des dirigeants n'exerçant pas à temps complet avec une détention d'action de moins de 10% d'actions entre les entreprises, lorsque la proportion de dirigeants d'une société déjà dirigeants ou employés d'une autre société est inférieure à 25 %. Est également exclu le cumul de mandats de dirigeants entre des sociétés faisant partie du même groupe.

99.- L'article 13 de l'AML, dans sa section 2 vient réprimer le cumul de mandats de dirigeant si celui-ci est constitué aux moyens d'une pratique anticoncurrentielle[106]. Les conditions sont légèrement différentes de celles posées dans la section 1, puisque ici les entreprises doivent être concurrentes pour que l'interdiction soit constituée. La situation de concurrence est définie à l'article 2 section 4 de l'AML, qui différencie deux types de comportements concurrentiels, à savoir, la situation dans laquelle des entreprises offrent des produits et services identiques ou équivalents à un même groupe de demandeurs (on parle de concurrence entre vendeurs), et celle ou des entreprises se voient offrir des produits et services identiques ou équivalents par un même groupe d'offrants (on parle alors de concurrence entre acheteurs). Cette concurrence peut être concrète ou potentielle.

100.- Il n'y a malheureusement pas d'exemple jurisprudentiel où l'article 13 section 2 aurait été utilisé, et par conséquent la littérature à ce sujet se contente d'envisager les situations où une telle interdiction pourrait éventuellement être constatée. Par exemple, une entreprise qui affaiblirait un de ses concurrents par une pratique commerciale injuste, comme une vente liée ou une transaction contenant une condition exclusive, pourrait utiliser la position de faiblesse dans laquelle elle a placé sa concurrente pour lui forcer à accepter d'admettre un de ses dirigeants ou un de ses employés en tant que dirigeant en son propre sein[107]. De plus, le fait d'intervenir auprès d'un partenaire commercial afin de l'obliger à

[105] Lignes directrices concernant le contrôle des concentrations dans le cadre de l'AML, Partie 1, 2 (4).
[106] « Une entreprise ne forcera pas une entreprise concurrent sur le territoire national à reconnaitre un de ses dirigeants en tant que dirigeant ou employé , ou un de ses employés en tant que dirigeant de ladite entreprise concurrente au moyen d'une pratique commerciale injuste »
[107] 地頭所五男編「新しい独禁法の実務」、商事法務研究会、1993 年、240 項

employer ou nommer en tant que dirigeant un de ses propres employés ou dirigeants tombe alors sous le joug de l'abus de position dominante[108].

101.- Au Japon, les infractions au droit de la concurrence peuvent être assorties de sanctions pénales, à savoir des amendes et des peines d'emprisonnement. Ainsi, en vertu de l'article 91-3 de l'AML, le cumul de mandats de dirigeants peut, outre l'injonction de démission prononcée elle sur la base de l'article 13 de l4AML, se voir sanctionnée d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à un an, et d'une amende d'un montant maximum de deux millions de yens[109].

102.- Le cumul d'emplois de dirigeant a fait l'objet de décisions importantes dans les années 1970, ce qui souligne l'intérêt d'une telle interdiction dans un pays où les moyens de concentration employés ne sont pas uniquement financiers mais aussi humains. Le premier cas le plus connu est l'affaire des chemins de fer d'Hiroshima du 17 juillet 1973[110]. Dans cette affaire, la société de chemins de fer d'Hiroshima était une compagnie de transports majeure de la municipalité d'Hiroshima et de ses environs, officiant principalement dans les secteurs du transport ferroviaire régional, du tramway, du transport de voyageurs par bus et de la location de bus. En 1971, les trois principaux dirigeants d'Hiroshima Bus ont signalé leur intention de vendre des actions de la société, et au terme de rachats successifs, la société de chemins de fer d'Hiroshima s'est retrouvée en possession de 110.000 des 130.000 actions de Hiroshima Bus, soit 85%. En parallèle, lors de deux assemblées générales et des actionnaires de Hiroshima Bus de 1971, deux dirigeants de la société de chemin de fer d'Hiroshima ont été élus directeurs de Hiroshima bus, un troisième a été élu auditeur, et un employé de la première société a été élu directeur de la seconde, ce sans être démis de leur fonctions dans leur entreprise d'origine.

103.- La JFTC a estimé que la présence de directeurs et d'employés de la société de chemin de fer d'Hiroshima dans le directoire de Hiroshima Bus restreignait la concurrence sur le marché des transports de voyageurs par chemin de fer et par bus dans l'agglomération

[108] L'AML en son article 20 section 6 admet l'abus de position dominante comme susceptible de faire l'objet d'une condamnation au paiement d'une amende. En outre, les pratiques commerciales injustes sont regroupées au sein d'une liste de comportements prédéfinis s'intitulant « indications générales » (一般指定), l'abus de position dominante étant l'objet de la section 14 de cette liste.

[109] L'article 91 de l'AML vient en renforcement des dispositions concernant la détention d'actions et le cumul de mandats dans le cadre du contrôle des concentrations, en y assortissant une peine d'emprisonnement d'un an maximum et une amende d'un montant maximum de deux millions de yens. L'article inclut également tout acte qui viserait à échapper à l'application des dispositions concernant la détention d'actions et le cumul de mandats

[110] 広島電鉄事件－同意審決昭 48 年 7 月 17 日　(審決集 20・62)

d'Hiroshima, et enfreignait par conséquent l'article 13 de l'AML. Elle a aussi jugé que la détention de 85% des actions de Hiroshima Bus allait à l'encontre de l'article 10-1 de l'AML, interdisant la détention d'actions qui aurait pour conséquence une restriction de la concurrence sur un marché donné. La société de chemins de fer d'Hiroshima a par conséquent été enjointe à céder 80.000 des 110.000 actions d'Hiroshima Bus qu'elle détenait. Les dirigeants et employés de la société de chemins de fer d'Hiroshima ayant un mandat de dirigeant dans la société Hiroshima Bus ont été contraints à se démettre de leur fonction.

104.- Le traitement du cumul de mandats de dirigeant par les autorités française et européenne de contrôle est très différent.

2. Le traitement du cumul de mandats de dirigeant par l'ADLC et la Commission européenne.

105.- Les textes de lois européens et français sont quant à eux totalement muets sur la question du cumul de mandats de dirigeant. Cela ne veut pas dire pour autant que la commission européenne et l'ADLC ignorent le phénomène. Ainsi, les lignes directrices françaises évoquent « la possibilité de nommer certains responsables au sein des organes dirigeants de l'entreprise »[111] au sujet des critères d'appréciation d'une influence déterminante, mais cette possibilité n'est qu'un élément parmi d'autres constituant un faisceau d'indices, et ne saurait suffire à elle seule pour qualifier une opération de concentration. De plus, la pratique décisionnelle française montre davantage un intérêt pour des droits de vétos spécifiques qui porteraient sur la nomination des dirigeants, que ceux-ci soient dirigeants ou employés de la société acquérant des actions ou pas[112].

106.- La Commission européenne s'est elle penchée davantage sur la question dans une newsletter[113], où elle reconnaît que la question ne sera pas abordée en fonction du dépassement ou non d'un certain seuil, mais plutôt au cas par cas, si la situation impose une certaine vigilance vis-à-vis d'une possibilité de cumul de mandats de dirigeants qui pourrait

[111] Lignes directrices de l'ADLC relatives au contrôle des concentrations, III, 3, a) .40, troisième point (p.14)

[112] Ainsi, dans une affaire dans le secteur du sucre : « Tereos ne disposera pas, à l'issue de l'opération, de droits de veto spécifiques (notamment sur la stratégie, la nomination des principaux dirigeants, les investissements ou le budget) lui permettant d'exercer une influence déterminante sur les décisions stratégiques de Gardel. »
Décision n° 10-DCC-51 du 28 mai 2010 relative à la prise de contrôle exclusif du Groupe Quartier Français par Tereos.

[113] Minority shareholdings, interlocking directorships and the EC Competition Rules – Recent Commission practice, Competition Policy Newsletter, Number 1, February 2002.

permettre à une société d'en contrôler une autre. De l'analyse des décisions de la commission dans lesquelles sont évoqués des cumuls de mandats de dirigeants avérés ou potentiels, un certain nombre de conclusions peuvent être tirées. Tout d'abord, la vision européenne du cumul des mandats de dirigeants est indissociable, ou à tout le moins indissociée en pratique de la notion de prise de participation minoritaire.

107.- Si certains observateurs japonais reconnaissent eux-mêmes que la dépêche d'un ou plusieurs dirigeants ou employés au sein des organes de direction d' une entreprise concurrente est le plus souvent précédé par une prise de participation plus ou moins élevée de l'entreprise contrôlante dans l'entreprise-cible[114], les deux phénomènes sont invariablement traités conjointement, mais de façon non réciproque. Ainsi, une prise de participation minoritaire dans une entreprise n'implique pas nécessairement le besoin de disposer de dirigeants dans cette dernière si cette prise de participation suffit pour obtenir une réelle influence sur les décisions de ladite entreprise. En revanche, le cumul des mandats constitue un complément non-capitalistique qui pourra permettre de contrôler une société dans laquelle une tentative de prise de contrôle capitalistique par l'acquisition d'une participation minoritaire s'est avérée insuffisante pour s'assurer une influence déterminante au sein de l'entreprise-cible.

108.- On observe également que la Commission Européenne utilise la prohibition du cumul de mandats de dirigeants en tant que remède pour autoriser une opération. Dans l'affaire Thyssen/Krupp, la Commission avait d'abord refusé la fusion des deux entreprises aux motifs que le fait que des dirigeants de Krupp siégeaient également au directoire de Kone, et que du fait de la structure oligopolistique du marché en cause, la concurrence risquait d'être menacée après la fusion effectuée. Krupp n'a eu d'autre choix que de retirer ses directeurs de Kone [115] pour que la Commission Européenne autorise l'opération de concentration avec Thyssen.

109.- Il arrive aussi que les entreprises elles-mêmes proposent à la commission de retirer leurs dirigeants ou employés du directoire de la cible ou de ne pas se livrer à ce genre de pratiques à l'avenir pour se voir autoriser une opération de concentration. Ainsi dans l'affaire

[114] « *Le plus souvent, le cumul de mandats de dirigeants est mené avec, pour arrière-plan, une détention d'action entre entreprises* […] » UESUGI, ITOH et YAMADA, « 独禁法による規制の理論と実務» (*Théorie et pratique du contrôle des fusions-acquisitions dans le cadre de la Loi Antimonopole*), Shôjihômu, 2010, p.93
[115] IV/M.1080, décision du 2 Juin 1998

Nordbanken/Postgirot[116], il était question de l'acquisition par Nordbanken, une banque suédoise, de Postgirot, une institution financière s'occupant de la gestion de virements bancaires par système giro, moyen de payement interbancaire très usité dans les pays du Nord de l'Europe. Or, Nordbanken détenait une participation importante et certains de ses directeurs siégeaient au directoire de l'entreprise Bankgirot, principale concurrente de Postgirot pour les virements par système giro. L'opération a alors pu être autorisée grâce à l'engagement pris par Nordbanken, entre autres, de ne pas détenir plus de 10% d'actions de Bankgirot et de retirer ses directeurs siégeant au directoire de cette dernière.

110.- L'une des craintes principales de la Commission vis-à-vis des cumuls de mandats de dirigeant, au-delà du risque de prises de décisions servant les intérêts des deux entreprises où le cumul a lieu au détriment de la concurrence sur le marché en cause, est le problème des échanges d'informations. Le fait d'avoir des directeurs siégeant aux directoires de deux entreprises concurrentes ne signifie pas nécessairement une collusion entre les décisions prises à ces deux directoires, cependant la prise de décision dans une entreprise nécessite une connaissance assez exhaustive des objectifs d'une entreprise et de ses capacités à les réaliser, connaissance qui influencera inévitablement les décisions des directeurs une fois revenus dans leur entreprise initiale. Cette crainte d'un échange constant d'informations entre les concurrents s'illustre d'ailleurs par l'injonction, dans certains cas, de mesures comportementales type « Chinese Walls » afin de rendre chaque entreprise plus étanche aux informations de ses concurrents, bien que ces mesures soient considérées comme peu optimales car peu efficaces et d'implémentation difficile à surveiller[117] .

111.- D'un point de vue historique, l'implémentation d'une législation visant à la prohibition des cumuls de mandats de dirigeant sous certaines conditions s'explique aux Etats-Unis par la volonté de démanteler les grands trusts de la fin du dix-neuvième siècle et du début du vingtième siècle, et au Japon par le but de l'AML, qui était d'éviter à tout prix la reconstitution des zaibatsu, tenus comme responsables économiques de l'engagement du Japon dans la seconde guerre mondiale. L'absence d'un tel contexte économique en France et en Europe lors de l'implantation des premières mesures de droit de la concurrence explique par conséquent l'absence de telles législations dans ces systèmes, et, à moins que le phénomène de siège simultané au sein de plusieurs directoires dans les entreprises de

[116] M.2567, décision du 8 Novembre 2001 (IP/01/1552)
[117] OCDE, Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement, ANTITRUST ISSUES INVOLVING MINORITY SHAREHOLDING AND INTERLOCKING
DIRECTORATES, 19 Février 2008, DAF/COMP/WP3/WD(2008)13

nouvelles technologies observé aux Etats-Unis en 2009 ne devienne une tendance globale à l'avenir, il n'y aura pas, à priori, de réel intérêt à renforcer la législation sur le cumul des mandats de dirigeant en France et dans l'Union Européenne.

112.- Pour conclure sur cette question, bien que les Etats-Unis et le Japon disposent d'un arsenal législatif et répressif assez complet en la matière, il convient de se demander si un tel arsenal est bien nécessaire au vu du nombre finalement faible d'affaires nécessitant d'y recourir. Sur ce point, il semblerait que la position de la Commission Européenne, qui considère le cumul de mandats de dirigeants comme une forme de collusion structurelle dangereuse essentiellement sur des marchés ayant un faible nombre d'acteurs et en cas d'opération de concentration entre des entreprises où le cumul a lieu et un de ses concurrents, semble être suffisante.

113.- Il convient désormais de se pencher davantage sur les opérations de concentration impliquant des moyens structurels plus rigides.

II. Les opérations difficilement réversibles.

114.- Pour qu'une opération soit considérée comme difficilement réversible, il faut qu'elle comporte des modifications structurelles fortes. L'exemple le plus fréquent est celui de la fusion, qui est généralement entendu comme l'absorption d'une société par une autre, ou comme la création d'une nouvelle entité entraînant la disparition de ses fondatrices. Cette fusion peut aussi être partielle, deux entreprises choisissant de ne fusionner qu'une certaine partie de leur activité. Il faut également prendre en compte les cas de figure où une entreprise cède une partie de ses actifs à une autre (A). Deux entreprises peuvent toutefois réaliser une opération de concentration, qui, loin de faire disparaître des entités, induit la création d'une nouvelle entreprise, qui sera, elle, commune à ses fondatrices (B), phénomène faisant l'objet d'une législation spécifique aussi bien en France qu'au Japon.

A. Les fusions et scissions d'entreprises, et les transferts d'actifs.

115.- Nous traiterons dans un premier temps les fusions et les scissions d'entreprises (1) avant de nous pencher sur les transferts d'actifs (2).

1. Les fusions et les scissions d'entreprises.

116.- Les textes français en la matière sont assez peu précis pour définir ce qu'est une fusion d'entreprises. L'article L 430-1 I ne propose ainsi aucune définition, se contentant d'affirmer qu'une opération de concentration est réalisée lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent. Les lignes directrices françaises viennent apporter quelques précisions, sans toutefois proposer une définition concrète de ce qu'est une fusion d'entreprises. Ainsi, une première distinction est faite entre une fusion de droit, constituée soit de l'absorption d'une société par une autre, soit de la création d'une nouvelle entreprise, et une fusion de fait[118]. Cette dernière bénéficie d'une définition plus exhaustive que celle retenue pour les fusions de droit, offrant un aperçu des principaux éléments qui caractérisent une fusion. Les lignes directrices parlent ainsi d'une « réunion d'entreprises antérieurement indépendantes au sein d'un seul et même ensemble économique ». La détermination de l'indépendance antérieure des entreprises semble être d'ailleurs le critère principal pour différencier une opération de concentration « nouvelle » qui aura pour conséquence de bouleverser l'équilibre concurrentiel du marché en cause, d'une restructuration intra-groupe qui n'emportera aucune conséquence sur la taille dudit groupe[119]. En outre, la position de l'ADLC est ici similaire à celle de la Commission européenne, qui estime également qu'une opération de concentration est réalisée quand deux entreprises antérieurement indépendantes fusionnent[120].

117.- L'approche des autorités japonaises quant à la notion de fusion est similaire. L'article 15 de l'AML, qui s'intitule « fusion », ne définit pas le terme, se contentant d'affirmer dans un premier temps que sont interdites les fusions ayant pour conséquence « une restriction concrète de la concurrence sur un marché donné », critère principal pour interdire une opération de concentration quelle que soit sa nature (voir le paragraphe précédent), et que sont également interdites les fusions qui seraient réalisées au moyen de pratiques commerciales injustes. La notion ici employée est identique à celle prévue à la section 2 de l'article 13 de l'AML, et recouvre des situations telles qu'un abus du pouvoir de

[118] Lignes directrices de l'ADLC relatives au contrôle des concentrations, III, A. 1. §22-23.
[119] Lignes directrices de l'ADLC relatives au contrôle des concentrations, III, A. 1. §24
[120] Commission européenne, Communication de la Commission concernant la notion de concentration au sens du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JOCE C66 du 2 mars 98, partie II.

négociation d'une entreprise, ou encore un abus de position dominante qui seraient utilisés pour imposer une fusion à un concurrent.

118.- Il est important de noter que, contrairement à l'approche française, le soin d'une tentative de définition d'une fusion n'est même pas laissé aux lignes directrices[121], qui ne font qu'évoquer « un rassemblement de plusieurs sociétés au sein de la même personnalité juridique », définition succincte de la fusion qui se limite à sa définition juridique brute, sans même détailler ce qu'il advient des personnalités juridiques des acteurs à la fusion (le résultat à l'issue de l'opération est effectivement la présence d'une seule personne juridique, mais celle-ci existait-elle déjà avant l'opération, comme dans un cas d'absorption, ou bien s'agit-il d'une nouvelle personnalité, comme quand une fusion a pour effet la création d'une nouvelle société ?).

119.- Les logiques de groupe sont également prises en comptes par les lignes directrices japonaises. Elles précisent d'une part que toute fusion d'une société A réalisée avec une société B se trouvant en situation de concentration avec une autre société C revient à l'établissement, au maintien ou au renforcement de la relation concentrative entre A et C, et, d'autre part, que les fusions intervenant entre entreprises appartenant au même groupe ne sont pas prises en compte par le contrôle des concentrations. On observe toutefois que d'une manière générale, la notion de groupe de sociétés, qui consiste à aller au-delà de la personnalité juridique apparemment différente de chaque société pour prendre en compte la réalité économique, n'est utilisée que depuis très peu de temps par les autorités japonaises. En effet, l'exemption de contrôle des concentrations pour les restructurations intragroupes n'a été introduite que par la réforme de 2009 au Japon, alors qu'en France, la pratique décisionnelle en la matière reconnaît depuis longtemps que ces réorganisations intragroupes ne constituent pas une nouvelle opération de concentration, et qu'il est en conséquence inutile de les contrôler à nouveau[122].

120.- La législation japonaise contient également des dispositions concernant la scission au titre du contrôle des concentrations[123]. Ces dispositions furent ajoutées assez

[121] Lignes directrices concernant le contrôle des concentrations dans le cadre de l'AML, Partie 1, 3.
[122] On peut citer, entre autres, La lettre du ministre de l'Economie du 9 Août 2002 pour une affaire du secteur des équipements automobiles (Rieter Automotive FR SA/ Rieter Automotive Polymeres SA), où il a estimé que « bien qu'il s'agisse de la fusion de deux sociétés statutairement distinctes, cette opération est une réorganisation interne du groupe Rieter, qui n'emporte aucun changement de contrôle », BOCC du 21 octobre 2002, p.233
[123] Art 15-2 de l'AML.

récemment à l'AML, puisque le Japon ne reconnaît les scissions d'entreprises que depuis une réforme de 2000 du droit commercial japonais. La scission est définie comme la renonciation d'une société aux droits et obligations d'une de ses activités, activité qui sera alors soit absorbée par une autre société (scission-absorption), soit établie comme une nouvelle société détenue en commun avec une autre société (scission avec établissement en commun). Ainsi, une opération de scission est nécessairement suivie par une opération créant ou renforçant une relation concentrative entre deux ou plusieurs sociétés, et doit donc à ce titre être contrôlée comme le serait une fusion ou une cession d'actifs. Les opérations de scission sont également soumises à l'obligation de notification à priori, et les seuils utilisés sont similaires à ceux prévus pour la notification d'une fusion. Un cas de figure est toutefois ajouté par rapport aux fusions. Le deuxième seuil est en effet plus faible (3 milliards de yens contre 5 milliards de yens habituellement) si la scission porte sur « une partie importante de l'entreprise »[124].

121.- En outre, Les lignes directrices japonaises se chargent de définir ce qu'est une partie importante de l'entreprise.[125] Tout d'abord, il ne s'agit pas d'une partie de l'entreprise qui va reprendre une activité, mais bien d'une partie de l'entreprise cédante. Il faut en outre que cette partie de l'entreprise soit, de par sa forme, gérable comme une unité commerciale autonome, et qu'elle ait objectivement de la valeur lorsqu'on la compare à l'entreprise qui s'apprête à faire scission avec elle. Si le caractère important d'une partie de l'entreprise est évalué au cas par cas en fonction des caractéristiques spécifiques du marché en cause, il est toutefois communément admis qu'une partie d'une société ne représentant que 5% du chiffre d'affaires de ladite société et générant un chiffre d'affaires inférieur à 1 milliard de yens ne peut être qualifiée de partie importante de cette société. Ici aussi, les logiques de groupe sont respectées, et une opération de scission-absorption ou de scission avec établissement en commun entre sociétés d'un même groupe ne feront pas l'objet du contrôle des concentrations.

122.- En revanche, l'examen tant de la loi que de la pratique décisionnelle de la Commission Européenne révèle une absence totale d'intérêt pour ce type d'opération, qui sera vraisemblablement traitée comme une opération de fusion ordinaire. D'un point de vue pragmatique, il s'agit probablement de la meilleure attitude à adopter. En effet, bien que le droit japonais ait adopté une législation très précise en la matière, force est de constater qu'à ce jour, aucune décision, et même aucune discussion de pré-notification concernant ce problème n'a été publiée, ce qui permet d'affirmer que cette législation n'a pour le moment

[124] En japonais 事業の重要部分
[125] Lignes directrices concernant le contrôle des concentrations dans le cadre de l'AML, Partie 1, 4 (3).

pas prouvé son utilité. Suite à l'adoption en 2000 du système de scission par la loi commerciale japonaise, la JFTC a probablement voulu prévenir tout risque de problème de vide juridique en droit de la concurrence, en proposant ainsi une législation complète. Ici, contrairement à l'interdiction du cumul de mandats de dirigeants par exemple, une quelconque influence des Etats-Unis n'est pas à mettre en cause pour expliquer un tel choix législatif. Aux Etats-Unis, les scissions sont avant tout des outils servant au contraire à déconcentrer un marché, et sont bien souvent une des conditions posées par les autorités américaines de concurrence pour autoriser une opération de concentration[126].

123.- Sur la question des transferts d'actifs, les législations françaises, européennes et japonaises ont une attitude plus unanime.

2. Les transferts d'actifs.

124.- L'AML, dans son article 16, recense cinq types de transferts qui, s'ils entraînent une restriction concurrentielle sur un marché donné, peuvent se voir interdits. Il s'agit du transfert de toute l'activité ou d'une partie importante de l'activité d'une société à une autre, du transfert de tout ou d'une partie importante du patrimoine d'une société à une autre, de la location de toute l'activité ou d'une partie importante de l'activité d'une société à une autre, de la mise en gestion de toute l'activité ou d'une partie importante de l'activité d'une société à une autre, et enfin de la conclusion d'un contrat mettant en commun les pertes et profits d'une société avec une autre. En outre, on retrouve ici aussi l'interdiction d'un transfert d'actifs qui serait réalisé au moyen de pratiques commerciales injustes.

125.- Si ces opérations ne constituent pas, à priori, de lien définitif entre les sociétés parties au transfert comme le ferait une opération de fusion, le risque que la société, en acquérant les actifs, gagne une puissance de marché suffisante pour menacer l'équilibre concurrentiel du marché en cause est lui bien présent. C'est pour cette raison que les lignes directrices japonaises estiment que l'influence d'un transfert d'actifs sur un marché donné n'est guère différente de celle qu'aurait une fusion[127]. La réglementation des transferts d'actifs était d'ailleurs originairement incluse au sein de l'article 15 de l'AML sur les fusions, mais

[126] […]"This contrasts with the United States, where anticartel activity is much greater, and many mergers are challenged or subject to spin off requirements." Eleanor M. Fox in *U.S and E.U Competition Law: a Comparison*, Institute for International Economics, Edward M. Graham and J. David Richardson, 1997.
[127] Lignes directrices concernant le contrôle des concentrations dans le cadre de l'AML, Partie 1, 6 (1)

lors de l'introduction de l'obligation de notification, le fait que les conditions pour notifier un transfert d'actifs étaient trop différentes de celles requises pour une fusion a incité le législateur japonais à créer un article spécifique pour les transferts d'actifs.

126.- Les lignes directrices viennent toutefois atténuer l'affirmation selon laquelle un transfert d'actifs n'a aucune incidence sur la relation concentrative actuelle ou en devenir entre l'entreprise cédante et l'entreprise acquéresse. En effet, lorsqu'il s'agit d'un simple transfert, la relation entre les deux entreprises ne dure que le temps de la transaction, mais dans une situation de location d'actifs, de mise en gestion des actifs, ou de contrat de partage des pertes et profits, de par le caractère de longue durée du contrat qui va unir les deux sociétés, il est possible que celles-ci échangent des informations essentielles, ou adoptent des comportements parallèles. Dans ces cas de figure, la JFTC procèdera alors, en plus de l'examen attentif du contrat de location, de gestion ou de partage des pertes et profits, à l'étude des relations concentratives unissant les sociétés parties au transfert à d'autres sociétés, afin de déterminer si ledit transfert crée, maintient ou renforce une relation concentrative[128]

127.- Cet article ne s'applique qu'aux sociétés, quelles que soient leur forme (les autres personnes morales ainsi que les personnes physiques ne sont pas concernées), mais s'applique toutefois lorsqu'une banque acquiert toute ou partie de l'activité d'un fonds ou d'une mutuelle[129]. Concernant l'obligation de notifier, celle-ci concerne uniquement le transfert d'activités, les autres types de transferts prévus par l'article étant exemptés de notification. La notification comporte ici aussi deux seuils. Pour qu'une opération soit notifiable, il faut que le chiffre d'affaires réalisé sur le territoire japonais de la société acquérant l'activité soit supérieur à 20 milliards de yens (10 milliards de yens avant la réforme des seuils de 2009), et que le chiffre d'affaires de l'activité ou de la partie importante d'activité transférée soit supérieur à 3 milliards de yens. Grande différence vis-à-vis de la pratique française et européenne, au Japon, le transfert d'actifs relevant de la propriété intellectuelle (marque, brevet, etc) n'est pas concerné par cette législation[130]

128.- La question du transfert d'actifs a fait l'objet d'une jurisprudence assez célèbre car faisant partie des premières affaires où le droit de la concurrence a été appliqué au Japon,

[128] Lignes directrices concernant le contrôle des concentrations dans le cadre de l'AML, Partie 1, 6 (5)
[129] Au Japon, les institutions financières coopératives (en japonais 協同組織金融機関), comme les caisses de travailleurs par exemple) bénéficient d'une forme sociale particulière.
[130] UESUGI et al. op. cit., , p.92.

à savoir l'affaire Toho Subaru du 19 septembre 1951[131]. La société Toho est une société leader dans le domaine de l'exploitation cinématographique (production de films et exploitation de salles de cinéma). Cette société, qui détenait déjà des cinémas notamment dans les quartiers de Marunouchi, Yurakucho et Ginza dans le centre de Tokyo, a alors conclu un contrat de location avec la société Subaru portant sur la gestion et la location de deux cinémas également situés dans le même secteur (le cinéma Orion-Za et le cinéma Subaru-Za). La JFTC a alors jugé ce contrat comme contrevenant à l'AML car grâce à ce dernier Toho allait contrôler 8 des 10 cinémas se trouvant dans ce secteur de Tokyo, s'assurant ainsi une part de marché de 90,4% des spectateurs de cette zone.

129.- La législation française en la matière comprend également les acquisitions d'actifs en tant qu'opération contrôlable au titre du contrôle des concentrations. La rédaction de l'article L430-1 2° du Code de commerce y faisant référence ne leur accorde cependant pas de place spécifique au sein du texte. Ici c'est avant tout la notion de contrôle qui est mise en avant, et « l'achat d'éléments d'actifs » est considéré avant tout comme un « moyen » pour acquérir « le contrôle de l'ensemble ou de partie d'une ou plusieurs autres entreprises ». Le critère retenu est celui d'indépendance économique, indépendance qui sera concrètement prouvée s'il est possible de rattacher un chiffre d'affaires propre à l'actif considéré. Contrairement à la JFTC, l'ADLC se montre plus ouverte en ce qui concerne la nature d'un actif, estimant que des éléments de propriété intellectuelle comme des marques ou des brevets peuvent être considérés comme des actifs. Les acquisitions d'actifs sont en outre soumises à l'obligation de notification comme les autres opérations de concentration en droit français, et obéissent aux mêmes seuils que pour les opérations de fusion.

130.- Une fois encore, on voit la volonté de la France de traiter toutes les opérations de concentration de manière identique, là où le Japon a tendance à la catégorisation et à la création de régimes spécifiques pour chaque type d'opération. Toutefois, du point de vue des conséquences de cette différenciation, qui correspond dans les faits a des seuils de contrôle plus faibles en cas d'acquisition d'actifs qu'en cas de fusion en droit japonais, il nous semble que cette position n'est pas réellement justifiée. En effet, la présence de seuils plus faibles pour les transferts d'actifs correspond à une volonté de contrôler plus strictement ce type d'opération, ce qui impliquerait que ces transferts présentent des risques importants de restriction concurrentielle. Or les transferts d'actifs ne sont pas plus néfastes pour la

[131] 東宝・スバル事件　東京高判昭 26・9・19.

concurrence que ne le seraient une opération de fusion ou d'acquisition d'actions. Par conséquent, cette volonté de contrôler plus strictement les transferts d'actifs que les autres formes de concentration tient davantage d'une volonté de surveillance des opérations de concentration que de la recherche de la protection de la libre concurrence.

131.- Le fait que la France considère les acquisitions d'actifs comme des acquisitions de contrôle exclusif trouve très probablement son origine dans la jurisprudence européenne. En effet, la Commission Européenne considère que l'objet du contrôle n'est pas nécessairement une activité bénéficiant de la personnalité juridique, et que des marques ou des brevets peuvent aussi en faire partie, ici aussi avec comme condition la possibilité de rattacher à l'actif en question un chiffre d'affaires propre[132]. On peut citer par exemple la décision Fortune Brands/ Allied Domecq de 2005[133], affaire dans laquelle la société américaine Fortune Brands du secteur des vins et spiritueux a racheté certaines marques de spiritueux de la société anglaise Allied Domecq ainsi qu'une marque de gin détenue par le groupe de spiritueux français Pernod Ricard. Par ailleurs, Allied Domecq était elle-même en cours de rachat par Pernod Ricard (dans les faits, l'ensemble des négociations ont été menées entre Fortune Brands et Pernod Ricard). Après avoir constaté que les chiffres d'affaires générés par les marques en question dépassaient les seuils prévus pour qu'une opération de concentration soit notifiable, la Commission Européenne a estimé qu'il s'agissait d'une opération de concentration emportant le contrôle exclusif de marques des sociétés Allied Domecq et Pernod Ricard par Fortune Brands.

132.- La comparaison entre les régimes français et japonais de la fusion montre une différence essentiellement formelle liée à la structure et à l'organisation de l'AML face à la rédaction de l'article L-430-2 du Code de commerce qui est, elle, beaucoup moins précise dans les opérations qu'elle vise, pour être applicable au plus grand nombre d'éventualités. Comme il a été vu plus haut, la législation japonaise contient malgré tout bon nombre de dispositions n'ayant à ce jour pas connu d'application pratique, et qui semblent avoir été créées « au cas où », plus que par la réelle nécessité de combler un vide juridique avéré. D'un point de vue pratique, bien qu'elles diffèrent dans leurs styles, les deux législations semblent adaptées à la réalité économique, et il est possible d'affirmer que la majorité des opérations contrôlées par l'ADLC auraient *in fine* également fait l'objet d'un contrôle si on leur

[132] FAULL (Jonathan) NIKPAY (Ali), *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, 2nd edition, 2007, p.433.
[133] Affaire COMP/M.3813.

appliquait le droit japonais des concentrations, alors que du fait de l'application de seuils spécifiques plus faibles, certains transferts d'actifs non contrôlés par l'autorité française pourraient l'être par la JFTC.

133.- Le régime de l'entreprise commune fait l'objet de dispositions spécifiques et d'une jurisprudence particulière en France et en Europe alors que son traitement au Japon a un caractère moins spécifique.

B. L'entreprise commune.

134.- La situation de l'entreprise commune se définit comme une entreprise détenue par deux ou plusieurs autres entreprises, la détention s'entendant alors comme l'exercice d'une influence déterminante des entreprises détenantes sur l'entreprise détenue. L'influence déterminante dans ce contexte ne diffère guère de sa définition dans le cadre d'un contrôle exclusif, et doit être comprise comme le pouvoir de bloquer les décisions qui déterminent la stratégie commerciale d'une entreprise[134]. Cette notion a posé beaucoup de problèmes jurisprudentiels et doctrinaux en France et en Europe par le passé[135]. Le problème principal posé par ces entreprises tient au degré de liberté dans la gestion et la prise de décisions au sein de ladite entreprise commune. En effet, une entreprise commune contrôlée conjointement par deux autres entreprises ou plus est un moyen comme un autre pour ces entreprises de mettre en commun certaines de leurs activités, et constitue par conséquent une concentration.

135.- La particularité du contrôle des entreprises communes au titre du contrôle des concentrations en France et en Europe tient essentiellement à la notion de contrôle de plein exercice. Cette condition pour que la création d'une entreprise commune constitue une opération de concentration est inscrite à la fois à l'article L.430-1 du Code de commerce, et est plus largement définie par la partie IV du Rectificatif à la communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises. Plus particulièrement, le point 92 de ce rectificatif pose l'indépendance économique de l'entreprise commune comme critère principal pour définir une entreprise de plein exercice. Cette indépendance économique a un

[134] Point 62 du Rectificatif à la communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JOUE C95 du 19 avril 2008.
[135] COT et LA LAURENCIE, op.cit. p.117 et s.

caractère strictement fonctionnel, l'indépendance politique de l'entreprise commune concernant la prise de décisions stratégiques n'est donc pas nécessaire. En outre, trois conditions sont posées pour préciser cette notion de dépendance économique.

136.- La première tient aux ressources en personnel et en capital, qui doivent être consacrées uniquement à l'entreprise commune et non dépendantes des sociétés fondatrices. Un détachement d'employés de ces sociétés peut-être toutefois accepté, si ce détachement est temporaire et si les employés en question travaillent alors exclusivement pour l'entreprise commune.

137.- L'entreprise commune doit également être indépendante dans ses activités, et ne doit pas se contenter de centraliser des activités spécifiques pour le compte d'une ou des sociétés fondatrices, agissant alors commune une auxiliaire à l'activité des sociétés fondatrices.

138.- Enfin, l'entreprise commune sera reconnue comme étant de plein exercice dès lors que son activité commerciale est indépendante de celle de ses sociétés fondatrices. Le simple fait pour l'entreprise commune de compter une ou plusieurs de ses sociétés fondatrices comme cliente n'est pas un critère suffisant pour lui nier le statut d'entreprise commune de plein exercice[136], mais il faudra alors qu'elle ait d'autres entreprises clientes, que la proportion des achats de la ou des sociétés mères dans son chiffre d'affaires total soit raisonnable (le rectificatif indique qu'un part de moins de 50% du chiffre d'affaires constitue un indice de l'indépendance commerciale de l'entreprise commune), et enfin, que l'entreprise commune traite avec ses entreprises fondatrices de la même façon qu'avec ses autres entreprises clientes, sans conditions privilégiées (en d'autre termes, que les entreprises fondatrices soient mises en concurrence avec les autres sociétés du même marché, de façon à ce que l'entreprise commune choisisse ses clients sur des critères objectifs de prix ou de quantité). La pratique décisionnelle française s'est rangée depuis longtemps sous l'avis de la Commission Européenne, et une interprétation similaire de l'entreprise commune se retrouve dans la pratique du Ministre de l'Economie sous l'égide du contrôle des concentrations français antérieur à 2009[137].

139.- La situation est toutefois très différente au Japon, l'entreprise commune ne bénéficiant tout simplement d'aucun régime spécifique au titre du contrôle des concentrations.

[136] Commission européenne, Rectificatif à la communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, point 93.
[137] Lignes directrices de l'ADLC, points 54 et 55.

Bien évidemment, le concept d'entreprise commune existe en droit japonais (sous le nom de 共同出資会社) et, s'il ne fait pas l'objet d'une législation précise, le concept est abordé à plusieurs reprises au sein des lignes directrices de la JFTC[138]. Il y est indiqué que l'entreprise commune n'est à priori pas considérée comme une opération susceptible de restreindre substantiellement la concurrence per se, mais qu'il convient d'analyser toutefois que la création d'une entreprise commune entre deux entreprises ne va pas constituer indirectement une forme de concentration entre les deux entreprises fondatrices (avec la présence, notamment, de contrats de coopération). Une distinction est faite entre une entreprise commune réalisant l'intégration de l'ensemble d'une activité donnée (recherche et développement, production, ventes) de celle ne réalisant qu'une partie de l'intégration d'une activité (par exemple une entreprise commune ayant pour fonction l'intégration de l'activité de vente uniquement).

140.- Selon la JFTC, alors que l'intégration de l'ensemble d'une activité ne pose à priori aucun problème, car n'incite pas spécialement à la coopération entre les entreprises fondatrices, le fait qu'une partie seulement de l'activité liée à un produit ou un service pourra tenter les entreprises fondatrices de coordonner leurs comportements via l'entreprise commune (par exemple, si l'entreprise commune se charge de la production d'un produit, les entreprises fondatrices seront tentées de coopérer au moment de la commercialisation de ce produit plutôt que d'entrer en concurrence). Pour définir si ce danger de coopération est bien réel, les éventuels contrats liant les entreprises fondatrices, ainsi que la nature de l'opération de concentration visant à la création de l'entreprise commune seront pris en compte par la JFTC. Combien même les entreprises fondatrices essaieraient de prendre des mesures concrètes pour éviter les risques de coopération, le simple fait qu'elles participent en commun au frais de production pour ensuite commercialiser un même produit réduit de facto la probabilité que ces entreprises se livrent à une concurrence par les prix au moment de la commercialisation dudit produit. Dans les faits, l'entreprise commune au Japon sera traitée, selon les modalités de sa création, au titre de l'article 10 de l'AML sur les acquisitions d'actions ou de l'article 15-2 sur les scissions avec création d'une nouvelle entreprise commune.

141.- Il convient cependant de ne pas ignorer le caractère complexe que peut revêtir la création d'une entreprise commune, et qui en fait une opération à cheval entre le contrôle des

[138] Lignes directrices concernant le contrôle des concentrations dans le cadre de l'AML, Partie 1, 1,(1), (ウ), Partie 4, 2, (1),(ウ) et Partie 4, 3, (1), (エ)

concentrations et l'interdiction des ententes[139]. Cette évaluation amène parfois à des contradictions entre les autorités japonaises et étrangères de la concurrence quant à la catégorisation d'une opération. Dans la très récente affaire BHP Billington/Rio Tinto, deux entreprises évoluant sur le marché mondial très concentré du minerai de fer transporté par voie maritime (on y dénote que trois acteurs principaux, BHP Billington et Rio Tinto y étant respectivement deuxième et troisième). Suite à l'abandon du projet de rachat de Rio Tinto par BHP Billington en 2008, notamment à cause de l'avis défavorable de la Commission Européenne suite à la notification de l'opération[140].

142.- En 2009, BHP Billington et Rio Tinto ont cette fois-ci fait part aux autorités européennes et japonaises de leur volonté de création d'une entreprise commune de production couvrant la totalité des actifs que détiennent les deux entreprises dans le secteur du minerai de fer en Australie-Occidentale. Au terme du processus de discussion pré-notification, les autorités japonaises ont décidé d'examiner l'affaire sous l'angle du contrôle des concentrations, puisqu'il était question ici avant tout de la création d'une entreprise commune, estimant que la loi japonaise applicable en l'instance est l'article 10 de l'AML (l'article visant l'acquisition et la détention d'actions). Elles ont à terme rendu un avis défavorable, précisant de surcroit leur coopération avec la Commission Européenne, ainsi que les autorités allemandes, coréennes et australiennes de la concurrence pour examiner l'affaire plus en détail[141]. De son côté, la Commission Européenne a estimé que cette affaire devait être examinée sous l'angle des pratiques anticoncurrentielles et a alors décidé d'ouvrir une enquête visant à déterminer les effets de la création de cette entreprise commune sur un marché déjà très concentré[142] .

143.- BHP et Billington ayant décidé de mettre fin à ce projet suite aux réponses négatives des autorités japonaises, allemandes et sud-coréennes, aucun document expliquant pourquoi la Commission Européenne a décidé d'examiner cette affaire au titre du contrôle des comportements plutôt que d'effectuer un contrôle des structures, comme le firent les autres autorités de la concurrence. Plus que la création de l'entreprise commune en elle-même, la

[139] « *toute entreprise commune est un contrat d'alliance, auquel s'ajoute une mise en commun qui ne correspond pas parfaitement à l'idée de fusion ou de concentration* , LUCAS DE LEYSSAC et PARLEANI, *Droit du marché*, PUF (2002) p.713

[140] http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/1798&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=en

[141] 平成 22 年度における主要な企業結合事例について、事例 1 、pp1-17.

[142] http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/45&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=en

Commission Européenne redoutait surement la possibilité qu'offrait cette dernière à BHP et Billington d'échanger des informations, ce qui aurait eu pour conséquence des comportements coordonnés de la part de ces deux entreprises[143].

144.- Après avoir vu les principales caractéristiques des opérations faisant l'objet du contrôle des concentrations en France et au Japon, il convient d'analyser les secteurs qui se soustraient à son application.

§2 : Le régime spécifique au secteur bancaire

145.- En France comme au Japon, certains secteurs de l'économie, de par leur dimension politique ou économique, bénéficient d'un régime spécifique au titre du contrôle des concentrations, régime en principe plus strict que le régime de droit commun. Alors que le Japon et la France appliquent un contrôle des concentrations spécifique au secteur bancaire (I), il n'existe pas, au Japon, d'autres régimes spécifiques comme on en trouve en France, ce qui soulève la question de la nécessité d'un tel régime (II).

I. Les caractéristiques du régime propre au secteur bancaire en France et au Japon

146.- Le secteur bancaire, de par la puissance financière des entreprises qui le constituent, fait l'objet en France et au Japon d'un contrôle des concentrations plus stricte que le régime de droit commun (A), bien que les justifications quant à l'existence d'un tel régime soient différentes dans les deux pays (B).

A. Un régime plus strict que le droit commun dans les deux pays.

147.- Le régime français du contrôle des concentrations dans le secteur bancaire en France a connu maintes évolutions depuis l'apparition du contrôle des concentrations en 1977. Aucune exception concernant le secteur bancaire n'était prévue par la loi française de 1977.

[143] Certains acteurs du marché aval de la production d'acier allaient même jusqu'à affirmer que les conséquences de cette entreprise commune seraient dans les faits identiques à celles qu'aurait eu le projet de fusion de BHP et Billiton avorté en 2008 s'il s'était concrétisé :
http://www.eurofer.org/index.php/eng/News-Publications/Press-Releases/German-prohibits-JV-BHP-Billiton-Rio-Tinto

Celle-ci est intervenue avec la loi bancaire de 1984[144] dont l'article 89 précisait que l'ordonnance sur les prix de 1945 n'était pas applicable au secteur bancaire. Si la loi de 1977 n'était alors pas explicitement visée, le Conseil d'Etat, dans un avis du 23 avril 1985, a estimé que l'exclusion explicite de l'ordonnance de 1945 conduisait nécessairement à l'exclusion implicite de la loi de 1977, en ce qu'elle modifie, ou se réfère à ladite ordonnance en ses titres II et III[145]. Bien que l'article 5 de la loi du 11 juillet 1985 soit intervenu pour soumettre le secteur bancaire aux ententes et aux abus de position dominante, le contrôle des concentrations n'était en revanche pas concerné[146]. Cette situation ne connut pas d'évolution avec l'ordonnance du 1er décembre 1986, puisque l'article 89 de la loi bancaire de 1984 a simplement été modifié de façon à ne plus faire référence à la l'ordonnance de 1945, le reste des dispositions n'ayant alors pas été modifiées.

148.- A l'époque, le débat doctrinal fut finalement assez limité. La DGCCRF avait estimé, dans sa *méthode d'analyse pour le contrôle des concentrations*, que le contrôle des concentrations devait être appliqué au secteur bancaire, mais compte tenu de l'absence de modification substantielle de la rédaction des différents textes, il était, dans les faits, impossible que l'interprétation que le Conseil d'Etat en avait fait en 1985 ne change en faveur de l'application du contrôle au secteur bancaire. La loi NRE n'a pour sa part rien apporté de concret dans ce domaine.Le débat fut relancé quelques années plus tard avec l'avènement d'une nouvelle affaire de concentration posée dans le secteur bancaire, marquée par l'affirmation de la compétence du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI).

149.- En 2001 Le CECEI a en effet donné son accord à un projet de concentration entre le Crédit Agricole et le Crédit Lyonnais, mais a assorti cet accord à une série de conditions d'ordre structurelles posées aux deux banques (cession d'un certain nombre d'agence, et interdiction de créer de nouvelles agences dans un certain nombre de départements et de communes). En outre, les deux banques étaient obligées d'adresser des rapports au CECEI pendant une période de six mois à compter de la décision afin d'informer ce dernier du respect de ces obligations[147]. Suite à cette décision, le syndicat Force ouvrière du Crédit Lyonnais a déposé un recours en Conseil d'Etat contestant la capacité du CECEI

[144] Loi n°84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit.
[145] Avis du Conseil d'Etat du 23 avril 1985, Y. Chaput, Banque et Crédit.
[146] Loi n°85-695 du 11 juillet 1985 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier.
[147] Décision du 14 mars 2003 concernant la prise de contrôle du Crédit Lyonnais par le groupe Crédit Agricole, v. notamment les articles 2 et 3, JORF N°72 du 26 mars 2003, p.5383.

« d'assortir sa décision d'agrément d'une opération de concentration dans le secteur bancaire de conditions particulières tenant au respect de la concurrence »[148]. Cet arrêt a permis tout d'abord de faire le point sur les spécificités du contrôle des concentrations français dans le secteur bancaire, et de son articulation avec les pratiques anticoncurrentielles.

150.- Le Conseil d'Etat a ainsi rappelé qu'en l'absence de textes spécifiques, le CECEI ne pouvait en aucun cas appliquer un quelconque contrôle des concentrations à des opérations ayant lieu dans le secteur bancaire, et devait se tenir à son rôle de régulateur tel que défini par la loi bancaire, rôle qui lui octroie en outre la possibilité d'intervenir en cas de pratiques anticoncurrentielles, comme par exemple pour les abus de position dominante. Mais cet arrêt est allé beaucoup plus loin, en ce qu'il a révélé de façon extrêmement limpide le vide juridique dont souffrait le contrôle des concentrations dans le secteur bancaire en France, les textes disposant certes d'une possible soumission des opérations de concentration entre banques et établissements de crédits uniquement pour des activités connexes, mais sans préciser quel devait être le sort des opérations de concentrations interbancaires.

151.- Le vide juridique ainsi découvert fut rapidement comblé par la loi n°2003-706 du 1er aout 2003, qui est venue ajouter un alinéa 1 à l'article L.511-4 du code monétaire et financier[149]. Le droit commun du contrôle des concentrations est donc désormais applicable à toute opération du secteur bancaire, avec toutefois comme spécificité la possibilité offerte au CECEI de s'exprimer sur les éventuels effets d'une concentration interbancaire. Par ailleurs, il convient de noter que le CECEI est devenue l'Autorité de contrôle prudentiel (ACP) suite à sa fusion avec la commission bancaire, l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles (ACAM), et le comité des entreprises d'assurance en janvier 2010[150], modification qui ne change en aucun cas son rôle de conseil en matière de concentration. Les conséquences immédiates et éventuelles découlant de l'arrêt du Conseil d'Etat de 2003 ont cependant fait l'objet de certaines critiques, d'une part en ce qu'elle faisait bénéficier la concentration entre le Crédit Lyonnais et le Crédit agricole d'une sorte d'immunité juridique, et d'autre part car

[148] Arrêt du Conseil d'Etat du 16 mai 2003, n° 255482 : http://www.conseil-etat.fr/cde/fr/selection-de-decisions-du-conseil-d-etat/analyse-n255482-federation-des-employes-et.html
[149] « Le livre IV du code de commerce s'applique aux établissements de crédit pour ce qui est de leurs activités définies à l'article L. 511-3. »
[150] Fusion établie par l'ordonnance n° 2010–76 du 21 janvier 2010

certains auteurs y voient un possible allongement de la durée de la procédure lorsque l'avis de l'ACP sera demandé[151].

152.- Dans les faits, il semblerait toutefois, au vu de la doctrine à ce sujet, que la CECEI, puis l'ACP ont certes joué le rôle qui leur incombait lors des rapprochements interbancaires, mais de façon discrète. En effet, si l'on examine les décisions rendues dans ce domaine par l'ADLC depuis sa création en 2009, on s'aperçoit que, même en cas d'opération soumise à conditions[152], aucune référence n'est faite à l'avis de la CECEI, qui s'est vraisemblablement prononcée selon la procédure prévue à cet effet[153]. On peut par conséquent estimer que désormais, la spécificité du contrôle des concentrations interbancaires est essentiellement procédurale, et que le secteur bancaire ne bénéficie pas d'un traitement réellement différent du droit commun. Aucun développement ne sera ici fait concernant le droit européen des concentrations dans le secteur bancaire, pour la simple raison que celui-ci fait et a toujours fait partie du droit commun.

153.- L'AML, dans son article 11, intitulé « la réglementation de la détention des droits de vote par les banques et les sociétés d'assurances »[154]vient également imposer des limitations spécifiques aux concentrations impliquant des banques. L'approche japonaise est toutefois différente de celle adoptée par la France. En premier lieu, là où le régime spécifique français vise uniquement les opérations interbancaires, le régime japonais couvre uniquement les opérations de type mixte, où une banque ou une compagnie d'assurances possèderait un certain pourcentage de droits de vote les concentrations interbancaires étant elles soumises au droit commun. Ainsi, la loi dispose qu'une banque ne peut détenir plus de 5% de droits de vote d'une autre entreprise, limite montée à 10% pour les sociétés d'assurances. Ce principe connaît toutefois des exceptions.

154.- En effet, le texte prévoit que d'une part, la JFTC peut autoriser à caractère exceptionnel une détention d'actions par une banque ou une société d'assurances au-delà des plafonds mentionnés plus haut, et d'autre part, dans un certain nombre de cas de figure listés au sein de l'article 11, le dépassement de ces plafonds sera autorisé . La lecture de cet article

[151] CLAUDEL, *les concentrations interbancaires rejoignent le giron du droit commun*, D.2003, p.718. V. également DAMY, *Concentrations bancaires : la compétence controversée des autorités*, D.2003, p1828
[152] Décision n° 09-DCC-16 du 22 juin 2009 relative à la fusion entre les groupes Caisse d'Épargne et Banque Populaire.
[153] Voir notamment ARNAUD, *le rôle du CECEI en cas d'OPA bancaire et le contrôle des concentrations*, in Concurrences, N°1-2007, p.4 et s.
[154] 銀行・保険会社による議決権保有の規制

extrêmement détaillé amène plusieurs réflexions. Tout d'abord, il convient de s'interroger sur les sociétés qui sont concernées par cet article. Il s'agit des banques au sens de l'article 2, paragraphe 1 et 2 du Code bancaire japonais, et des sociétés d'assurances au sens de l'article 2, paragraphe 1 et 2 du Code des assurances. Les sociétés étrangères, y compris les banques étrangères n'ayant pas reçu l'autorisation d'exercer sur le territoire japonais sont inclues. Toute autre forme de société ayant un statut particulier en droit japonais, comme les coffres par exemple, n'est pas concernée. Il en va de même pour les personnes publiques[155].

155.- Jusqu'à la réforme du droit de la concurrence japonais de 2002, l'article 11 de l'AML était destiné « aux sociétés ayant une activité financière », terme défini par l'article 9 partie 2 comme « les banques, les trusts, les assurances, les sociétés de gestion de titres et les mutuelles ». Les sociétés de gestion de titres n'ayant pas d'activités de financement ne font par conséquent plus l'objet de cet article, puisque l'on part ici du principe qu'une société n'ayant pas d'activités de financement ne saurait représenter un danger particulier pour la concurrence en cas de rapprochement avec une autre société[156]. On notera également que bien qu'il soit fait mention d'une possibilité d'exemption de l'application de cet article sous réserve d'autorisation spéciale de la JFTC, aucune mention des éléments éventuellement pris en compte pour donner une telle autorisation n'étant donné, on peut déduire que celle-ci est laissée à l'entière discrétion de la JFTC[157]. Dans un souci de transparence, la JFTC a toutefois publié un document en 2002 intitulé « raisonnement à propos de l'autorisation pouvant être accordée aux banques et aux sociétés d'assurances dans le cadre de l'article 11 de l'AML »[158].

156.- Bien que le Japon possède un régime spécifique pour des concentrations impliquant des banques, à la différence de la France, ce régime ne s'applique pas aux concentrations interbancaires. Alors qu'en France, les concentrations dites « mixtes », impliquant une banque et une autre entreprise ne faisant pas partie du secteur bancaire, ne font pas, et n'ont jamais fait l'objet de dispositions spécifiques, il en va différemment au Japon, où l'article 11 de l'AML vise la situation ou une banque ou une société d'assurances détient des actions d'une société exerçant d'autres types d'activités. Ainsi, tous les types de société mentionnés aux articles 16, 2ème partie paragraphe 1du code bancaire japonais, et 106

[155] IMAMURA, in 注解経済法（上巻） (*Droit économique : notes explicatives – première partie*), Sôrin Shôin、1985, p.434

[156] SUGAHISA et KOBAYASHI, 平成 14 年改正独占禁止法の解説、商事法務、2002, p.25

[158] 独占禁止法 11 条の規定による銀行又は保険会社の議決権の保有等の認可についての考え方、JFTC, 12 novembre 2002.

paragraphe 1 du codes des assurances japonais sont exemptées de l'application de l'article 11 de l'AML. Les types de société en question sont différents types de sociétés financières.

157.- Si la doctrine s'accorde à dire que tout transfert d'action contrevenant à l'article 11 de l'AML serait considéré comme nul[159], aucune jurisprudence ne vient confirmer cette analyse. La sanction prévue en cas de violation de l'article 11 est une peine de prison d'un an maximum et une amende d'un montant maximum de deux cent mille yens selon l'article 91-2 de l'AML. La sanction s'applique, en principe, à l'employé responsable de la violation, mais en vertu des articles 95 paragraphe 1 troisièmement, et 95 deuxièmement, la même sanction s'applique respectivement à l'entrepreneur (que ce soit une société ou une personne physique) au titre de la « double sanction », voire également au représentant de la personne morale (triple sanction).

158.- Il convient désormais de se pencher sur les justifications sur lesquelles reposent ces régimes spécifiques dans leur pays respectif.

B. Les divergences de justification de ce régime.

159.- Comme il a été vu précédemment, les systèmes français et japonais de contrôle des concentrations appliqués au secteur bancaire ont connu une histoire et des évolutions différentes, bien qu'on puisse affirmer aujourd'hui que dans ces deux Etats, la tendance est à un retour au droit commun pour ces secteurs, ou en tous cas à une diminution de la portée ou du champ d'application des dispositions spécifiques (une sorte de « déspécialisation » de ces régimes spéciaux). L'analyse de l'histoire française du contrôle des concentrations interbancaires démontre qu'il s'est agi non pas tant d'une volonté expressément affirmée d'appliquer le contrôle français des concentrations de manière spécifique au secteur bancaire que d'une « série de maladresses législatives [160]». En effet, le vide juridique qui a duré de 1984 à 2002 en France est imputable uniquement à l'oubli de mentionner le contrôle des concentrations dans la loi de 1984 qui confiait à la commission bancaire le soin de sanctionner les ententes et les abus de position dominante dans le secteur bancaire, oubli qui ne fut ni corrigé par la loi de 1985 venant replacer les ententes et les abus de position dominante du

[159] MASADA, 全訂独占禁止法 II、Nihon Hyoronsha , 1980-81, p.83.
[160] COT, *la banque doit-elle faire l'objet d'un traitement atypique en droit de la concurrence ?* in les actes des ateliers, secteur bancaire, atelier de la concurrence du 20 octobre 2009, DGCCRF, p.16.

secteur bancaire sous le giron du droit commun, ni corrigé par les lois de 1986 et de 2001 venant modifier en profondeur le droit français de la concurrence.

160.- On peut raisonnablement penser que sans l'arrêt du Conseil d'Etat de 2003 cité plus haut, cette incertitude aurait perduré encore quelques temps. On peut également estimer que cette négligence du législateur français est imputable en partie à la confiance de ce dernier quant au bon fonctionnement du contrôle européen des concentrations. Les banques, de par leur chiffre d'affaires élevé, conséquence de leur poids financier inhérent à leur fonction, tombaient très souvent dans les seuils de déclenchement du contrôle européen des concentrations, contrôle qui en outre n'a jamais séparé les banques du reste du droit commun. Ainsi, dès 1989, La commission européenne s'est dotée d'un système de contrôle compétent pour traiter les concentrations nationales, y compris françaises, réduisant ainsi la sensation d'urgence de traiter ce vide juridique qui parait trop important pour ne pas avoir été remarqué plus tôt.

161.- Le système français comptant ainsi sur le système européen pour traiter les affaires les plus importantes (excès de confiance mis en échec quand on sait qu'une affaire de la dimension de BNP Paribas n'a pas été contrôlée par la Commission), ce n'est que lorsque le CECEI s'est affirmé de manière un peu forte, et que le Conseil d'Etat est intervenu en conséquence, que le législateur a décidé de mettre un terme à 18 ans d'incertitudes qui ne semblaient pas le gêner outre mesure. Le système français actuel, résultant de la loi de 2003, semble lui-même être le fruit d'un ménagement des velléités du CECEI d'avoir un droit de regard sur tout ce qui affecte le secteur bancaire, avec une volonté de combler le vide juridique et de placer les concentrations bancaires sous l'égide du droit commun. Le contrôle des concentrations en matière bancaire est donc davantage le résultat d'une évolution non planifiée, sans réelle philosophie directrice.

162.- A cet égard, les dispositions spécifiques du contrôle japonais des concentrations concernant le secteur des banques et des assurances semblent être le fruit d'une certaine logique et d'une volonté manifeste du législateur de traiter ce secteur différemment des autres. Contrairement à la France, le Japon a, depuis la création de l'AML, des dispositions concernant le secteur bancaire et inclues dans son article 11. Si l'on en croit la doctrine[161], il y a deux principales raisons expliquant un tel régime. La première est liée à la puissance financière de ce type d'entreprise. Leur activité étant, entre autres, la gestion de sommes

[161] Shôji Hômu édition spéciale n°209, p.14.

placées par des entreprises aussi bien que par des citoyens ordinaires, leur capacité d'investissement est par conséquent bien supérieure à celle d'une simple entreprise qui n'acquiert des liquidités que lorsque son activité croît et se développe favorablement. C'est notamment pour cette raison que le plafond de détention d'actions est de 10% pour les assurances contre 5% pour les banques, celles-ci ayant une puissance financière inférieure à celles-là.

163.- Les plafonds interviennent donc comme un handicap attribué aux sociétés financières qui auraient beaucoup trop de facilité à prendre le contrôle d'autres entreprises si on leur appliquait le droit commun. La deuxième raison avancée est la crainte d'une collusion entre les capitaux financiers et les capitaux industriels, collusion qui entrainerait une polarisation des flux de capitaux financiers vers les capitaux industriels avec pour effet éventuel une distorsion de la concurrence entre les acteurs d'un marché donné. A ces deux raisons principales, viennent s'ajouter d'autres motifs liés au rôle des sociétés financières dans l'économie des entreprises. Toutes les entreprises ont besoin que les banques leur prêtent de l'argent pour pouvoir se développer, seulement le nombre de banques est bien entendu beaucoup plus restreint que le nombre d'entreprises sur un marché donné, avec une double conséquence : si les banques ont un pouvoir d'investissement trop important dans certaines les sociétés, on risque d'assister à un phénomène de concentration global de l'économie centrée autour de banques contrôlant des marchés entiers, annihilant de facto la concurrence sur lesdits marchés, et sans aller jusqu'à ces extrémités, une banque contrôlant une entreprise sur un marché donné risque fort de traiter les concurrents de cette entreprise de manière discriminatoire afin de privilégier cette dernière, avec ici aussi des répercussions importantes à la fois pour la concurrence et pour l'économie en général.

164.- Toutefois, il faut aussi prendre en compte les avantages d'une participation limitée des banques dans les entreprises, pour préserver celles qui se trouvent en difficulté, ou encore pour une utilisation plus efficaces des ressources financières. Le système japonais est donc le fruit de la recherche de cet équilibre entre préservation de l'indépendance des divers secteurs économiques vis-à-vis du secteur financier, et vision pragmatique des bienfaits d'un investissement contrôlé des sociétés financières dans les autres secteurs économiques. Cette recherche d'équilibre trouve un argument supplémentaire avec les autorisations délivrées au cas par cas sur demande des banques par la JFTC, constituant également un outil de politique de concurrence (bien qu'il y ait des lignes directrices, la décision reste, comme indiqué plus

haut, à la discrétion de la JFTC), rôle toutefois limitée de par le très faible nombre de demandes d'exemption depuis la réforme de l'article 11 de 2002.

165.- Cette particularité japonaise, qu'on ne retrouve pas aux Etats-Unis, bien qu'ils aient servi de modèle pour une grande partie du contrôle des concentrations japonais, trouve très certainement, une fois encore, son explication dans la peur que ne se reconstituent les zaibatsu. En effet, la structure-type d'un zaibatsu était un ensemble d'entreprises œuvrant dans des secteurs variés et réunies autour d'une banque possédant des participations importantes dans l'ensemble de ces entreprises afin d'assurer une circulation optimale des capitaux. Outre l'interdiction des holdings ayant duré jusqu'en 1998, il semble évident d'un point de vue historique que le Japon se dote de dispositions visant réduire le plus possible les capacités des banques à détenir des actions de sociétés non bancaires, plus encore que de contrôler spécifiquement les concentrations interbancaires(en outre, les concentrations interbancaires au Japon sont sous le joug du droit commun depuis la réforme de 2002). On notera, d'autre part, que la France n'a, contrairement au Japon, jamais posé de problèmes spécifiques concernant les détentions d'actions de sociétés non bancaires par des banques, et a toujours appliqué le droit commun à ces situations. Par conséquent, le régime japonais étant adapté aux caractéristiques du système bancaire japonais, il n'y a pas de raison qu'un tel système soit transposé en France.

166.- Après avoir examiné les systèmes français et japonais propres au système bancaire, il reste à s'interroger sur l'utilité réelle de tels systèmes spécifiques

II. La nécessité de ces régimes.

167.- L'argument principalement avancé pour justifier l'existence de régimes spécifiques à certains secteurs est, en principe, celui de la défense d'intérêts autres que ceux défendus par le régime général, à savoir la protection de la libre concurrence sur un marché donné (A). Le caractère sensible d'un secteur, de par son importance dans l'économie, peut aussi être en cause. Une multitude d'arguments peuvent ainsi être trouvés pour défendre ce concept, mais il convient de confronter ces régimes spécifiques à la pratique, et de s'interroger sur leur réelle utilité(B).

A. La défense théorique d'intérêts particuliers.

168.- L'application d'un contrôle des concentrations différent du régime général à un secteur donné correspond à l'idée que tous les secteurs économiques n'ont pas la même importance ni la même fonction. L'exemple du contrôle des concentrations pour le secteur de la presse et pour celui de l'audiovisuel, qui ne seront pas étudiés en détail dans cette thèse car ils n'ont aucun équivalent au Japon, montre que le contrôle des concentrations peut servir d'autres fins que la seule protection de la libre concurrence. Ces deux contrôles spécifiques ont une justification commune : celle de protéger la liberté de communication et le pluralisme des médias[162]. Si le législateur a décidé de protéger ces deux principes, c'est pour leur caractère fondamental dans le système juridique français, puisque le premier est consacré à l'article 11 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et que le second est réputé rendre effectif le premier selon un avis du Conseil Constitutionnel[163]. L'établissement d'un contrôle des concentrations obéissant à des règles spécifiques, plus détaillées et plus sévères que celles du droit commun[164], vise alors à la protection de libertés fondamentales dont les enjeux sont, pour les citoyens, considérés comme encore plus importants que les enjeux économiques traditionnellement protégés en droit de la concurrence.

169.- Par ailleurs, on remarque que le contrôle est ici confié non plus aux autorités de concurrence traditionnelles (le ministre de l'économie sous le régime de 1986 à 2008, l'ADLC depuis), mais à une autorité spécifique de régulation, le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA) pour les concentrations dans le secteur audiovisuel ainsi que les concentrations mixtes entre une entreprise du secteur audiovisuel et une entreprise du secteur de la presse. Pour les opérations impliquant uniquement des entreprises du secteur de la presse, la Commission Nationale pour la Communication et les Libertés (CNIL) était originairement compétente, mais la compétence a finalement été attribuée aux juridictions de droit commun.

170.- Ce recours à une autorité administrative indépendante lors d'opérations de concentrations soumises à des régimes spécifiques peut être considéré ici comme une spécialité française, le CECEI s'exprimant sur les concentrations intervenues dans le secteur bancaire, avec une nuance importante toutefois, puisque son avis est consultatif, la décision finale étant prise par l'ADLC. Au Japon, ou seul le secteur bancaire fait l'objet d'un régime

[162] DERIEUX, *limites à la concentration et garantie du pluralisme des médias en France*, mai 2007, disponible sur le site du centre d'études sur les médias de l'université de Laval à cette adresse : http://www.cem.ulaval.ca/pdf/France.pdf
[163] Conseil Constitutionnel, Décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984.
[164] COT et LA LAURENCIE, op.cit., p32.

spécifique, les justifications d'un tel régime sont avant tout d'ordre économique, comme il a été vu plus haut. En outre, en opposition avec le modèle français, aucune autorité administrative indépendante n'intervient dans l'application de la loi, alors même que la notion d'autorité administrative indépendante existe en droit japonais. Ce recours à des autorités de régulation dans le cadre du contrôle des concentrations dans des secteurs spécifiques n'est pas une exception française, puisque par exemple aux Etats-Unis, la Federal Communication Commission (FCC) avait le pouvoir d'exempter une concentration dans le secteur des télécommunications de l'application du droit commun du contrôle des concentrations et contrôlait les opérations de concentration de ce secteur jusqu'en 1996, et garde aujourd'hui le pouvoir de refuser une concentration si elle estime que celle-ci est contraire à l'intérêt public au regard du *Communications Act*[165] .

171.- Concernant le secteur bancaire, s'il connaît un régime spécifique à la fois en France et au Japon, les justifications de ce régime diffèrent quelque peu. Dans les deux cas, il s'agit de justifications d'ordre économique : Aucun droit ou liberté fondamentale n'est ici invoqué pour justifier l'existence d'un tel régime. C'est davantage l'argument de la puissance économique qui sert ici de justification, mais cet argument connaît des nuances selon le pays. En France, mais aussi en Europe, il faut rappeler que la théorie selon laquelle les banques participent à un service d'intérêt économique général, et que par conséquent leur appliquer un droit de la concurrence trop strict pourrait être une menace pour le système économique, fut pendant très longtemps défendue par les banquiers avant que les autorités compétentes viennent relativiser ces arguments [166] . C'est dans une recherche d'équilibre entre la reconnaissance du caractère délicat du secteur bancaire et l'affirmation qu'à partir du moment où celui-ci connait une concurrence développée, il ne doit pas subir de traitement de faveur qui pourrait nuire au système économique et au consommateur final à cause d'une concentration trop importante.

172.- Au Japon, bien qu'il existe une autorité de régulation du secteur bancaire, connue sous le nom de *Financial Services Agency* (en japonais 金融庁), celle-ci ne se mêle absolument pas des affaires de concentration ayant éventuellement lieu dans le secteur bancaire, laissant les pleins pouvoirs à la JFTC. Il est malheureusement difficile de cerner le ressenti des banques et des assurances vis-à-vis des dispositions de l'article 11 de l'AML, car

[165] LE BLANC et SHELANSKI *Merger Control and Remedies Policy in the E.U and U.S: the case of Telecommunications Mergers* , disponible sur le site de l'ENS, p.14 (http://www.cerna.ensmp.fr/Documents/GLB-TelecomMergerRemedies.pdf)
[166] COT, op. cit., p.15

même si l'affaire Nomura Securities exposée plus haut ainsi que les demandes d'exemption très nombreuses jusqu'en 2002 laissent à penser qu'à cette époque, elles se sentaient gênées dans leurs activités, l'assouplissement que ces dispositions ont connu en 2002 semblent avoir contenté ces dernières, de par l'absence de nouveaux cas ainsi que de par la nette diminution de demandes d'exemption.

173.- Une fois de plus, on est en droit de se demander si les dispositions de l'article 11 de l'AML tous comme les régimes spéciaux français ont une réelle utilité.

B. L'inutilité pratique de tels régimes.

174.- Comme nous l'avons vu plus haut, ces aménagements au régime de droit commun du contrôle des concentrations trouvent leur justification dans la théorie selon laquelle le contrôle des concentrations doit permettre de protéger des intérêts qui vont au-delà du simple intérêt économique. Cependant, sur le plan théorique, la capacité du contrôle des concentrations à remplir ce rôle supplémentaire d'une part, et au-delà, la notion même de concurrence appliquée à ces secteurs réputés sensibles fait l'objet de critiques. En ce qui concerne le secteur bancaire, beaucoup d'études allant jusqu'à la fin des années 1990 considéraient que les banques ne devraient pas être soumises au contrôle des concentrations, voire purement et simplement être placées en dehors de toute forme de concurrence du fait de la fragilité et de l'instabilité du secteur, et des risques pour ce dernier lorsqu'une banque fait faillite par exemple. Toutefois, des études plus récentes menées par des économistes dans les années 2000 tendent à prouver qu'une concurrence vigoureuse dans le secteur bancaire pourrait apporter à celui-ci plus de stabilité, qu'un système bancaire plus ouvert serait moins sujet aux risques de crises systémiques, et qu'à trop vouloir traiter le secteur bancaire de manière spécifique, on finirait par provoquer ce qu'on cherche à éviter[167].

175.- Le mouvement général de retour de ce secteur au droit commun n'est probablement pas étranger à ce courant de pensée. En ce qui concerne la protection du pluralisme par le contrôle des concentrations, on trouve également des critiques très pertinentes qui tendent à dissocier concentration économique et uniformisation des programmes, sachant que les entreprises exerçant dans le secteur des médias cherchent à

[167] CARLETTI, HARTMANN, ONGENA, *The economic impact of merger control : what is so special about banking ?* European Central Bank, Working Paper Series, No786, Juin 2007, p.7.

plaire à un public le plus vaste possible avec un minimum de programmes, et que le système français pêche par d'autres aspects, comme sa rigidité peu efficace à l'heure où les entreprises de presse et de médias diversifient leurs activités au-delà de leur secteur par exemple[168].

176.- Au final, on ne peut que souligner le manque d'intérêt pratique de systèmes qui, si leurs objectifs sont nobles, ne sont que peu utilisés dans la pratique, que ce soit en France et au Japon, et ce quel que soit le secteur en cause. On ne saurait reprocher au législateur initial sa prudence et sa volonté de préserver des intérêts dépassant les questions économiques, mais à la lumière de 25 ans d'expérience pour le contrôle français, et de plus du double pour son homologue japonais, on pourrait imaginer un retour au droit commun avec la prise en compte des intérêts particuliers qu'ils soulèvent lors du bilan économique par exemple.

177.- Après avoir décrit les diverses opérations et secteurs pouvant faire l'objet du contrôle des concentrations en France et au Japon, il faudra analyser, dans la section suivante, les différences de définition du contrôle dans ces deux pays.

Section 2 : définition générale et liste limitative.

178.- La section précédente, en détaillant les divers comportements susceptibles d'être examinés au titre du contrôle des concentrations, a mis en lumière la principale opposition théorique entre le contrôle des concentrations français et japonais, à savoir, pour le premier, une définition générale ayant pour but de faire face aux évolutions de la pratique, notamment en termes d'ingénierie des sociétés, et largement inspirée par le modèle européen, et pour le second, une division en plusieurs articles en fonction des caractéristiques techniques de l'opération en cause. L'examen de ces divergences théoriques (§1) ne saurait être complet sans une recherche pratique de l'impact de ces divergences (§2).

§1 Les divergences théoriques de ces deux conceptions du contrôle des concentrations.

179.- Le débat entre l'adoption d'une définition au sens large ou d'un arsenal juridique détaillé cherchant à caractériser de manière précise les différents types de concentration contrôlables revient finalement à reprendre la dichotomie entre la définition par le moyen

[168] DERIEUX, op.cit., p. 2 et p.24.

d'une opération et la définition par le résultat[169]. Si ces deux notions présentent toutes deux des qualités indéniables (I), Elles font l'objet de critiques (II).

I. L'opposition entre la définition par le moyen et la définition par le résultat.

180.- Cette opposition est fondamentale en matière de contrôle des concentrations. Pour en saisir tout l'intérêt, encore faut-il la comprendre la signification de chacune de ces définitions (A) et les justifications de l'une et de l'autre (B).

A. La signification des termes « définition par le moyen » et « définition par le résultat ».

181.- Pour éclaircir ce débat, il convient d'en définir les termes : ce que l'on appelle une définition par le moyen signifie que, pour que le rapprochement de deux ou plusieurs entreprises soit qualifié d'opération de concentration, celui-ci doit intervenir à l'aide de moyens précis, moyens qui seront définis de manière plus ou moins extensive dans les textes. Par exemple, en droit japonais, le double emploi de dirigeants constitue, selon l'article 13 de l'AML, un type de concentration répréhensible. Bien que ce soit l'effet de ce double-emploi de dirigeant que l'on cherche à contrôler (la création, le maintien ou le renforcement de la relation concentrative), le moyen qui permet d'obtenir cet effet qui est explicitement visé par le texte.

182.- On lui oppose traditionnellement la notion de définition par le résultat, qui elle se contente de définir quel effet sur la concurrence on tient à réprimer ou à contrôler. En France, l'effet que l'on souhaite contrôler est actuellement lié à la notion de contrôle, qui a succédé à la notion d'influence de la loi de 1977 reprise en 1986 (c'est le changement de définition introduit par la loi NRE de 2001 qui, en se calquant sur le texte européen, a abandonné la notion d'influence pour celle de contrôle). Les divers types de moyens permettant d'obtenir le contrôle d'une société ne sont pas détaillés, et encore moins exigés par le texte (on trouvera tout au plus quelques illustrations de moyens sans réelle force obligatoire[170]).

183.- Ainsi, on considère traditionnellement que le droit japonais des concentrations est fondé sur l'obligation de moyen, tandis que le droit français des concentrations s'appuie

[169] VOGEL, « Droit de la concurrence et concentration économique », Economica, 1988, p.16
[170] COT et LA LAURENCIE, op.cit., p.82.

principalement sur la définition de la concentration par le résultat. Chacune de ces conceptions possède ses justifications propres.

B. Les justifications de la définition par le moyen et de la définition par le résultat.

184.- L'argument principal en faveur de la définition par le moyen est celui de la sécurité juridique. Le dispositif japonais est en effet très précis quant aux diverses opérations de concentration faisant l'objet du contrôle, et laisse peu de place à des soucis d'interprétation d'une définition large du contrôle[171]. Le fait que chaque type d'opération de concentration possède son propre article permet également d'appliquer des dispositions spécifiques en fonction de l'opération, comme par exemple une différence des seuils de notification selon qu'il s'agisse d'une fusion ou d'un transfert d'actifs. Cela permet ainsi aux acteurs économiques de savoir facilement et avec précision quels textes leurs seront appliqués et, par conséquent, qu'elle sera leur liberté d'action.

185.- En effet, si l'on se place d'un point de vue pragmatique, lorsqu'une entreprise décide, par exemple, de racheter les usines d'un concurrent, il raisonne plus probablement en termes de rachat d'actifs qu'en terme plus général de concentration. Avec un texte de loi visant expressément les transferts d'actifs, ledit chef d'entreprise connaîtra facilement les limites dans lesquelles il pourra racheter des actifs, à quel moment ce rachat devra faire l'objet d'une notification, etc. Cet argument de la sécurité juridique fut par ailleurs repris en France lors de l'élaboration de la loi NRE, pour justifier la complexification de la définition du contrôle des concentrations par rapport à ses anciennes versions[172]. La doctrine française ne semble pas réellement avoir étudié la possibilité d'opter pour une législation uniquement fondée sur une série de moyens comme au Japon.

186.- Il apparait donc que le Japon a adopté un contrôle des concentrations fondé sur une définition par le moyen essentiellement à cause de l'influence des Etats-Unis lors de la création de l'AML, et parce que les Etats-Unis ont eux-mêmes un droit des concentrations structuré en moyens différents du fait de l'adoption progressive de nouvelles formes de concentrations réglementées lors des révisions successive du Clayton Act. Les contrôles

[171] KAWAHAMA et al., op. cit. p.7.
[172] BESSON, *Rapport sur le projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques*, Document Assemblée nationale N°2327, mis en distribution le 12 avril 2000, p.179, disponible à cette adresse : http://www.assemblee-nationale.fr/11/rapports/r2327-t1.asp#P1789_389868

français et européens des concentrations ont eu en revanche beaucoup plus de liberté pour établir leurs définition du contrôle des concentrations, et pour éviter de se retrouver dans l'obligation de devoir réformer les règles du contrôle à chaque nouvelle avancée du droit des sociétés et des montages sociétaires, a choisi un contrôle fondé sur le résultat, qui est en toute logique la façon la plus moderne et la plus pragmatique d'envisager la matière.

187.- Ces différentes conceptions représentent chacune une vision très différente du contrôle des concentrations, et leurs inconvénients ont fait l'objet de nombreuses critiques.

II. Les critiques reçues par ces différentes conceptions.

188.- Ces critiques s'adressent principalement aux points négatifs de chacune de ces conceptions. La définition par le moyen est ainsi critiquée pour sa rigidité (A), tandis que la définition par le résultat pose problème en termes de sécurité juridique (B).

A. La rigidité de la définition par le moyen.

189.- Bien évidemment, le choix de l'une ou de l'autre conception a des effets sur la manière dont le contrôle des opérations de concentrations est effectué, et sur son évolution. Du côté japonais, l'organisation de la loi en types d'opérations, très rigide, pose deux problèmes principaux. Tout d'abord, un système aussi rigide doit, pour pouvoir faire face à l'évolution du droit commercial, et notamment du droit des sociétés, être réformé quasi-systématiquement afin de suivre cette évolution. Ce besoin de rester fidèle au droit des sociétés s'explique principalement par le fait que le chapitre 4 de l'AML, qui comprend les dispositions relatives au contrôle des concentrations, fut rédigé avec, à l'esprit, le droit commercial, et est considéré de manière plus ou moins consciente comme étant une série de dispositions spéciales venant compléter les dispositions du droit commercial japonais[173]. L'exemple typique fut, en 2000, lorsque le droit commercial japonais a introduit la scission de société. Pour parer à cette éventualité, qui entrainait nécessairement des conséquences pour le droit japonais des concentrations, le législateur fut contraint de réformer l'AML pour y ajouter la partie 2 de l'article 15 disposant des fusions.

[173] UESUGI et. al., op.cit., p.92.

190.- Les autres problèmes posés par le système japonais concernent la procédure. Alors qu'avec la définition par le résultat utilisée en France et par le droit européen, une opération de concentration mixte, c'est-à-dire utilisant plusieurs types d'opération pour se constituer, sera identifiée comme une seule opération, la division des divers moyens opérée en droit japonais obligera à un contrôle, et par conséquent à une notification en plusieurs étapes. Concrètement, si par exemple, une société acquiert des actions d'une société concurrente et lui rachète des actifs, alors que cette opération fera l'objet d'une unique notification en France, et sera examinée comme une seule prise de contrôle d'une entreprise par une autre, au Japon, l'opération sera notifiée et examinée en deux étapes, à savoir la cession d'actions au titre de l'article 10 de l'AML d'une part, et la cession d'actifs au titre de l'article 16 de l'AML d'autre part. A ce genre de problème se superposait également la coexistence, en droit japonais, d'un contrôle *ex ante* pour la majorité des opérations de concentration, et d'un contrôle *ex post* pour les cessions d'actions jusqu'en 2009, qui n'étaient pas nécessairement en accord avec la chronologie des opérations effectuées par les entreprises. Bien que les transferts d'actions aient habituellement lieu avant les transferts d'actifs, la loi imposait ainsi de notifier d'abord le transfert d'actifs avant l'opération, puis de notifier la cession d'action après que celle-ci ait eu lieu, entraînant une certaine confusion[174].

191.- Bien qu'elle soit beaucoup plus adaptable que la définition par le moyen, la définition par le résultat n'est pas exempte de défauts.

B. Les problèmes de sécurité juridique posés par la définition par le résultat.

192.- La notion de concentration telle que définie et utilisée aussi bien en droit français que européen a fait également l'objet de critiques qui découlent assez naturellement de son caractère général. A vouloir créer une définition trop large de l'opération de concentration, censée parer à toute éventualité, les autorités en charge du contrôle sont parfois confrontées à des problèmes d'interprétation, notamment en ce qui concerne la nature concentrative de l'opération[175]. La relation concentrative ne pose pas nécessairement de problèmes pour les opérations capitalistique, ni même pour les cessions d'actifs, mais plutôt pour les opérations ayant une nature plus contractuelle, comme les accords de distribution ou encore les accords

[174] UESUGI et. al., , op.cit., p.93.
[175] WILLHEIM et VEVER, *La notion de concentration en droit interne et européen : tentative de définition*, in Contrat, Concurrence, Consommation n°11, novembre 2007.

de coopération commerciale par exemple. Toutefois, les autorités, en utilisant la technique du faisceau d'indices[176]arrivent malgré tout à cerner la réalité de la relation concentrative entre les entreprises dans ces situations pourtant assez éloignées des cas de figure classiques le plus souvent soumis au contrôle des concentrations (fusion, détention d'actions, cession d'actifs).

193.- Pour conclure sur ce débat, il est assez intéressant de constater que, d'une manière générale, la doctrine française appelle à des efforts de la part du législateur pour que les entreprises, et les praticiens qui les défendent, puissent être sûrs que l'opération qu'ils envisagent doit être notifiée, alors que la doctrine japonaise, elle, constate les limites d'un contrôle des concentrations trop attachés aux moyens de la concentration. La question des accords de coopération[177] illustre par ailleurs la demande de la doctrine japonaise d'une intégration de ce type de comportement dans l'arsenal du contrôle japonais des concentrations[178], ou, à tout le moins, la création de lignes directrices spécifiques[179] .

194.- Le contrôle des concentrations en France et au Japon n'est donc pas du tout envisagé de la même façon. Au-delà de cette constatation théorique, il faut examiner si ces différences influencent réellement la pratique.

§2 les conséquences pratiques de la divergence des conceptions du contrôle des concentrations.

195.- L'analyse des différences de conception entre les contrôles français et japonais des concentrations a révélé des avantages, mais aussi des points faibles pour chacune de ces conceptions. Ce paragraphe sera d'abord consacré aux opérations posant problème en France et au Japon, tout en observant le traitement qu'elles subissent dans l'autre pays (I), Pour ensuite clore cette partie sur le fait qu'en France comme au Japon, même si les législations des deux pays utilisent essentiellement soit la définition par le moyen, soit la définition par le résultat, l'observation minutieuse des textes montre en fait une utilisation conjointe des deux définitions dans les deux pays (II).

[176] Selon le point 37 des lignes directrices de l'ADLC, sont prises en compte, outre les droits conférés aux actionnaires, les relations contractuelles ou financières.
[177] en japonais 業務提携.
[178] SHIRAISHI, 独禁法講義 (*Cours de droit de la concurrence*), 5ème édition, Yuhikaku, 2010, p.104 ; UESUGI et al., op.cit., p.92.
[179] SHIRAISHI, 独占禁止法 (*Droit de la concurrence*), Yuhikaku, 2006, p.289.

I Les opérations posant problème dans les systèmes français, européens et japonais.

196.- Cette sous-section aura pour objet non pas l'analyse précise de ces différentes opérations, qui seront traitées en profondeur dans d'autres sections plus appropriées, mais essaiera plutôt d'expliquer pourquoi ces types d'opération posent davantage de problème dans un ordre juridique que dans un autre. Seront traitées dans cette optique les accords de coopération au Japon (A) et les entreprises communes en France (B).

A. Le cas des accords de coopération au Japon.

197.- Les accords de coopération au Japon font, comme il a été constaté plus haut, l'objet d'une demande assez constante de la doctrine japonaise depuis plusieurs années de la création d'une section les visant spécifiquement au sein de l'AML, afin que ces accords puissent être traités sous l'égide du contrôle des concentrations tout comme le sont les fusions ou les cessions d'actifs par exemple. Cette demande se justifie de plusieurs manières. Tout d'abord, le terme d'accord de coopération ne faisant pas partie du champ lexical rencontré habituellement en droit japonais de la concurrence, il ne possède pas de définition fixe, mais peut être défini largement comme un comportement de coopération entre deux sociétés ou plus qui ne figure pas dans la liste des comportements contrôlés au titre du contrôle japonais des concentrations[180]. Au Japon, les accords de coopération avérés ont jusqu'à présent été traités différemment en fonction des éléments matériels de l'accord.

198.- Ainsi, ils peuvent être pris soit sous l'angle des cartels au titre des « limitations injustes au commerce »si l'accord de coopération entre deux concurrents porte sur les prix pratiqués, les quantités produites ou encore sur un éventuel partage du marché, au titre des « pratiques commerciales injustes » lorsque l'accord de coopération a, par exemple, pour objet le boycott d'un concurrent ou encore l'imposition de conditions restreignant la liberté commerciale de l'une des parties à l'accord de coopération, ou bien au titre du « monopole privé »si un tel accord a pour conséquence l'éviction d'un concurrent du marché ou octroie une puissance de marché trop importante au sociétés le concluant[181]. Dans ces diverses situations, un accord de coopération pourra donc faire l'objet d'une interdiction *ex post* si la JFTC a vent d'un tel accord.

[180] SHIRAISHI, op.cit, p.288.
[181] Ces informations sont disponibles sur le site internet du cabinet d'avocats Mikiya (御器谷法律事務所) à l'adresse suivante (en japonais uniquement) : http://www.mikiya.gr.jp/Business_tie-up.html

199.- Cependant, certains accords de coopération, selon l'importance du rapprochement qu'ils constituent entre leurs signataires, peuvent tout à fait aboutir à la création, au maintien ou au renforcement d'une relation concentrative, sans nécessairement faire appels aux moyens prévus par les articles 10 à 16 de l'AML, laissant un relatif vide juridique dans ce genre de situation. Jusqu'à présent, lorsque, dans le cadre des discussions préliminaires avec la JFTC (il peut s'agir de discussions préliminaires autres que celles réalisées au titre du contrôle des concentrations), des entreprises évoquaient la conclusion d'accords de coopération, celle-ci avait une attitude assez habile consistant à analyser si ledit accord pouvait avoir comme objet ou pour effet de restreindre concrètement la concurrence sur un marché donné. Toutefois, au Japon, même si une certaine partie de la doctrine aimerait plus de clarté concernant ces accords, la JFTC ne semble pas se poser de problèmes particuliers et les traite principalement sous l'angle des ententes ou des pratiques commerciales illicites [182] En France et en Europe, la question des accords de coopération ne semble pas poser de problème particulier, en ce qu'elle est systématiquement traitée sous l'angle du droit des ententes. Tout d'abord, la rédaction de l'article 101 TFUE en ce qu'elle vise explicitement les types d'accord pouvant être caractérisés comme une entente[183].

200.- De plus, grâce à l'utilisation des critères de contrôle et d'influence déterminante, il sera plus difficile de caractériser ce type d'accord contractuel comme étant une concentration à moins qu'il n'emporte la création d'une entreprise commune. La situation devient alors compliquée, cette fois ci pour les systèmes français et européen.

B. Les entreprises communes en droit français et européen confrontées au droit des ententes.

201.- En droit français comme en droit européen, il y a d'abord eu une première période, allant jusqu'en 1998, date de l'adoption du règlement européen n°1310/97, où, pour

[182] Voir notamment l'exemple suivant extrait d'une discussion avec la JFTCconcernant la création d'un centre de recherche et développement commun ainsi que l'intégration de marques par deux entreprises fabriquant des machines et souhaitant aborder un nouveau marché. 「業務提携に関するもの」（平成 17 年度・事例 8）［業務提携］機械メーカー間の共同研究開発及びブランドの統合.

[183] En effet, le paragraphe 1 de l'article 81 explicite au sein des accords et pratiques concertées interdits ceux « qui consistent notamment à : fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction ; limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements ; répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ; appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ; subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ».

distinguer si une entreprise commune était du ressort du contrôle des structures ou de celui des comportements, on utilisait deux notions : celle « d'entreprise commune coopérative », en opposition à « l'entreprise commune concentrative »[184]. Le critère pour distinguer la première catégorie, soumise au droit des ententes, de la deuxième, elle soumise au contrôle des concentrations, était un critère temporel. Si l'entreprise commune en question avait une durée limitée dans le temps, et comme but l'accomplissement de buts limités, alors elle était qualifiée d'entreprise commune coopérative, et à contrario, une entreprise commune crée sans limite temporelle particulière concernant son activité, et avec des objectifs pérennes, était alors qualifiée d'entreprise commune concentrative.

202.- Avec l'adoption du règlement européen n°1310/97, cette dichotomie est abandonnée, et le critère temporel est remplacé par celui d'entreprise commune de plein exercice (notion qui sera abordée dans l'étude la relation concentrative de la section 2 de cette partie 1), notion précisée par la communication de la commission du 2 mars 1998[185], et remplacée depuis par celle du 16 avril 2008[186] Cette notion est en fait une précision de la condition temporelle, qui reste un critère de détermination, puisque pour être qualifiée de concentration, une entreprise commune doit avoir la possibilité de fonctionner de manière durable, sans limite déterminée par ses entreprises fondatrices dans le temps. A cette condition s'ajoute celle de l'autonomie, dont les critères de détermination principaux la disposition de ressources suffisantes pour opérer seule sur le marché, mais aussi une indépendance en termes d'activité, celle-ci devant aller au-delà d'une fonction spécifique pour les entreprises fondatrices[187]. Comme on peut le constater, la communication de 2008 fait d'énormes efforts de précision et cite abondamment la jurisprudence de la Commission européenne pour définir au mieux les entreprises communes faisant l'objet du contrôle des concentrations.

[184] COT et La LAURENCIE, op.cit, p.47 et s. pour le droit européen et p. 118 et s. pour le droit français.
[185] Communication de la Commission relative à la notion d'entreprises communes de plein exercice au sens du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (publiée au JOCE C 66 du mois de mars 1998 et consultable à cette adresse : http://www.peruzzetto.eu/texts/textes/cce/com%20ec.pdf)
[186] Communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises. (publiée au JOCE C 95 du mois de janvier 2008 et consultable à cette adresse : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:FR:PDF)
[187] Communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, p.24.

203.- La Commission a également édité en 2005 une communication sur la question des restrictions accessoires[188], ayant pour but d'éclaircir la distinction entre les accords conclus entre les entreprises parties à une concentration et ayant un caractère nécessaire à la réalisation de cette dernière, comme par exemple la protection de la valeur cédée, le maintien de la continuité d'approvisionnement après la scission d'une ancienne entité économique, ou encore pour permettre à une nouvelle entité de démarrer[189]. La dernière partie de cette communication traite exclusivement des entreprises communes, et vient préciser de manière très claire les types d'accord qui seront traités comme une restriction accessoire et nécessaire, parmi lesquels on peut citer les obligations de non-concurrence, les accords de licence, et les obligations d'achat et de livraison[190]. Grâce à cet ensemble de textes européens et à la jurisprudence européen auxquels l'autorité française peut faire référence, la situation, plus compliquée il y a une dizaine d'années, est désormais plus éclaircie pour faire la distinction entre une entreprise commune soumise au contrôle des comportements et entreprise commune soumise au contrôle des structures.

204.- Au Japon, bien que le dispositif législatif en la matière soit loin d'égaler la précision du dispositif européen, le fait que les opérations de concentration obéissent à une qualification par le moyen rend l'application du contrôle des concentrations aux entreprises communes plus évident, dès lors que l'entreprise commune est créée en utilisant un des moyens prévus aux articles 10 à 16 de l'AML. Si les moyens utilisés sont différents, elle tombera logiquement sous le joug de la législation relative aux ententes. Il convient de noter que selon les lignes directrices japonaises, la création d'une entreprise commune, en ce qu'elle entraîne une forte possibilité d'unification d'une partie des activités des entreprises mères, les risques qu'une telle création fasse l'objet du contrôle des concentrations à cause de la relation directe entre les sociétés mères et la société fille, et de la relation indirecte entre les sociétés mères sont élevés, et leur propension à être examinées au titre du contrôle des concentrations est d'autant plus grande[191]

[188] Communication de la Commission relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration . (publiée au JOCE C 56 de mars 2005 et consultable à cette adresse :
http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:056:0024:0031:FR:PDF)
[189] Communication de la Commission relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration , point 13.
[190] Communication de la Commission relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration , partie IV, points 36 à 44.
[191] Lignes directrices concernant l'application du contrôle des concentrations dans le cadre de l'AML, 第一、1、（1）、ウ。

205.- La présentation de ces systèmes comme étant en opposition complète de par l'adoption, pour l'un, de la qualification de l'opération de concentration par le moyen, et pour l'autre, de la qualification par le résultat, doit toutefois être nuancée, car bien que chacun de ces systèmes utilise l'une de ces deux qualifications majoritairement, ils utilisent conjointement l'autre dans certains cas particuliers.

II. Des conséquences limitées par une utilisation des deux notions par chaque système.

206.- En effet, la France, en adoptant la formulation de la commission européenne, utilise une définition par le moyen pour la fusion (A), tandis que l'AML contient des dispositions en son article 9 qui évoquent une possible utilisation de la définition par le résultat (B)

A. L'utilisation par la France de la définition par le moyen : le cas de la fusion.

207.- Lorsque l'on prend l'article L-430-1 du code de commerce, on s'aperçoit que les opérations de fusion font l'objet d'un traitement à part : ainsi, l'article précise tout d'abord qu'une concentration est constituée quand deux entreprises ou plus fusionnent, pour ensuite se fondé sur une définition par le résultat à atteindre pour que l'opération de concentration soit constituée, à savoir l'acquisition du contrôle. Si l'origine de ce traitement à part de la fusion se trouve dans la rédaction du règlement 4064/89, qui adopta en premier cette formulation, la question de l'utilité de ce traitement particulier des fusions reste entière, d'autant plus qu'en France, entre 1977 et 2001, seul le critère du résultat était évoqué[192], et les fusions ne faisaient ainsi pas l'objet de dispositions explicites, ce qui n'empêchait pas pour autant le ministre de l'Economie de traiter les affaires de fusion. Il convient toutefois de préciser qu'il ne s'agit pas d'une définition par le moyen *per se*, dans la mesure où toute opération de fusion n'est pas contrôlable (il faut en effet tenir compte des fusions intragroupe par exemple).

208.- Cependant, l'analyse d'une opération de fusion avec pour critère la recherche d'une prise de contrôle n'est pas toujours chose aisée, car la notion de contrôle indique clairement qu'une entreprise impose sa volonté sur une autre. Pour une fusion absorption, le problème ne

[192] On peut estimer toutefois que les textes de l'ordonnance de 1977 et de 1986, en ce qu'ils évoquaient aussi les situations emportant « transfert de propriété et de jouissance […] d'une entreprise » comprenaient également un critère de moyen, COT et LA LAURENCIE, op.cit., p.80.

se pose pas, puisque c'est nécessairement la société survivante qui prend le contrôle de la société absorbée, qui disparaît en tant que personne juridique. Lors d'une fusion faisant disparaître les deux entreprises mères pour ne laissait place qu'à une seule nouvelle entité, il devient alors compliqué de déterminer quelle entreprise impose sa volonté sur l'autre. L'utilisation d'une disposition spécifique pour la fusion débarrasse donc les autorités chargées du contrôle des concentrations de la tâche fastidieuse de déterminer quelle entreprise devient l'entreprise contrôlante dans les situations de fusion complexes. On peut donc estimer que cette disposition, si elle n'est pas nécessaire, est néanmoins utile et constitue en cas de fusion un gain de temps à la fois pour les entreprises notifiantes et pour les autorités de contrôle.

209.- Le contrôle des concentrations japonais, bien qu'essentiellement constitué d'un ensemble de dispositions fondées sur un critère de moyen, contient également des dispositions plus générales.

B. L'utilisation par le Japon de la définition par le résultat : le contrôle général de la concentration et la formation de la relation concentrative.

210.- Dans son article 9, l'AML réglemente ce qui est désigné comme « la concentration excessive de contrôle d'entreprises ». Si cet article fait aussi partie du Chapitre 4 de l'AML traitant du contrôle des concentrations, l'objectif visé ici est quelque peu différent. En effet l'article 9 n'a pas pour but l'interdiction de la restriction concrète de la concurrence sur un marché donné, mais l'interdiction de la concentration économique entre les mains d'une même entreprise ou d'un même groupe d'entreprises. L'objectif final n'est donc plus de protéger une concurrence saine et active sur un marché spécifique, mais d'éviter qu'un grand nombre d'entreprises, indifféremment des marchés où elles développent leur activité, ne se retrouvent contrôlées par une seule volonté, pour éviter les conséquences catastrophiques qu'une telle concentration pourrait avoir pour l'économie japonaise, voire pour la démocratie[193]. Cet article 9 est souvent associé à l'article 11 de l'AML concernant la détention d'actions d'entreprises ordinaires par des banques ou des sociétés d'assurances de par le caractère absolu des interdictions qui y sont défendues.

211.- L'article 9 a connu une évolution intéressante et qui représente bien les changements de conception successifs quant au but du contrôle des concentrations au Japon. Ainsi, dans

[193] SUGIURA, 企業結合の規制（１）、経済講座 II、Yûhikaku, p.243.

l'AML originelle, l'article 9 interdisait la création de holdings, interdiction complétée par la réforme de 1949 venant interdire explicitement la transformation de société ordinaires en holding. Cette interdiction entretenait par ailleurs une relation complémentaire avec les dispositions de l'article 10, prohibant la détention d'actions par des entreprises autres que des banques. En 1953, les entreprises ordinaires étant désormais autorisées à détenir des actions, l'interdiction posée par l'article 9 a vu son champ d'action s'étrécir pour ne porter que sur les holdings purs, ainsi que sur les holdings n'ayant une activité propre qu'à titre secondaire. En 1997, l'interdiction catégorique des holdings fut finalement levée, l'interdiction ne portant plus que sur les holdings concentrant de manière excessive un pouvoir de contrôle sur plusieurs entreprises. Le législateur japonais estimant que la concentration excessive d'un pouvoir de contrôle sur des entreprises n'était pas le simple fait des holdings, la réforme de 2002 a doté cette interdiction d'une portée générale[194].

212.- La législation japonaise combine ici à la fois un critère par le moyen et un critère par le résultat, car bien que l'article 9 ne concerne que l'acquisition et la détention d'actions, c'est le résultat de cette détention, autrement dit la concentration excessive du pouvoir de contrôle sur plusieurs entreprises, qui constitue le cœur de l'interdiction. Cette notion est définie à l'article 9 al 3de l'AML. Constitue une concentration excessive du pouvoir de contrôle sur plusieurs entreprises le fait, pour une entreprise ou pour un groupe d'entreprises de contrôler par voie de détention d'actions d'autres entreprises d'échelles variées dans un nombre important de secteurs différents ; le fait pour ces entreprises d'avoir une influence importante sur les autres entreprises causée par les transactions en relation avec les capitaux de ces entreprises ; et enfin le fait pour ces entreprises de détenir une position importante sur une multitude d'autres marchés entretenant des relations mutuelles. L'application pratique de ces dispositions fait l'objet d'un dispositif original de surveillance par la JFTC et disposé dans à l'alinéa 4 de l'article 9. En effet, toute holding dont le montant total des participations détenues par l'ensemble de ses filiales s'élève à 600 milliards de yens, toute banque ou compagnie d'assurance dont le montant total des participations détenues par l'ensemble de ses filiales s'élève à 8000 milliards de yens, et toute autre entreprise dont le montant total des participations détenues par l'ensemble de ses filiales s'élève à 2000 milliards de yens sont tenues de soumettre à la JFTC tous les ans, dans les trois mois suivants la fin de l'année fiscale, un rapport sur leur activité ainsi que celles de leurs filiales.

[194] Le détail de l'évolution historique de l'article 9 est traité dans l'ouvrage de NEGISHI, op.cit., p.249 et s.

213.- En outre, la constitution d'une holding fait également l'objet d'une notification à l'alinéa 7 de l'article 9, et ce indépendamment du montant de ses participations (si celles-ci dépassent les 600 milliards de yens dès leur création, elles doivent alors adresser le rapport prévu dans l'alinéa 4 dans les trois mois suivant leur constitution). Les sociétés faisant l'objet d'un rapport ou d'une notification sont publiées tous les ans dans le rapport annuel de la JFTC intitulé « tendances dans les concentrations faisant l'objet d'une notification, etc ». Pour l'année 2010, on a compté 92 sociétés concernées par ce dispositif, dont 29 holdings, 9 banques et 54 entreprises ordinaires[195]. Cette notion de concentration excessive de pouvoir n'est pas la seule à faire l'objet d'un critère de résultat, puisque on trouve également un critère de résultat dans la notion de « relation concentrative » dans le contrôle « classique » des concentrations japonais. Cette notion fera l'objet des développements ci-dessous.

214.- Les contrôles français et japonais sont difficiles à comparer au premier abord, car chacun a opté, de par son histoire, pour une organisation radicalement différente dans la manière d'organiser son contrôle des concentrations. On constate cependant qu'en dépit de ces différences de conception dans la structure du contrôle, le contenu des textes, ainsi que la nature des opérations contrôlables sont extrêmement similaire. En revanche, à cause de ces mêmes différences organisationnelles, le législateur japonais a parfois trop tendance à vouloir poser des règles spécifiques selon la nature de l'opération de concentration envisagée (on peut citer à ce titre l'expérience de notification ex post des acquisitions d'actions, ou encore les seuils spécifiques selon les opérations de concentration contrôlées) avec comme conséquence un certain nombre de textes non utilisés, ou de différenciations qui ne sont pas fondées sur des raisonnements juridiques ou économiques viables.

215.- La définition des opérations de concentration contrôlables par le résultat, si elle pose peut-être davantage de problèmes pour les non spécialistes de la matière, a ainsi le mérite d'offrir une méthode flexible de définition des opérations, adaptable à la modernisation du droit des sociétés et qui évite un traitement trop spécifique des opérations selon leur nature, ce qui permet en outre de se concentrer sur ce qui importe réellement en matière de protection de l'équilibre concurrentiel, à savoir l'atteinte à la concurrence. Bien qu'il apparaisse difficile que le droit japonais des concentrations ne connaisse une réforme le faisant basculer de définition par le moyen à définition par le résultat, une plus grande uniformisation des règles concernant chaque forme de concentration nous paraîtrait souhaitable.

[195] Ce rapport de la JFTC, intitulé 平成 22 年度における企業結合関係届等の動向 pour sa version 2010, est consultable à cette adresse : http://www.jftc.go.jp/ma/doukou22.pdf

216.- Nous allons désormais nous intéresser à la formation de la relation concentrative. En droit français et européen, celle-ci repose sur la notion fondamentale consacrée par les textes de contrôle, illustrant l'imposition par une entreprise de sa volonté sur une autre. Au Japon, la notion de contrôle n'ayant pas d'équivalent, il conviendra d'analyser les mécanismes permettant de caractériser la formation et la nature de la relation concentrative.

Chapitre II : La formation de la relation concentrative.

217.- En droit français, le caractère essentiel de la notion de contrôle se vérifie de plusieurs manières. Tout d'abord, elle est clairement mentionnée à l'article L 430-1 2° du Code de commerce, et une première tentative de définition est offerte par ce même article au 2°III. Le contrôle est ainsi réputé *découler des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise […]*. On voit donc ici que la notion de contrôle est assortie d'un concept supplémentaire, l'influence déterminante, et ces deux notions font l'objet de vastes efforts de définition par les lignes directrices de l'ADLC, où pas moins de dix pages leur sont consacrées. La France a par ailleurs, en s'alignant sur la définition européen de la concentration, effectué un mouvement stratégique habile, puisqu'elle bénéficie ainsi à la fois de la pratique décisionnelle européenne qui a affiné les critères du contrôle et de l'influence déterminante pendant plusieurs années, et également des communications de la Commission concernant le règlement n°139-2004, deux sources d'inspiration non négligeables pour le droit français qui y fait ouvertement référence[196].

218.- En droit japonais, de par la structure même du contrôle des concentrations, qui réglemente les diverses opérations de concentration selon le moyen utilisé, la notion de contrôle n'est pas abordée de la même façon qu'en droit français ou européen. Cependant, l'analyse et la décomposition des termes présents quel que soit le type d'opération contrôlée laisse à penser que des notions similaires sont à l'œuvre pour caractériser la relation concentrative. Dans les articles 9 à 16 de l'AML (exception faite de l'article 11 concernant la détention par les banques et les sociétés d'assurances d'actions de sociétés ordinaires, où il s'agit d'une interdiction préventive absolue), les différentes opérations traitées par ces articles ne deviennent répréhensibles qu'à partir du moment où elles ont pour effet « la restriction concrète de la concurrence d'un secteur commercial donné »[197]. Cette expression a fait l'objet

[196] Les exemples sont nombreux. On retiendra, par exemple, le point 68 des lignes directrices de l'ADLC qui affirme que la communication consolidée de la Commission concernant le règlement (CE) n°139-2004 du 21 février 2009 constitue « un guide d'analyse utile, même en droit national ».

[197] En japonais 一定の取引分野における競争を実質に制限することとなる場合. Il existe en japonais deux notions utilisées en parallèle, à savoir celle de « secteur commercial » (取引分野) , employée dans les textes, et celle de « marché » (市場) qui est la plus communément utilisée aussi bien au Japon qu'en Occident. On estime que le terme de secteur commercial peut être substitué au terme de marché, mais que la réciproque, elle, n'est pas valable (en effet, si on prend l'exemple de la législation japonaise en termes de pratiques commerciales illicites, celle-ci se réfère exclusivement au terme « marché », alors même qu'en

d'une tentative de définition dans l'un des rares arrêts de la Cour d'appel de Tokyo portant sur une affaire de concentration d'entreprises. Ainsi, la Cour, dans l'arrêt Tôhô Shintôhô[198] affirme que : *la restriction concrète de la concurrence se définit comme une réduction de la concurrence elle-même, où une entreprise où un groupe d'entreprises se retrouve dans une situation où elle(s) peut (peuvent), de sa (leur) propre volonté, contrôler le marché en influant avec une certaine liberté sur les caractéristiques d'un certain nombre de conditions générales, comme le prix, la qualité ou les quantités* [199]. On parle ici de contrôle, certes, mais il s'agit de contrôle du marché, et non du contrôle d'une entreprise par une autre.

219.- Si l'AML ne se révèle donc d'aucun secours, dans sa rédaction, pour caractériser la relation concentrative, il en va autrement des lignes directrices, qui la définissent comme *la relation par laquelle plusieurs entreprises, par le biais d'une fusion, de détentions d'actions, s'unifient de manière partielle ou totale, et conduisent leurs affaires communément* [200]. Les lignes directrices parlent ici d'unification, et de conduite commune des affaires, ce qui est certes le cas lorsque la relation concentrative entre deux entreprises est suffisamment forte, mais la notion de contrôle, qui implique qu'une des entreprises va imposer sa volonté sur l'autre, est totalement absente. Le professeur Shiraishi[201] estime que cette absence de relations de domination dans la définition de la relation concentrative vient de la volonté du législateur japonais d'admettre des relations concentratives même indirectes pour que cette notion puisse recouvrir des montages plus vastes et complexes. Ainsi, si une société A acquiert des actions d'une société N, et si une société B acquiert également des actions de cette même société N, les lignes directrices estiment qu'une relation concentrative sera créée entre A et B par l'intermédiaire de N, ce qui est en réalité hautement probable, mais

---

droit des concentrations, les textes parlent certes de « secteur commercial », mais également de « délimitation du marché », en japonais 市場確定). Les points de vue divergent quant à l'équivalence de ces deux termes : on peut estimer que la notion de secteur commercial est plus large que celle de marché, car plus étendue en termes d'espace (marché géographique, de temps (durée de l'activité) et d'échelle. Au final, la différence entre les deux termes n'ayant pas, semble-t-il, de conséquences juridiques, certains auteurs estiment qu'il vaut mieux considérer que ces notions sont identiques (voir Shiraishi, 独占禁止法, Yuhikaku, 2006, p.13 à 16, et notamment p.15, note 17)

[198] 東宝新東宝東京高裁判決、東京高判昭和 28 年 12 月 7 日、高民集 6 巻 13 号 868 項

[199]《 競争を実質的に制限するにとは、競争自体が減少して、特定の事業者又は事業者集団がその意思で、ある程度自由に、価格、品質、数量、その他各般の条件を左右することによって、市場を支配することができる状態をもたらすとをいう》

[200] « 複数の企業が株式保有、合併等により一定程度又は完全に一体化して事業活動を行う関係 », lignes directrices pour le contrôle des concentrations dans le cadre de l'AML, partie 1.

[201] SHIRAISHI Tadashi, Professeur de droit de la concurrence et de droit économique à l'Université de Tokyo.

pas systématique[202]. D'un point de vue historique, il est également vrai qu'au Japon, la pratique des participations croisées est également très présente dans la culture d'entreprise, établissant une relation concentrative plus équitable où il est compliqué de savoir quelle entreprise contrôle réellement l'autre.

220.- L'existence d'une relation concentrative ne faisant aucun doute dans les situations de fusion entre entreprises antérieurement indépendantes, les situations examinées ici seront celles où la relation concentrative n'emporte pas, *per se*, d'unification des comportements entre les entreprises qu'elle lie. On traitera dans un premier temps de la caractéristique fondamentale de la relation concentrative, à savoir la détention de droits de vote (Section 1), pour ensuite traiter en profondeur de l'une des illustrations pratiques les plus délicates en matière d'établissement de la relation concentrative, et ce aussi bien en France qu'au Japon, à savoir les entreprises communes (Section 2).

Section 1 : Le critère fondamental de la relation concentrative : la détention de droits de vote.

221.- Que ce soit en France ou au Japon, les autorités chargées du contrôle des concentrations ne se fondent pas sur la simple détention d'actions pour apprécier la relation concentrative, mais bien sur les droits de vote attachés aux actions détenues, la base de la notion de contrôle comme de celle de relation concentrative étant la capacité de l'entreprise détentrice des actions d'intervenir dans les décisions stratégiques de l'entreprise détenue[203]. Seulement, la réalité juridique est souvent complexe et dépasse les simples prévisions des textes. Nous analyserons donc les différentes formes que peuvent revêtir les prises de participation et leurs conséquences pour la relation concentrative de manière graduelle, et partant des cas de figure les plus simples ou cette relation est présumée être constituée sans qu'une analyse profonde ne soit requise (§1), pour ensuite se tourner vers les critères qui seront utilisés dans les deux pays pour réaliser une telle analyse (§2).

[202] SHIRAISHI, op.cit., p.282.

[203] Ainsi les lignes directrices japonaises, dans la partie 1, 1, (1) ア parlent de « proportion totale de droits de votes relatifs aux actions détenues » (株式に係る議決権を合計した割合), et les lignes directrices françaises, au point 39 estiment que « c'est généralement la détention d'une majorité de droits de vote qui confère à un actionnaire une influence déterminante sur l'entreprise ».

§1 : Une appréciation *in abstracto* de la relation concentrative.

222.- Les textes français comme japonais traitent le renforcement de la relation concentrative selon deux axes, à savoir les prises de participations majoritaires, c'est-à-dire celles impliquant la détention de plus de 50 % du total des droits de vote d'une entreprise (I) et les participations minoritaires (II)

I. Les prises de participation majoritaires.

223.- Les prises de participations majoritaires sont les cas de figure les plus simples à appréhender, en ce qu'elles emportent généralement la prise de contrôle en France, et la formation de la relation concentrative au Japon. Celles-ci peuvent revêtir deux formes : soit l'acquisition de l'intégralité des droits de vote d'une entreprise (A), soit l'acquisition des droits de vote à la majorité qualifiée (B).

A. L'acquisition de l'ensemble des droits de vote d'une entreprise.

224.- En droit français, la question ne souligne aucune forme de difficulté. C'est même la situation la plus claire, car l'acquisition de l'ensemble des actions emporte systématiquement le contrôle exclusif de la société acquise par la société acquéresse. Dans les faits, cette situation est différente de la fusion, puisque la société rachetée conserve sa personnalité morale, elle va juste devenir une société fille de la société acquérante. La jurisprudence française ne semble pas avoir de problème particulier avec ce type d'acquisition[204]. En droit japonais, l'éventualité d'une société acquérant la totalité des actions d'une autre n'est évoquée explicitement ni dans les textes, ni dans les lignes directrices, ce cas de figure relevant alors d'un simple cas particulier de la situation ou une entreprise acquiert plus de 50% des droits de vote d'une autre, situation ou l'établissement de la relation

[204] Voir par exemple, dans le secteur des produits et services informatiques, la décision, n° 11-DCC-36 du 11 mars 2011 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Top Info par le groupe Computacenter : « L'opération, formalisée par un protocole de cession d'actions signé le 14 février 2011, porte sur l'acquisition, par Computacenter SA, de la totalité des actions de la société Top Info SAS et de ses 7 filiales auprès de la société Financière Top Info, actuellement actionnaire du groupe Top Info. En ce qu'elle entraîne l'acquisition du contrôle exclusif de ce dernier par le groupe Computacenter, l'opération notifiée est une opération de concentration au sens de l'article L. 430-1 du code de commerce. »

concentrative est présumée sans qu'il soit nécessaire de se pencher plus avant sur la structure du contrôle.

225.- On notera toutefois que lors de la réforme partielle de l'AML du 3 juin 2009 établissant l'obligation de notification à priori des opérations d'acquisition d'actions, un alinéa 3 a été ajouté à l'article 15 de l'AML, alinéa s'intitulant « les transferts communs d'actions »[205]. Cette expression prend ici un sens particulier, puisqu'elle désigne une opération bien précise. Cette opération consiste en l'établissement d'une nouvelle société par deux ou plusieurs autres sociétés indépendantes, société dans laquelle on va transférer la totalité des actions des sociétés à l'origine du projet de transfert. Les sociétés deviennent donc des sociétés filles de la société nouvellement créée, constituant de ce fait une relation concentrative entre la nouvelle société mère et les sociétés filles, et entre toutes les sociétés filles. Les lignes directrices japonaises estiment quant à elles que cette opération emporte la création d'une relation concentrative forte comparable à celle constituée lors d'une fusion[206] (justifiant ainsi l'emplacement de cette provision non au sein de l'article 10 de l'AML sur les détentions d'action, mais sous l'article 15 traitant originairement des fusions) confirmant le fait que lors d'une acquisition de la totalité des actions d'une entreprise, la relation concentrative est constituée d'office.

226.- Le cas de figure présenté ci-dessus ne laissait pas de doute quant à la création de la relation concentrative de par son caractère extrême. Il convient d'analyser les différences induites lors d'une acquisition à la majorité absolue seulement.

B. L'acquisition de la majorité absolue des droits de vote d'une entreprise.

227.- En France, même si cette éventualité emporte présomption d'acquisition du contrôle exclusif, celui-ci étant défini comme la capacité pour une seule entreprise de prendre les décisions stratégiques d'une société détenue en commun avec plusieurs autres, les lignes directrices françaises estiment cependant qu'une prise de participation majoritaire peut ne déboucher que sur une situation de contrôle commun voire sur aucune forme de contrôle[207].

[205] en japonais 共同株式移転

[206] Lignes directrices concernant l'application du contrôle des concentrations dans le cadre de l'AML, partie 1, 5.

[207] « un contrôle exclusif est normalement acquis de plein droit lorsqu'une entreprise obtient la majorité des droits de vote d'une société [..] une participation majoritaire n'emporte pas forcément un contrôle exclusif ou même conjoint », lignes directrices de l'ADLC, point 30.

Cette situation se voit très souvent dans le secteur de la distribution, notamment dans les multiples affaires impliquant la société ITM, et dans lesquelles cette société bénéficie d'une action de préférence qui lui confère un droit de véto sur les décisions stratégiques importantes, tout en étant largement minoritaire[208]. Les prises de participations majoritaires indirectes (par exemple en acquérant une participation majoritaire dans une holding) constituent également une concentration et ne semblent pas constituer un cas particulièrement épineux[209]. Les lignes directrices de la JFTC quant à elles se réfèrent directement à cette situation, et estiment que l'acquisition de plus de 50% des droits de vote d'une société constitue une formation, un maintien ou un renforcement d'une relation concentrative.

228.- L'éventuelle formation de la relation concentrative est plus difficile à appréhender dans le cas de prises de participation minoritaires.

II. Les prises de participation minoritaires.

229.- La prise participation minoritaire, c'est-à-dire inférieure à la majorité absolue des droits de vote, n'emporte à priori pas, comme il a été vu plus haut, de formation de la relation concentrative ou de contrôle. Même s'ils ne sont pas les plus fréquents dans la pratique, il existe toutefois des cas de figures ou une participation minoritaire permet de constituer une relation concentrative. Cela peut être le cas notamment lorsqu'une entreprise acquiert une majorité relative de droits de votes (A), et également lorsqu'une entreprise assortit sa participation minoritaire d'éléments de fait ou de droit lui octroyant le contrôle de l'entreprise-cible (B)

A. La portée de l'acquisition de la majorité relative des droits de vote d'une entreprise.

230.- Au Japon, l'éventualité d'une prise de participation minoritaire est explicitement mentionnée dans les lignes directrices, celles-ci prenant en compte le pourcentage ainsi que la position relative de l'entreprise acquérante au sein de l'actionnariat de l'entreprise faisant l'objet de la détention. Lorsqu'une entreprise acquiert 20% des droits de vote d'une autre, et qu'elle est première dans le classement des actionnaires, la relation concentrative est réputée

[208] BOSCO, *L'année 2010 en droit des concentrations,* in Contrats Concurrence Consommation n° 6, Juin 2011, dossier 4.
[209] COT et LA LAURENCIE, op.cit. p.98-99.

être constituée, sans qu'il soit besoin de prouver une capacité effective de prise de décision. En France et en Europe, le critère utilisé est bien différent, et n'impose pas de chiffres d'affaires en particulier, puisqu'il s'agit du critère de l'influence déterminante. De ce fait, si une entreprise détient plus de 20% des droits de vote, et est première dans le classement des actionnaires, c'est uniquement si cette position lui permet d'influencer réellement sur les décisions stratégiques de l'entreprise dont elle détient les actions que le contrôle sera constitué, et que l'opération sera contrôlable au titre du contrôle des concentrations. Il convient de noter que ce chiffre de 20% n'est pas le fruit du hasard. Originairement de 25%, il fut ramené à 20% par la réforme de 2009, pour la bonne raison qu'en droit des sociétés japonais, le fait pour une société A de détenir 20% des actions d'une société B fait que A et B sont alors réputées « sociétés associées »[210].

231.- La question qui se pose alors est de savoir lequel des deux systèmes est le plus adapté. Comme souvent, le système japonais repose sur des seuils fixes dont le dépassement entraîne la constitution de la relation concentrative. Du point de vue du droit français et européen, ce seuil de 20% semble quelque peu sévère. En effet, si l'on prend les situations où une participation minoritaire entraîne une prise de contrôle, les parts de marché sont souvent supérieures à 20%. Par exemple, dans l'affaire Ryan Air/ Aer Lingus, le TUE a estimé que la prise de participation de Ryan Air de 25% des actions d'Aer Lingus était insuffisante pour emporter le contrôle de Ryan Air sur Aer Lingus, et qu'il ne pouvait de ce fait prononcer la restitution des actions détenues par Ryan Air à Aer Lingus[211]. On constate donc que la Commission garde une conception du contrôle extrêmement étroite afin de ne reconnaître une prise de contrôle en cas de participation minoritaire que dans un nombre de cas très restreint, et une participation relativement élevée ne saurait être un élément décisif. Le droit japonais, en admettant facilement l'existence d'une relation concentrative sans chercher à déterminer si celle-ci emporte un contrôle, que celui-ci soit exclusif ou commun dans le cadre d'une entreprise commune, est donc finalement plus sévère que le droit européen en la matière.

232.- Cette majorité relative peut toutefois se voir renforcée par des éléments de fait et de droit pour qualifier une prise de participation de prise de contrôle.

---

[210] En japonais 関連会社. Voir JFTC, 独占禁止法施行令及び公正取引委員会規制等の一部改正案に対して提出された意見及び公正取引委員会の考え方, p.29, consultable à cette adresse : http://www.jftc.go.jp/pressrelease/09.october/091023betten3.pdf

[211] Trib. UE, 6 juill. 2010, aff. T-342/07, Ryanair Holdings, et Trib. UE, 6 juill. 2010, aff. T-411/07, Aer Lingus ; voir notamment IDOT, « transport aérien et concentration », Europe n° 10, Octobre 2010, comm. 325.

B. Les éléments de fait et de droit permettant l'acquisition du contrôle avec une participation minoritaire.

233.- Si la participation minoritaire n'emporte la qualification de concentration que lorsque celle-ci est relativement élevée, elle dépend aussi d'éléments de fait, comme par exemple la géographie de la distribution du capital entre les divers actionnaires de la société-cible. Ici la France va plus loin que le Japon, car ce n'est pas seulement la position dans le classement général des actionnaires qui est importante, mais également la dispersion du capital[212]. On peut alors considérer qu'une entreprise détenant une participation minoritaire peut prendre le contrôle d'une entreprise où le reste de l'actionnariat est extrêmement dispersé, comme ce fut notamment le cas lorsque Vivendi a porté sa participation à 89% dans Canal Plus[213]. Les autorités françaises sont également allées dans le détail en s'intéressant par exemple aux participations des actionnaires aux assemblées générales, lieu où les décisions concernant la direction économique de l'entreprise sont prises, et où le contrôle s'exerce concrètement.

234.- Ainsi, plus la participation des actionnaires aux assemblées générales est basse, plus une participation minoritaire peut résulter en une prise de contrôle. On peut citer à ce titre l'affaire Elkem/Sapa de la Commission Européenne dans laquelle une participation de 35,6% des actions seulement avait suffi à constituer un contrôle de facto s'expliquant par le fait que la participation des actionnaires aux assemblées générales au cours des quatre dernières années ne s'était jamais élevée au-delà de 56 ,2%[214]. On remarque qu'au Japon, ce type d'éléments n'est pas nécessairement pris en compte, puisque un seuil de participation pourtant bas au regard des chiffres français et européens (seulement 20%) permet de constituer une relation concentrative.

236.- Pour ce qui est des éléments de droit, on peut citer notamment les pactes d'actionnaires et autres conventions octroyant aux actionnaires minoritaires des droits spécifiques. Les lignes directrices françaises, au point 28, désignent par exemple des droits de véto attachés à certaines actions. En effet, bien qu'un droit de véto soit une expression de

[212] Lignes directrices de l'ADLC, point 41.
[213] Avis 2000-A-4 du 29 février 2000, secteur de la télévision à péage (Vivendi/Canal Plus).
[214] COMP/M.2404 . Elkem/Sapa , point 7: *Attendance at the general annual meeting of the shareholders has never been higher than 56.2% at any of the four AGMs held since Sapa became independent and prior to the AGM of 2001.This means that a shareholding of 32.1% as a result of the transaction on 19./20.02.2001 is sufficient for de facto control.*

contrôle négative, puisque le principe même du droit de véto est de refuser une l'adoption d'une proposition et non de permettre d'imposer les siennes, il n'en est pas moins un outil puissant d'imposition de sa volonté sur une entreprise. Cette éventualité semble absente de la pratique japonaise en matière de contrôle des concentrations, alors même que le droit japonais des sociétés connaît également ce genre de pratiques.

237.- Il convient désormais d'analyser en détail comment les diverses autorités chargées d'appliquer le contrôle des concentrations peuvent apprécier la relation concentrative d'une façon toujours plus pragmatique pour en cerner la réalité.

§2 : Une appréciation *in concreto* de la relation concentrative grâce à l'utilisation du faisceau d'indices.

238.- La méthode du faisceau d'indices s'inscrit dans la droite ligne de ce qui a été avancé au paragraphe précédent, puisqu'il s'agit d'une série de facteurs hétérogènes dont le concours va permettre de déterminer si une entreprise a bien le contrôle sur une autre. Cette méthode est utilisée aussi bien par la France et la Commission Européenne que par le Japon, où cette méthode est utilisée en quelque sorte de manière inconsciente, puisque les lignes directrices de la JFTC listent un ensemble de critères pouvant être pris en compte pour déterminer l'établissement de la relation concentrative entre les sociétés en cause. Bien que cette méthode soit pensée pour faire face à un large éventail de possibilités de par ses caractéristiques (I), certaines opérations réussissent toutefois à échapper toutefois au contrôle des concentrations (II).

I. Les caractéristiques du faisceau d'indices.

239.- Le faisceau d'indices, en tant qu'outil indispensable à l'analyse des opérations de concentration est évidemment décrit avec plus ou moins de précisions dans les lignes directrices françaises, européennes et japonaises (A), mais il s'enrichit également avec la pratique des autorités qui l'appliquent (B)

A. Le faisceau d'indices dans les textes.

240.- L'utilisation de cette méthode par les autorités françaises dans les situations où le contrôle n'est plus exclusif, mais conjoint, c'est-à-dire partagé entre diverses entreprises qui doivent collaborer pour assurer la direction de l'entreprise contrôlée, est mentionnée au point 38 des lignes directrices de l'ADLC, le point 37 énonçant brièvement la liste des critères qui en font partie, critères qui sont à leur tour traités séparément de manière extensive des points 39 à 48. On trouve ainsi les droits conférés aux actionnaires (peu importe qu'ils soient majoritaires ou minoritaires), les relations contractuelles, les relations financières, et une précision assez importante et, semble-t-il, en opposition avec la position japonaise, puisqu'il est mentionné au point 37 que « dans des circonstances exceptionnelles, une entreprise peut même disposer d'une influence déterminante sans aucune participation au capital ». En effet, comme il a été vu ci-dessus, les participations minoritaires avec action de préférence ne sont pas une éventualité envisagée par la JFTC [215] Pour ce qui est des droits conférés aux actionnaires, ceux-ci doivent être supérieurs à ceux normalement consentis à des actionnaires majoritaires.

241.- Les lignes directrices citent ainsi les droits de véto, les droits permettant de bénéficier d'une part dans les décisions supérieure à la part dans le capital, la possibilité de nommer certains responsables au sein des organes dirigeants de l'entreprise, la possibilité d'obtenir des informations détaillées sur les activités de l'entreprise, et aussi les possibilités de voir sa participation augmenter ultérieurement, grâce notamment à la détention de titres convertibles, d'options d'achat, de détention de droits de préemption ou de préférence. Pour ce qui est des contrats, les lignes directrices françaises se réfèrent directement à la communication consolidée de la Commission, qui évoque deux critères pour que ceux-ci soient pris en compte dans le faisceau d'indices : ces contrats doivent conduire à un contrôle de la gestion et des ressources de l'entreprise-cible, et leur durée doit être « extrêmement longue ». Enfin, on trouve un ensemble assez hétérogène de critères regroupés sous l'appellation générale de « liens économiques que les actionnaires auront avec la nouvelle entité [216]», parmi lesquels on peut citer le fait d'être le principal actionnaire industriel, les relations commerciales privilégiées ou encore le fait d'intervenir de manière significative de manière privilégiée.

[215] Voir supra paragraphe 101.
[216] Lignes directrices de l'ADLC, point 48.

242.- Les lignes directrices japonaises procèdent de manière assez différente en la matière, en ce qu'elles sont beaucoup plus succinctes et restent attachées à la détention de droit de vote ainsi qu'à la position de la société acquérante au sein du classement général des actionnaires. Ainsi, aux deux premiers planchers constatés précédemment, à savoir le création, le maintien ou le renforcement de la relation concentrative en cas de prise de participation de plus de 50%, ainsi qu'en cas de prise de participation de plus de 20% en étant actionnaire principal, se rajoute un troisième et dernier plancher qui nécessite la présence simultanée de trois critères cumulatifs. Tout d'abord, l'entreprise acquérante doit détenir plus de 10% des droits de vote de l'entreprise-cible, elle doit ensuite être parmi les 3 actionnaires détenant le plus de droits de vote, et enfin s'ajoutent toute une série de critères qui seront utilisés conjointement pour déterminer si la relation concentrative est bien formée, et qui représente réellement une version japonaise de la méthode du faisceau d'indices[217].

243.- Sont ainsi réputés être pris en compte la participation elle-même, la position de l'entreprise dans le classement des actionnaires, les relations réciproques entre les entreprises en cause (est principalement visé ici les situations de participations croisées, très populaires au Japon), les différences des participations des divers actionnaires la dispersion de l'actionnariat, les situations de double emploi de dirigeant (qui peuvent indépendamment faire l'objet de prohibitions au titre de l'article 13 de l'AML), les relations commerciales des entreprises impliquées (y compris les relations financières), les relations de coopération telles que les accords de coopération, les accords d'assistance technologique et autres. La JFTC examine également les relations concentratives entre les sociétés parties à la concentration et d'autres sociétés tierces, relations concentratives qui seront également analysées à l'aide des critères du faisceau d'indices cité ci-dessus.

244.- On remarque par conséquent que bien que les conditions de recours au faisceau d'indices soient différentes, car conditionnées au Japon par le niveau de participation et la position dans le classement général de l'actionnariat, le contenu de ce faisceau d'indices est à peu près identique dans les deux pays, puisque l'on retrouve les éléments relatifs à la structure de l'actionnariat, les droits et prérogatives exceptionnels attachés aux actions, ainsi que l'ensemble des éléments contractuels et économiques permettant à une société d'en influer une autre. La différence principale se situe essentiellement dans une précision supérieure du droit français, qui bénéficie bien entendu de la rigueur et de l'exhaustivité des

[217] Lignes directrices concernant le contrôle des concentrations dans le cadre de l'AML,第 1, 1, (1), イ.

communications de la Commission, et dans la mention par les lignes directrices japonaises des participations croisées, mention qui s'explique par la culture d'entreprise japonaise. Enfin, bien que cet ensemble de critères soit abondamment détaillé, argumenté et illustré de jurisprudence nationale et européenne, elle a reçu des critiques, notamment de l'International Chamber of Commerce (ICC) qui aurait souhaité que ces divers critères soient hiérarchisés pour que les entreprises puissent savoir quels critères sont déterminants, et quels sont ceux revêtant un caractère plus anecdotique[218] . L'ICC suggère en outre de séparer les critères en deux blocs, comprenant un bloc de critères réputés « déterminants », c'est-à-dire qui puissent justifier individuellement une prise de contrôle, et donc de constituer une opération contrôlable au titre du contrôle des concentrations, et un autre bloc de critères, qui ne pourraient déterminer une prise de contrôle qu'en la présence d'autres critères.

245Le faisceau d'indices étant avant tout une méthode d'analyse des situations de prises de participation minoritaires, c'est lorsque celui-ci est à l'œuvre qu'il révèle les informations les plus intéressantes sur son fonctionnement.

B. Le faisceau d'indices dans la pratique.

246.- Le faisceau d'indices est largement utilisé dans la pratique, tant il est vrai que la complexité des montages juridiques et la diversité des droits attachés selon les catégories d'actions peut tout à fait permettre à une société de prendre le contrôle d'une autre. Dans l'affaire, déjà relativement ancienne, concernant une prise de participation de Ford dans Hertz[219], Ford, qui détenait 49% du capital d'Hertz, souhaitait racheter 5% du capital d'Hertz et monter sa participation à 54%. La Commission relevait d'abord les droits attachés aux actions détenues par Ford (comportant entre autres des droits de véto), ainsi que le pouvoir de Ford de nommer 4 directeurs sur les 9 que compte le directoire d'Hertz. Ces droits n'emportaient toutefois pas le contrôle d'Hertz par Ford, et les droits de véto mentionnés ci-dessus ne permettaient pas de bloquer des décisions stratégiques. En revanche, la Commission a pris en compte dans son analyse les options qui avaient été concédées à Ford dans un pacte conclu avec les autres actionnaires d'Hertz en 1989, et qui lui permettait, en quelques heures,

[218] Commission droit de la concurrence du Comité national français de la Chambre de Commerce Internationale,
« Commentaires sur le projet de lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations », ADLC, 2009, p.1, consultable sur le site de l'ADLC : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/obs_icc_france_ld_concentrations_09.pdf
[219] Aff. n°.IV/M397, Ford/Hertz, 06 Juillet 1994

sans besoin d'autorisations et sans ajout de capital, de convertir une partie de ses actions de classe C en actions de classe B, conversion qui avait pour conséquence la possibilité pour Ford de nommer deux directeurs supplémentaires au sein du directoire d'Hertz, lui conférant ainsi une majorité absolue.

247.- La Commission a ainsi conclu que l'augmentation de 5% du capital détenu par Ford et lui conférant la majorité absolue dans l'actionnariat d'Hertz ne modifiait pas la structure du contrôle au sein de cette dernière, et de ce fait l'opération fut déclarée non contrôlable au titre du contrôle des concentrations. On constate ici une utilisation du faisceau d'indices conforme aux lignes directrices : la Commission a pris successivement en compte les droits attachés aux actions, la détention de directeurs au sein de l'entreprise-cible, et également les droits octroyés par les pactes d'actionnaires et susceptibles d'octroyer le contrôle à l'entreprise minoritaire dans le futur. En outre, les options futures sont appréciées au regard de leur facilité d'exercice, possibilité qui ne semble à priori pas exploitée par les autorités japonaises.

248.- En ce qui concerne la pratique japonaise, on constate que le faisceau d'indices, s'il est relativement élaboré d'un point de vue strictement théorique comme exposé plus haut, n'a connu jusqu'à présent qu'une utilisation pratique anecdotique, et en réalité, en cas de participation minoritaire, les autorités japonaises semblent se préoccuper essentiellement de l'existence ou non d'un cumul des mandats de dirigeants pour établir la constitution d'une éventuelle relation concentrative. On pourra citer à ce titre l'affaire Bridgestone Metalfa, concernant une prise de participation minoritaire sur le marché des fibres métalliques[220]. La société Bekaert, société de droit belge spécialisée dans la fabrication de fibres métalliques, avait pris ici une participation de 27,6% dans la société Metalfa, aussi spécialisée dans la production de fibres métalliques et détenue à 51% par Bridgestone, sociétés leader sur le marché des pneumatiques, dont la confection nécessite par ailleurs l'utilisation de fibres métalliques .

249.- En outre, Bekaert avait nommé deux directeurs et un observateur, tous à temps partiel, au sein de Metalfa. Ainsi, la JFTC a estimé que la prise de participation de Bekaert dans Metalfa, ajoutée à l'envoi de certain de ses employés et dirigeants au sein de Metalfa pouvait nuire à la concurrence potentielle entre Metalfa et Bekaert. En effet, lors de l'examen de l'affaire par la JFTC, Bekaert n'avait pas d'activité sur le marché japonais des fibres métalliques, où Metalfa était en première position avec 46% de parts de marché. Seulement, il

[220] N.V ベカルト SA によるブリジストンメタルファ（株）の役員兼任、平成７主要事例６

était prévu dans le contrat établi avec Bridgestone que Bekaert allait se lancer sous deux ans sur le marché japonais, et donc devenir, de par sa position de leader mondial sur le marché des fibres métalliques, un concurrent sérieux de Metalfa. La JFTC a donc autorisé l'opération sous réserve que Bekaert baisse sa participation dans Metalfa à 10% maximum, et que jusqu'à ce que ladite participation soit effectivement baissée, les directeurs de Bekaert dispatchés chez Metalfa ne viennent pas des départements fibres métalliques et fils métalliques de chez Bekaert.

250.- Ainsi, en dépit des affirmations de certains auteurs japonais[221], il semble que l'analyse des participations minoritaires telle que faite en France et en Europe, ou à tout le moins, sa pratique, soit appliquée avec plus de rigueur en Europe. Si les autorités françaises, européennes et japonaises assurant le contrôle des concentrations ont admis des prises de participation minoritaires qui, à priori, ne sembleraient pas constituer des opérations de concentration, il existe malgré tout des opérations qui ne sont pas contrôlables.

II. Les relations concentratives qui échappent au contrôle des concentrations.

251.- Ce phénomène de concentrations qui ne peuvent être contrôlées connaît plusieurs explications. Tout d'abord, cette absence de contrôlabilité peut être prévue par les autorités elles-mêmes (A), où à l'inverse, peut découler d'une complexité juridique telle qu'elle laisse apparaître les failles du contrôle (B)

A. La non constitution de la relation concentrative prévue par le législateur.

252.- Les textes français comme japonais prévoient un certain nombre de cas de figure où le contrôle des concentrations sera réputé inapplicable. On remarque dans les deux pays une inapplicabilité aux restructurations intra-groupes, avec un raisonnement similaire, à savoir

[221] SHIRAISHI, « 少数株式取得と企業結合規制 » (*Prise de participation minoritaire et contrôle des concentrations*), Shôji Hômu No.1922、Février 2011, p.4. Le professeur Shiraishi estime, dans un article de février 2011, que l'analyse japonaise des prises de participation minoritaires est plus stricte au Japon, car elle se base sur des niveaux de participation faibles, et parce que la notion de relation concentrative est plus facilement reconnue que celle de contrôle (d'autant plus, que, comme exposé dans l'article et évoqué plus haut, la constitution de la relation concentrative n'est pas toujours nécessaire, à partir du moment où une prise de participation a pour effet une restriction de la concurrence sur un marché donné). Cette analyse, bien que très pertinente, semble cependant connaître des limites en termes d'application quand on constate le manque de décisions susceptible d'appuyer ces propos.

l'absence d'une réelle modification du contrôle entre les diverses entités. En effet, il n'y a dans ce genre de situation aucune nouveauté dans la relation concentrative en cause, tout au plus une modification de la structure du contrôle n'emportant aucune conséquence d'un point de vue concurrentiel sur un marché donné. En droit français, l'inapplicabilité du contrôle des concentrations pour cause d'absence d'indépendance des entreprises antérieurement à l'opération de concentration envisagée dans le cadre d'une restructuration est visée au point 24 des lignes directrices, de l'ADLC[222]. En droit japonais, on trouve cette mention dans la partie 第 1,1,(4) des lignes directrices de la JFTC, aux points イ,ウ,エ,オ et カ. Ici on remarque que le droit japonais, toujours dans un souci de pédagogie, détaille les diverses possibilités de réorganisation intragroupe aux points イ à カ, comme par exemple l'acquisition par une société mère d'actions d'une société détenue par une de ses sociétés filles, les prises de participations croisées entre sociétés sœurs, etc. Au point ア de la même partie, les lignes directrices japonaises exemptent de contrôle des concentrations les sociétés dont l'ensemble des actions sont acquises par une autre société au moment de leur constitution.

253.- En outre, au point 29 des lignes directrices de l'ADLC, il est précisé que le changement de la qualité du contrôle, par exemple l'acquisition d'actions permettant à un actionnaire minoritaire de prendre des décisions importantes, et donc d'exercer un contrôle positif sur les décisions de l'entreprise-cible ne constituera pas une concentration si cet actionnaire disposait déjà de droits de véto suffisants pour bloquer lesdites décisions. Enfin, les lignes directrices françaises prévoient également le cas de figure des opérations transitoires, précision qui vise essentiellement les sociétés bancaires et de transaction de titres qui peuvent être amenées, au cours de leur activité, à détenir des actions auxquelles sont attachés des droits suffisamment importants pour emporter contrôle de la société ayant émis ces actions. L'autorité européenne, reprise ici par les autorités françaises, juge le caractère transitoire d'une opération selon deux critères. Il faut ainsi que l'entreprise qui acquiert les titres n'exerce pas les droits qui y sont attachés, et que la cession des titres intervienne au plus un an à compter de leur acquisition (délai qui peut toutefois être allongé sur demande justifiée

[222] On peut à ce titre citer l'affaire n° 09-DCC-44 du 10 septembre 2009 relative au projet de transfert du portefeuille de contrats de réassurance de l'Union Nationale de Réassurance de la Mutualité Française à la société MutRé SA : *il y a lieu de considérer que le transfert du portefeuille de contrats de réassurance de MutRé Union à MutRé SA constitue une restructuration interne à un même ensemble économique et ne peut être qualifiée de concentration au sens de l'article L. 430-1 du code de commerce*.

de l'entreprise acquérante)[223]. On ne retrouve pas de telles dispositions dans les lignes directrices japonaises, absence qui s'explique néanmoins aisément par le fait que les banques et les sociétés de gestion de titres font l'objet d'une attention particulière au sein de l'article 11 de l'AML, comme il a été vu plus haut.

254.- Si les lignes juridiques des systèmes examinés se servent souvent des exemples jurisprudentiels passés pour pallier un maximum d'éventualités, il existe toutefois des situations trop complexes pour que les textes leur soient appliqués.

B. La non constitution de la relation concentrative conséquence de la complexité de la réalité juridique.

255.- L'examen des décisions d'inapplicabilité rendues par l'ADLC au cours des deux dernières années laisse apparaître ce qui peut sembler un nouveau type de pratique permettant, dans une certaine mesure, d'obtenir une forme de concentration, sans qu'il y ait pour autant présence d'une opération contrôlable. Ainsi, dans les décisions 09DCC73, 10DCC15, et10DCC16 rendues par l'ADLC[224], on retrouve à chaque fois une similitude troublante au niveau des faits, et l'implication de la société ITM Entreprises et de ses diverses filiales, entreprise bâtie sur un modèle coopératif et responsable à elle seule de près de deux tiers des opérations notifiées au titre du contrôle des concentrations pour l'année 2010[225]. On retrouve donc, chaque fois, une acquisition par des personnes physiques de sociétés de gestion d'une

[223] Le point 64 des lignes directrices françaises reprend *in extenso* l'extrait de la communication consolidée de la Commission se rapportant à ce point :
« L'article 3, paragraphe 5, du règlement n° 139/2004 relatif au contrôle des concentration considère qu'une opération de concentration n'est pas réalisée « *lorsque des établissements de crédits, d'autres établissements financiers ou des sociétés d'assurances, dont l'activité normale inclut la transaction et la négociation de titres pour compte propre ou pour compte d'autrui, détiennent, à titre temporaire, des participations qu'ils ont acquises dans une entreprise en vue de leur revente, pour autant qu'ils n'exercent pas les droits de vote attachés à ces participations en vue de déterminer le comportement concurrentiel de cette entreprise ou pour autant qu'ils n'exercent ces droits de vote qu'en vue de préparer la réalisation de tout ou partie de cette entreprise ou de ses actifs, ou la réalisation de ces participations, et que cette réalisation intervient dans un délai d'un an à compter de la date de l'acquisition; ce délai peut être prorogé sur demande par la Commission lorsque ces établissements ou ces sociétés justifient que cette réalisation n'a pas été raisonnablement possible dans le délai imparti* ».

[224] Il s'agit respectivement de la lettre n° 09-DCC-73 du 9 décembre 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Ormoison SAS par la société ITM Alimentaire Est (Groupe ITM Entreprises), de la lettre n° 10-DCC-15 du 18 février 2010 relative au changement de contrôle de la société Jormas, et de la lettre n° 10-DCC-16 du 24 février 2010 aux conseils de la société SARL Madorinvest relative à la prise de contrôle de la société SAS Mélaury

[225] COT et BLANCHET, *Concentrations : Panorama de la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence en 2010* in Concurrences, N°1, 2011, p. 59.

grande surface locale, société déjà détenues par ITM ou une de ses filiales. Dans ces trois affaires, les personnes physiques en question, toujours des époux, détenaient une société constituée dans le but de gérer des titres sur le marché des grandes surfaces mais sans activité économique, et venaient se substituer à d'autres personnes physiques, détenant alors un contrôle conjoint avec ITM sur l'entreprise cible.

266.- Ainsi, l'ADLC a conclu, dans les trois cas, qu'en l'absence d'activité économique de la société qu'ils détiennent, et en leur qualité de personnes physiques, ces personnes ne peuvent pas être considérées comme des entreprises, et par conséquent le fait que ces époux acquièrent un contrôle conjoint avec ITM sur l'entreprise cible induit que lesdites opérations ne sont pas considérées comme des concentrations entre entreprises, échappant alors au contrôle des concentrations. Si, à première vue, ces opérations peuvent s'apparenter à un simple transfert de contrôle d'un couple de personnes physiques à une autre, puisque la nature du contrôle conjoint exercé par ITM n'est soumise à aucune modification, le fait que chaque fois lesdits époux aient une participation majoritaire dans des sociétés aptes à prendre des participations dans des sociétés de distribution alimentaire et de grandes surfaces, mais économiquement inactives, rendant l'opération incontrôlable au titre du contrôle des concentrations, laisse à penser qu'il y a là une stratégie à l'œuvre de la part de ITM, pour s'assurer, par exemple, un contrôle exclusif de fait sous couvert de contrôle apparemment conjoint.

267.- L'AML japonaise contenant, en son article 14, des dispositions spécifiques sur la détention d'actions par des personnes physiques, leur appliquant le contrôle des concentrations sans condition de réalisation d'un chiffre d'affaires minimum ou d'une quelconque activité économique, le contrôle des concentrations japonais pourrait être applicable à une opération fondée sur des faits similaires. Toutefois, la condition de restriction concrète de la concurrence sur un marché donné ne serait certainement pas remplie, et par conséquent, l'opération serait surement autorisée sans conditions, ce qui limite la portée de la différence entre les deux systèmes sur ce point. Au Japon, les décisions d'inapplicabilité du contrôle des concentrations sont extrêmement rares, et le fait que, jusqu'à présent, les décisions en la matière aient été prises dans le cadre des discussions pré-notification, dont seul un petit nombre est publié chaque année, n'aide pas à percevoir dans quelles situations une opération de concentration peut être incontrôlable au titre du contrôle des concentrations.

268.- Cependant, comme il a été expliqué plus haut, le fait qu'une opération de concentration, si elle a pour effet de restreindre substantiellement la concurrence sur un marché donné, et ce même en l'absence de la constitution de la relation concentrative, soit malgré tout contrôlable, montre que les autorités japonaises savent faire preuve de pragmatisme en la matière, au-delà du formalisme apparent de l'AML. Les limites à l'applicabilité du contrôle des concentrations au Japon reposent ainsi essentiellement sur le fait que certains types d'opération ne sont pas prévus par l'AML, comme par exemple les accords de coopération, ou encore les acquisitions de droits de propriété intellectuelle dans le cadre d'un transfert d'actifs, ceux-ci ne satisfaisant pas la définition de « partie importante de l'activité de l'entreprise »[226].

269.- Il convient, pour clore ce premier titre, d'aborder les différents aspects de la relation concentrative dans la configuration qui suscite le plus d'interrogations, à savoir les entreprises communes.

Section 2 : Les différentes relations concentratives au sein des entreprises communes.

270.- Alors que la section précédente se fondait essentiellement sur la notion de contrôle exclusif, celle-ci sera dédiée au contrôle conjoint, qui se définit comme « la possibilité pour deux ou plusieurs entreprises d'exercer une influence déterminante sur une autre entreprise. Les entreprises contrôlantes sont donc appelées à collaborer et à s'entendre sur la stratégie de l'entreprise contrôlée »[227]. Les entreprises communes constituent l'illustration concrète de cette définition plutôt large. Il est à noter que les lignes directrices japonaises évoquent distinctement la question des entreprises communes[228], qu'elles définissent comme la situation où « deux entreprises ou plus fondent ou acquièrent en commun une entreprise par voie de contrat ou autre, dans le but d'effectuer une activité nécessaire à leur intérêt commun »[229]. Même si la définition japonaise de l'entreprise commune n'intègre pas la notion de contrôle commun, ce qui s'explique aisément puisque au Japon c'est la notion de relation concentrative qui lui est préférée, la définition de l'entreprise

[226] en japonais 重要部分
[227] Lignes directrices de l'ADLC, point 32.
[228] en japonais 共同出資会社.
[229] 「2 以上の会社が、共通の利益のために必要な事業を遂行させることを目的として、契約等により共同で設立し、又は取得した会社をいう」. Lignes directrices concernant le contrôle des concentrations dans le cadre de l'AML, 第 1,1,(1),ウ。

commune dans les deux systèmes est suffisamment similaire pour permettre une comparaison détaillée de son traitement par les autorités françaises, européennes et japonaises en charge du contrôle des concentrations.

271.- Ainsi, au sein d'une entreprise commune, on distingue deux types de relations concentrative. Tout d'abord, la relation concentrative entre les entreprises fondatrices et l'entreprise commune (§1) et l'éventuelle relation concentrative entre les entreprises fondatrices elles-mêmes (§2).

§1 La relation concentrative entre les entreprises fondatrices et l'entreprise commune.

272.- La question de la relation concentrative entre les entreprises fondatrices et l'entreprise commune se pose à plusieurs titres. Tout d'abord, le fait même qu'il existe une relation concentrative entre les entreprises communes, loin d'être une évidence, connaît certains aménagements (I). Au-delà, cette relation, qui est désormais traitée comme partie intégrante du contrôle des concentrations, a connu des arguments pour un traitement sous l'angle des ententes (II)

I. Une relation concentrative non reconnue systématiquement.

273.- La relation concentrative entre les entreprises fondatrices et l'entreprise commune est reconnue systématiquement au Japon (A), alors qu'en France un certain nombre de conditions doivent être remplies avant qu'elle soit reconnue (B)

A. Une reconnaissance systématique au Japon.

274.- Au Japon, les lignes directrices mentionnent très clairement qu'en cas de constitution d'une entreprise commune, la relation concentrative entre les entreprises fondatrices et l'entreprise commune se crée, se maintient ou se renforce. Toutefois, le fait qu'il y ait constitution d'une relation concentrative n'implique pas pour autant que celle-ci soit contrôlable au titre du contrôle des concentrations japonais. Les lignes directrices indiquent que seront prises en compte les relations contractuelles (par exemple, les éventuels accords de coopération) pour déterminer si la relation concentrative constituée fait l'objet du

contrôle des concentrations. Bien que cette définition soit pour le moins abstraite pour des lignes directrices, et permettent de ce fait à la JFTC de prendre des décisions en toute discrétion, on constate de surcroît que, dans la majorité des affaires concernant la création d'entreprises communes, les questions de constitution de la relation concentrative, comme de contrôlabilité de l'opération ne sont pas abordées.

275.- Ainsi, dans les décisions examinées[230], la JFTC se borne à affirmer que, puisqu'il y a constitution d'une entreprise commune à deux ou plusieurs entreprises, et que le but de cette entreprise commune sera soit d'intégrer une activité qui était auparavant réalisée indépendamment par les entreprises fondatrices, soit de leur permettre d'exercer de nouvelles activités, l'opération est soumise à l'article 10, et, le cas échéant, 16 de l'AML, qui traitent respectivement de la détention d'actions et de la cession d'actifs[231]. La portée de cette mention dans les lignes directrices paraît ainsi limitée, et il est par conséquent raisonnable de considérer que la création d'une entreprise commune entraîne systématiquement la création de la relation concentrative et la contrôlabilité de l'opération, sans que la JFTC ne semble estimer nécessaire de le mentionner.

276.- La création de la relation concentrative entre l'une des sociétés mères et l'entreprise commune est toutefois envisageable uniquement si elles exercent toutes les deux sur le même marché. En effet, il n'y aura de danger pour la concurrence qu'à partir du moment où la société mère prendra en compte le bénéfice de l'entreprise commune au moment de prendre des décisions stratégiques en plus de son bénéfice personnel, considération qui ne se posera pas lorsque la société mère et l'entreprise commune exercent sur des marchés différents, où la politique concurrentielle de l'une ne sera pas susceptible d'affecter le bénéfice de l'autre[232].

277.- La reconnaissance de la relation concentrative en France est-elle toujours explicite, mais n'est pas pour autant systématique.

---

[230] La JFTC publie ses décisions en langue japonaise uniquement.

[231] On peut citer, à titre d'exemple, l'affaire BHP Billington (ビーエイチピー・ビリトン・ピーエルシー及びビーエイチピー・ビリトン・リミテッド並びにリオ・ティント・ピーエルシー及びリオ・ティント・リミテッドによる鉄鉱石の生産ジョイントベンチャーの設立, **平成２２年度における主要な企業結合事例について**, 事例1,2011, JFTC) , car elle a le mérite d'être récente, mais en réalité toutes les affaires d'entreprise commune traitées dans le cadre des discussions pré-notification et publiées par la JFTC publiées jusqu'à présent suivent le même schéma.

[232] SHIRAISHI, « 少数株主取得と企業結合規制 », in 商事法務 N°1922, Février 2011, p.8

B. Une reconnaissance conditionnée en France.

278.- Contrairement à la situation japonaise, la création d'une entreprise commune n'est pas systématiquement considérée comme étant une concentration. Il faut, pour être reconnue en tant qu'opération de concentration contrôlable, que l'entreprise commune ainsi constituée « accomplisse de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome »[233]. Une entreprise commune remplissant ce critère issu de la jurisprudence européenne[234] sera alors qualifiée « d'entreprise commune de plein exercice », terminologie empruntée à la communication de la commission relative à la notion d'entreprises communes de plein exercice au sens du règlement (CEE) n° 4064/89 et qui emploie ce terme en son point 11. Pour qu'une entreprise soit reconnue comme étant de plein exercice, il faut qu'elle remplisse plusieurs conditions, énoncées clairement par les lignes directrices de l'ADLC, aux points 53 à 59.

279.- Tout d'abord, elle doit bénéficier de ressources suffisantes pour opérer de façon indépendante sur un marché, non seulement d'un point de vue financier, mais également technique, de ressources humaines, etc. Il importe peu que ces ressources aient été transférés par les sociétés mères, à partir du moment où l'entreprise commune en dispose librement[235]. Ensuite, concernant l'indépendance de l'entreprise commune vis-à-vis de la société mère, celle-ci s'illustre concrètement par le fait, pour l'entreprise commune, d'opérer sur un marché de la même façon que les autres entreprises opérant sur ce marché. L'entreprise commune peut tout à fait exercer sur un marché différent de celui sur lequel opère ses entreprises fondatrices, et peut avoir ses entreprises fondatrices en tant que clientes, du moment où « elle traite, sur le plan commercial, avec ses sociétés mères de la même manière qu'avec les tiers »[236].

280.- Il ne faut cependant pas confondre autonomie fonctionnelle et autonomie décisionnelle vis-à-vis des sociétés mères ; le fait, pour une entreprise commune, d'être contrôlée en commun par ses sociétés mères constitue une de ses caractéristiques intrinsèques, et par conséquent, si les sociétés mères ne pouvaient pas avoir une influence sur les décisions stratégiques de l'entreprise commune, celle-ci ne pourrait tout simplement pas constituer une

[233] Art. L. 430-1 C.Cce.
[234] Affaire n° IV/M.527 - Thomson CSF/Deutsche Aerospace du 2 décembre 1994, point 10 : « Each of the joint-ventures performs on a lasting basis all the functions of an autonomous economic entity"
[235] Lignes directrices de l'ADLC, point 54.
[236] Lignes directrices de l'ADLC, point 55.

entreprise commune tel que définie par les textes[237]. Enfin, l'entreprise commune doit comporter un caractère durable pour constituer une concentration. Si une entreprise commune est destinée à être dissoute après accomplissement de certains objectifs au moment même de sa constitution, elle ne remplira donc pas ce critère de durabilité, à moins que la période concernée ne soit suffisamment longue pour modifier la structure des entreprises fondatrices, ou que l'entreprise commune soit maintenue après la complétion des objectifs pour lesquels elle a été créée[238].

281.- On constate donc une analyse plus stricte et plus fournie en France et en Europe, où les conditions pour qu'une entreprise commune soit contrôlable au titre du contrôle des concentrations sont plus complexes à réunir qu'au Japon, où les entreprises communes sont systématiquement traitées comme des opérations de concentration. Ce phénomène peut s'expliquer par deux principes. Tout d'abord, là où les textes français et européens visent explicitement les entreprises communes, il n'y a aucune disposition qui leur soit spécifiquement dédiée aux articles traitant du contrôle des concentrations, ce qui explique qu'on leur applique généralement l'article 10 de l'AML sur les détentions d'action, parfois assorti de l'article 16 de la même loi en cas de transfert d'actifs des sociétés mères vers l'entreprise commune.

282.- Comme il a été vu précédemment, la loi japonaise a habituellement tendance à créer des dispositions spécifiques selon le type d'opération (détention d'actions, fusions, transferts d'actifs), et l'absence de dispositions spécifiques pour les entreprises communes montre donc qu'elles ne constituent pas un type de concentration suffisamment spécifique pour que l'on y consacre une disposition particulière aux yeux du législateur japonais. Deuxièmement, le fait que les entreprises communes ne sont que très rapidement abordées par les lignes directrices de la JFTC, contrairement aux développements que la notion connaît dans la Communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre

[237] Communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, point 93 : « Le fait qu'une entreprise commune puisse être une entreprise de plein exercice et donc, du point de vue fonctionnel, économiquement autonome ne signifie pas qu'elle jouisse d'une autonomie en ce qui concerne l'adoption de ses décisions stratégiques. Dans le cas contraire, une entreprise contrôlée en commun ne pourrait jamais être considérée comme une entreprise commune de plein exercice et, en conséquence, la condition énoncée à l'article 3, paragraphe 4, ne serait jamais remplie (85). Il suffit dès lors, pour le critère de plein exercice, que l'entreprise commune soit autonome sur le plan fonctionnel. »

[238] Communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, point 103.

entreprises et dans les lignes directrices françaises montre que, pour les autorités chargées du contrôle des concentrations également, les entreprises communes ne constituent pas une forme particulièrement complexe de concentration nécessitant de longs développements, puisque c'est la JFTC qui à la fois contrôle les opérations de concentration et édite les lignes directrices.

283.- Cette différence de traitement fondamental des entreprises communes entre la JFTC d'une part, qui les qualifie systématiquement de concentration sans pousser plus loin l'analyse de la situation, et l'ADLC et la Commission Européenne d'autre part, s'explique essentiellement par une dichotomie existant depuis la création du contrôle européen des concentrations, et qui veut que la création d'une entreprise commune peut, selon les circonstances, être appréciable soit au regard du droit des concentrations, soit au regard des ententes.

284.- Bien que cette dichotomie ne trouve pas d'écho en droit japonais, il convient toutefois d'en aborder les enjeux et les développements actuels afin de comprendre pourquoi elle existe, et si la conception japonaise ne serait pas plus adaptée à un traitement efficace de ce type de concentration.

II. L'entreprise commune aux frontières entre le contrôle des structures et le contrôle des comportements.

285.- Pour comprendre cette idée, il faut revenir sur l'histoire du contrôle européen des concentrations, qui bien que relativement jeune, a connu de nombreuses évolutions en ce qui concerne le traitement des entreprises communes. De 1965 à 1998[239], il existait, en droit européen, une distinction entre ce qui était appelé « les entreprises communes concentratives » tombant sous le joug du contrôle des concentrations européen, et les « entreprises communes coopératives » qui elles, étaient appréciées sous l'angle des ententes. Bien que le règlement (CE) n°1310/97 ait supprimé cette terminologie, la dichotomie, elle, existe toujours, et en dépit des efforts pour clarifier les critères permettant de déterminer si une concentration appartient à l'une ou l'autre de ces catégories, il subsiste des situations complexes où les autorités ont du mal à trancher. Après avoir examiné les critères permettant

[239] Cette dichotomie fut officiellement mentionnée pour la première fois dans le « Mémorandum sur le problème de la concentration dans le Marché commun » du 1er décembre 1965, et abolie d'un point de vue terminologique en 1998 par le règlement (CE) n° 1310/97 du 30 juin 1997.

de caractériser si une entreprise doit être contrôlée au titre des concentrations ou au titre des ententes (A), l'examen de la jurisprudence récente permettra de dégager les solutions retenues (B).

A. Les justifications quant à l'appartenance à l'une ou l'autre catégorie.

286.- Ces justifications ont également connu des évolutions. Sous l'empire du règlement 4064/89, deux critères cumulatifs étaient retenus pour que la création d'une entreprise commune soit qualifiée « d'opération concentrative » et tombe sous le joug dudit règlement. Il fallait tout d'abord que l'entreprise commune accomplisse durablement toutes les fonctions d'une entité économique autonome, ce qui correspond aujourd'hui à la notion d'entreprise commune de plein exercice. Inversement, le règlement déclinait son application lorsque l'opération avait pour objet ou pour effet « la coordination des activités concurrentes d'entreprises qui restent indépendantes l'une de l'autre », en d'autres termes, lorsqu'elle résulte en une coordination, soit entre les sociétés mères, soit entre une société mère et l'entreprise commune. Dans cette situation, le règlement cédait sa place au profit de l'ancien article 85 du traité CE concernant les pratiques anticoncurrentielles [240], et l'entreprise commune était qualifiée d'entreprise commune coopérative. L'un des critères les plus usités, à l'époque, par la Commission, était celui de la proximité des marchés sur lesquels exerçaient les sociétés mères et l'entreprise commune.

287.- Celle-ci estimait ainsi que des entreprises exerçant, soit sur le même marché, soit sur des marchés amont et aval, ou encore sur des marchés connexes avaient plus tendance à constituer une relation de coopération. En revanche, lorsque des sociétés mères, concurrentes sur un marché, créent sur ce même marché une entreprise commune avant de s'en retirer, la probabilité d'une coopération entre ces sociétés était elle moins probable[241]. Pour des raisons d'exemptions applicables, de durée de la procédure (deux ans pour une entreprise commune coopérative contre un mois pour une entreprise commune concentrative)., et tout simplement parce qu'une entreprise commune coopérative était automatiquement prohibée si constatée,

[240] LESGUILLONS et GRAVISSE, *Deux ans d'application du règlement européen sur les concentrations,* in Revue d'Economie Industrielle n°63, 1993, p.130 et s.
[241] VOGEL, *Filiales communes et droit européen de la concurrence*, in JCP n° 23, 10 Juin 1993, 254.

l'objectif pour les sociétés mères était de faire en sorte que l'entreprise commune qu'elles constituent soit qualifiée d'entreprise concentrative plutôt que d'entreprise coopérative[242].

288.- Le règlement (CE) n° 1310/97 du 30 juin 1997 a quant à lui proposé une évolution intéressante de cette distinction, puisqu'il abandonne, d'une part, la terminologie d'entreprise commune coopérative et d'entreprise commune concentrative, et d'autre part, le principe selon lequel les dispositions sur les concentrations ne sont pas applicables lorsque l'opération a pour objet ou pour effet la coordination des activités concurrentes d'entreprises qui restent indépendantes l'une de l'autre. Il suffira désormais, pour qu'une entreprise commune se voit appliquée le contrôle européen des concentrations, qu'elle soit qualifiable d' « entreprise commune de plein exercice ». On constate ici la volonté du législateur européen de faire en sorte que le phénomène d'entreprise commune soit essentiellement régi par les règles du contrôle des concentrations, l'application d'un contrôle des comportements, au titre des ententes notamment, n'intervenant qu'à titre exceptionnel.

289.- En droit français, si la dichotomie entre entreprise commune coopérative et entreprise commune concentrative était également reconnue par le Conseil de la concurrence, le ministre de l'Economie avait lui une façon de procéder similaire au point de vue japonais. En effet, toutes les entreprises communes étaient systématiquement traitées comme des concentrations par ses soins[243]. Cette divergence d'analyse entre les deux autorités s'est ensuite estompée progressivement, le ministre de l'Economie reconnaissant, dans certains cas, des entreprises communes ne relevant pas du contrôle des concentrations. L'alignement des textes français sur les textes européens avec l'avènement de la loi NRE en 2001 a achevé de coordonner la position du ministre de l'Economie sur celle du Conseil de la concurrence, qui elle-même correspondait à l'analyse de la Commission Européenne.

290.- En dépit de cette volonté de placer les entreprises communes sous le joug du contrôle des concentrations, force est de constater que des hésitations quant au traitement de certaines entreprises communes sous l'angle du contrôle des comportements subsistent dans la jurisprudence récente.

[242] LESGUILLONS et GRAVISSE, op.cit. p.130.
[243] COT et LA LAURENCIE, op.cit., p119.

B. Les solutions retenues par la jurisprudence.

291.- Le principal écueil, pour l'ADLC comme pour la commission européenne, tient dans la difficulté posée par les opérations qui semblent, à priori, relever du contrôle des concentrations, mais dont certains éléments relèvent davantage d'une entente. Bien qu'il existe la notion de restriction accessoires, qui sont des restrictions à la concurrence qui seront considérées comme faisant partie de l'opération, et seront à ce titre tolérées sans qu'il soit besoin d'appliquer à postériori un contrôle des comportements[244], cette notion n'est pas délimitée de façon suffisamment claire, ce qui pose de nombreux problèmes jurisprudentiels. Dans l'affaire concernant la création d'une entreprise commune entre Véolia et la caisse des dépôts et des consignations (ci-après « CDC »)[245], il n'y a certes pas eu de débat quant à la contrôlabilité au titre du contrôle des concentrations de la création d'une entreprise commune entre Véolia et la CDC visant à regrouper les activités sur le marché du transport de voyageurs qui étaient auparavant effectuées par leurs filiales respectives. Cependant, l'ADLC soupçonnant de fortes possibilités de comportements coopératifs, a autorisé l'opération sous réserve d'un ensemble assez important de conditions, comprenant entre autre des cessions d'actifs, des interdictions de rachat d'autres entreprises de ce secteur exerçant sur d'autres marchés géographiques, et la création d'un fonds d'animation de la concurrence.

292.- Dans l'affaire dite du « Port du Havre », l'illustration de la coopération entre une société mère et sa filiale est encore plus marquante. Tout commence en 2004, lorsque dans le cadre d'une réponse à l'appel d'offre concernant le projet « port 2000 » et visant à développer les activités du port du Havre, les groupes Perrigault et A.P. Møller-Mærsk (ci-après « APMM ») créent une entreprise commune, la société Terminal Porte Océane (ci-après-TPO), composée de trois sociétés, à savoir Terminal Porte Océane SA, en charge de l'exploitation et de la gestion du terminal ; SETPO, en charge des investissements ; et la société Docker Porte Océane, en charge des prestations de service de main d'œuvre pour TPO, et ce dans le but d'exploiter un terminal à port 2000. La création de TPO a été notifiée au Ministre de l'Economie en tant que création d'une entreprise commune au titre du contrôle des concentrations en 2006, et l'opération a été autorisée sans engagements.

[244] règlement. n° 139/2004, 20 janv. 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, p. 1, . art. 6, § 1, b et art. 8, § 1 et 2.
[245] ADLC, décision 10-DCC-198 du décembre 2010 relative à la création d'une entreprise commune par Veolia Environnement et la Caisse des Dépôts et Consignations.

293.- Toutefois, aux termes d'un « Memorandum of Agreement » (MOA) organisant les détails de cette coopération, il y avait une clause de non-concurrence précisant entre autres que TPO ne devait pas contracter avec les clients de Perrigault référencés dans les douze mois précédents. Bien que TPO fût en principe créée pour servir une multitude de clients afin de concurrencer les terminaux préexistants au sein du port du Havre, il a en réalité été fait usage extensif de la clause de non-concurrence citée ci-dessus, et TPO a refusé toute opération commerciale proposée par des clients d'autres terminaux du port du Havre, même si ces clients n'étaient pas d'anciens clients de Perrigault. L'ADLC a par conséquent conclu l'existence de pratiques visant à répartir la clientèle entre le terminal port 2000 et les autres terminaux du port du Havre de façon à ce qu'ils ne soient pas en concurrence directe, ce qui constitue une entente en infraction aux articles 81 CE devenu 101 TFUE, et L.420-1 du code de commerce[246].

294.- L'ADLC a ainsi condamné, entre autres, Perrigault et TPO à des amendes, ainsi qu'à la cessation des pratiques constatées. Celles-ci ont alors formé un recours en annulation auprès de la Cour d'appel de Paris pour incompétence de l'ADLC de connaître de clauses de non-concurrences contenues dans un contrat, et pour non-respect des droits de la défense de TPO, mais elles ont été déboutées de leurs demandes. Il est intéressant ici de constater qu'une entreprise commune peut ne pas poser de problème lors de sa création, mais que les sociétés concernées peuvent par la suite faire une utilisation déformée de la structure pour servir leurs intérêts, et se retrouver condamnables au titre du contrôle des comportements. De plus, sachant que c'est uniquement Perrigault qui a utilisé la clause de non-concurrence pour influencer unilatéralement le comportement de TPO, sans qu'APMM ne coopère, on peut également estimer qu'il s'agit ici d'un abus unilatéral du contrôle de Perrigault sur TPO.

295.- En effet, la clause de non-concurrence en cause ici n'était pas illégale *per se* ; c'est l'utilisation détournée de cette clause par Perrigault et TPO qui a fait l'objet d'une sanction de la part de l'ADLC. De surcroît, l'existence d'une procédure commerciale entre Perrigault et APMM concernant cette clause montre qu'une entente peut tout à fait être limitée à une seule société mère et l'entreprise commune, sans participation, ni même accord tacite de l'autre société mère. Toutefois, Perrigault a fait appel de cette décision, et au vu des arguments présentés par Perrigault et attestant de problèmes de coopération avec APMM pour

[246] ADLC, Décision n° 10-D-13 du 15 avril 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport de conteneurs au port du Havre.

la gestion de TPO pour justifier son contrôle unilatéral de cette entreprise commune, la Cour d'Appel de Paris a réformé la décision de l'ADLC. Le pourvoi en cassation de l'ADLC a quant à lui était infructueux pour l'autorité française, puisqu'elle a été déboutée de ses prétentions en vertu de l'article 1014 du Code de procédure civile. L'affaire n'a ainsi pas connu l'analyse qu'elle aurait pourtant mérité.

296.- Les possibilités de collusion entre les sociétés mères ne sont cependant pas à ignorer.

§2 La relation concentrative et les possibilités de coopération entre les entreprises fondatrices elles-mêmes.

297.- La création d'une entreprise commune constitue invariablement un rapprochement entre les sociétés mères, puisque celles-ci sont amenées à coopérer, dans le cadre du contrôle conjoint, pour garantir la bonne marche de ladite entreprise commune et en tirer des bénéfices satisfaisant leurs intérêts propres. A ce titre, il est tout à fait envisageable qu'une relation concentrative se tisse entre les sociétés mères. S'il existe des situations où une telle relation concentrative sera relevée par les autorités de contrôle (I), elle est le plus souvent difficile à constater (II).

I. Les situations où la relation concentrative entre les entreprises fondatrices est reconnue.

298.- La relation concentrative entre les sociétés mères peut être de nature directe (A), ou leur coopération dans le cadre de la gestion de l'entreprise commune peut déboucher sur des comportements coordonnés (B).

A. La relation concentrative directe.

299.- Ce cas de figure ne pose pas de problème particulier quant à sa détermination. En droit japonais, les critères utilisés pour démontrer l'existence d'une relation concentrative entre les entreprises fondatrices sont les mêmes que ceux exposés précédemment et servant à caractériser une relation concentrative entre une société mère et l'entreprise commune

(principalement, les relations contractuelles). Ici aussi, la relation concentrative existant entre les entreprises fondatrices est présumée exister, indépendamment de la contrôlabilité de l'opération au titre du contrôle des concentrations. On note que c'est la solution retenue également par le droit allemand, qui estime que la création d'une entreprise commune constitue à la fois une concentration verticale entre les sociétés mères et l'entreprise commune d'une part, et une concentration horizontale entre les sociétés mères elles-mêmes[247]. Il semble qu'en droit français et européen, en revanche, la relation se tissant entre les sociétés mères ne soit pas conçue comme une relation de concentration, mais comme une coordination susceptible d'affecter la concurrence.

300.- Dans une décision concernant la création d'une entreprise commune dans le secteur des semences agricoles[248], l'ADLC expose avec clarté les critères utilisés pour caractériser une telle coordination, à savoir, un lien de causalité entre la création de l'entreprise commune et l'apparition de risques de coordination des sociétés mères ou son renforcement, la vraisemblance d'une telle coopération (c'est-à-dire, sa possibilité et l'intérêt économique qu'elle représente pour les sociétés mères), et enfin l'effet sur la concurrence d'une telle coordination. Dans cette décision, il semble que les sociétés mères ne soient pas suffisamment en concurrence directe pour qu'une telle coopération soit plausible. Là encore, le critère du retrait des sociétés mères du marché sur lequel exercera l'entreprise commune, ainsi que le degré de concurrence directe entre les sociétés mères, deux critères qui, comme constaté plus haut, se sont développés à l'époque de la dichotomie entre entreprise commune concentrative et entreprise commune coopérative, restent, à l'heure actuelle, largement usités, bien que cette dichotomie ait disparue d'un point de vue terminologique. Même si la méthode d'analyse des éventuels effets de coordination par l'ADLC évoquerait davantage une méthodologie applicable à un contrôle des comportements, le fait que cette analyse intervient au sein même de la décision d'autorisation de la concentration montre malgré tout une volonté de l'autorité de privilégier le contrôle des entreprises communes sous l'angle du contrôle des concentrations.

[247] WINCKLER, BRUNET, ENCAOUA, COHEN-TANUGI, SIRAGUSA, *La pratique du contrôle européen des concentrations : analyse juridique, économique et comparative, Europe, Etats-Unis, Japon*, 2ème éd., DeBoeck Université, 1995, p. 253.
[248] ADLC, Décision n° 10-DCC-66 du 28 juin 2010 relative à la transformation de RAGT Semences en entreprise commune contrôlée par RAGT et CAF Grains.

301.- L'entreprise commune, en ce qu'elle est une structure partagée par les sociétés mères, peut elle-même servir de moyen de la réalisation d'une entente.

B. L'entreprise commune, vecteur d'une entente.

302.- Bien évidemment, le fait que deux entreprises concurrentes soient amenées à coopérer et à se rencontrer régulièrement pour assurer la direction de l'entreprise commune peut entraîner la tentation d'utiliser cette dernière comme un lieu de réunion afin d'organiser une coopération officieuse entre les sociétés mères et dépassant la simple gestion de l'entreprise commune. Dans certaines éventualités, sans qu'il y ait coopération, une des sociétés mères pourra utiliser l'entreprise commune pour obtenir des informations plus ou moins confidentielles sur l'autre société mère, qui reste avant tout une société concurrente[249]. Ces deux situations ont une conséquence similaire, à savoir une harmonisation des comportements entre deux sociétés originairement concurrentes, et il est par conséquent possible d'y constater la constitution d'une relation concentrative. Au Japon, la possibilité d'un échange d'informations entre les sociétés mères *via* l'entreprise commune, si elle n'est pas spécialement mentionnée par l'AML ou dans les lignes directrices de la JFTC, est en revanche constatée en pratique et fait l'objet d'une attention particulière par la JFTC.

303.- Ainsi dans l'affaire dite de « l'intégration des activités concernant les produits issus du cuivre par les sociétés Mitsui Kinzoku Kôgyô (ci-après Mitsui) et Sumitomo Kinzoku Kôsan »[250](ci-après Sumitomo), Mitsui et Sumitomo, deux sociétés concurrentes sur le marché des produits issus du cuivre et des fils électriques en cuivre, ces deux sociétés avaient pour ambition d'intégrer leurs productions de produits issus du cuivre au sein de la société Sumitomo Kinzoku Kôsan Shindô, originairement société fille de Sumitomo et qui deviendrait de ce fait une entreprise commune entre Mitsui et Sumitomo. La JFTC a estimé que cette intégration, en permettant la mise en commun des informations concernant la production de fils électriques en cuivre, allait restreindre substantiellement la concurrence sur le marché en cause, et a par conséquent autorisé l'opération sous réserve que Mitsui et Sumitomo prenne des mesures pour éviter les échanges d'informations au sein de l'entreprise commune en cause. Puisqu'au Japon, la création de la relation concentrative entre les sociétés

[249] Cette possibilité est identifiée au Japon de manière générale en matière d'actionnariat minoritaire, et est dénommée « type d'obtention d'information» (en japonais « 情報収入型 »). SHIRAISHI, 少数株式取得と企業結合規制、in Shôji HômuNo.1922、février 2011、p.4

[250]三井金属鉱業㈱と住友金属鉱山㈱による伸銅品事業の統合 (Affaire d'intégration de l'activité de fils de cuivre entre les sociétés Mitsui Kinzoku Kôgyô et Sumitomo Kinzoku Kôsan, 平成 21 年度における主要な企業結合事例, 事例３, JFTC.

mères est avérée à partir de la création de l'entreprise commune, ces éléments sont par conséquents traités lors de la procédure du contrôle des concentrations.

304.- En droit français, les lignes directrices de l'ADLC précisent, au point 471, que l'ADLC peut connaître des effets de coordination entre les sociétés mères lors de l'analyse au titre du contrôle des concentrations, permettant par conséquent de traiter des aspects relevant à priori du droit des ententes. En outre, les récents projets d'exemptions de l'application de l'article 101 §1 TFUE (ancien article 81 UE interdisant, entre autre, les ententes), bien qu'ayant pour objectif d'autoriser les échanges d'informations entre société mère et entreprise commune, en estimant qu'elles font partie de la même entreprise, ne semblent pas pour autant autoriser les échanges d'informations entre les sociétés mères. Par conséquent, on peut légitimement considérer que ces échanges font l'objet de l'article 101§1 TFUE, et seront examinés sous l'angle des ententes si avérés[251].

305.- Ainsi, dans les diverses situations abordées, on constate, au Japon, une reconnaissance quasi-automatique de la création de la relation concentrative dans la plupart des cas, et par conséquent un examen, et si besoin est, une rectification des comportements jugés anticoncurrentiels directement dans la décision d'autorisation de l'opération de concentration (ici, la création de l'entreprise commune), sous réserve d'engagements comportementaux. En droit français et européen, l'entreprise commune doit non seulement être de plein exercice pour être soumise au contrôle des concentrations, mais indépendamment de cette procédure, certaines conséquences anticoncurrentielles, qu'elles aient été prévisibles ou non au moment de la notification de l'opération de concentration, peuvent faire l'objet d'un traitement au titre des pratiques anticoncurrentielles à postériori.

306.- La récente décision de l'ADLC dans l'affaire Canal Plus[252] semble toutefois atténuer ce principe pour les effets anticoncurrentiels prévisibles au moment de la notification de l'opération au titre du contrôle des concentrations, et par conséquent privilégier ce dernier au profit du contrôle des comportements, puisqu'elle pose le principe selon lequel des pratiques anticoncurrentielles considérées comme des restrictions accessoires d'une opération de concentration ayant été autorisée ne peuvent faire l'objet d'un examen à postériori sur le fondement des articles L.420-1 du code de commerce, et 81 UE devenu 101 TFUE. Si cette position venait à être confirmée, cela donnerait non seulement plus de poids au contrôle

[251] ARHEL, *Révision des restrictions horizontales*, JCP n° 20, 20 Mai 2010, act. 271.
[252] ADLC, déc. n° 10-D-32, 16 nov. 2010 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la télévision payante

français des concentrations, mais aussi plus de responsabilités, puisque une fois que des pratiques ont été considérées comme accessoires d'une opération de concentration autorisée, il sera impossible de venir y mettre un terme à postériori au titre des pratiques anticoncurrentielles[253].

307.- Il convient désormais d'examiner les situations ou la relation concentrative entre les sociétés mères n'est pas réputée être constituée.

II. Les situations où la relation concentrative entre les sociétés mères n'est pas constituée.

308.- En droit français et européen, pour qu'une entreprise commune soit considérée comme étant une concentration, il faut que les entreprises qui y participent aient un contrôle conjoint sur cette entreprise. Même en cas de détention asymétrique de droit de votes dans ladite entreprise commune, ce contrôle conjoint peut être reconnu si la société mère minoritaire dispose d'une influence déterminante sur cette entreprise commune. Il y a cependant des cas de figure ou la structure de l'actionnariat fait que le contrôle durable sur l'entreprise est impossible, situation dénommée « d'alliances fluctuantes » (A). En outre, le simple fait que les sociétés mères ne soient pas concurrentes sur un même marché peut mener à l'absence d'une éventualité de relation concentrative (B).

A. Les alliances fluctuantes.

309.- Cette éventualité est abordée par les lignes directrices françaises comme étant une « absence de contrôle »[254] , et de ce fait, n'est pas contrôlable au titre du contrôle des concentrations. En effet, les alliances fluctuantes supposent une multitude d'actionnaires minoritaires, dont aucun ne dispose d'éléments de fait ou de droit lui permettant d'imposer sa volonté de manière durable lors des prises de décision. Il n'y a donc ni contrôle exclusif, ni contrôle commun, et les décisions stratégiques de l'entreprise en cause seront prises tantôt à l'initiative d'un actionnaire, tantôt à celle d'un autre. Une telle « majorité fluctuante » peut, par ailleurs, être reconnue comme étant la situation antérieure du contrôle au sein d'une entreprise, antérieurement à une nouvelle opération de concentration qui, elle permettra

[253] DECOCQ, *Le contrôle des concentrations tient les pratiques anticoncurrentielles en état*, in Contrats Concurrence Consommation n° 1, Janvier 2011, comm. 15.
[254] Lignes directrices de l'ADLC, point 36.

l'imposition d'un contrôle conjoint ou exclusif au sein de l'entreprise cible[255]. Bien que les prises de participation n'entraînant aucune prise de contrôle ne soient de ce fait pas contrôlables au titre du contrôle des concentrations n'en fait cependant pas des opérations inoffensives sur le plan concurrentiel.

310.- On peut citer, à titre d'exemple, un groupe d'acteurs, toujours les mêmes, qui détiendraient une participation minoritaire ne débouchant sur aucun contrôle dans l'ensemble des entreprises d'un marché donné. Dans ce cas de figure, il apparaît alors évident que ceux-ci peuvent avoir une influence sur l'ensemble du marché en question[256]. Au Japon, ce cas de figure n'est tout simplement pas mentionné, ni dans les textes, et encore moins dans la doctrine ou la jurisprudence, pour une raison évidente : la situation des alliances fluctuantes est la conséquence naturelle de l'exigence de la notion de contrôle pour caractériser une opération de concentration. A partir du moment où l'opération de concentration est réputée être constituée du simple fait de la réalisation d'un des types de concentration énoncés par la loi (L'AML dans le cas du Japon), peu importe l'existence d'une prise d'un contrôle conjoint, ou la capacité d'exercice d'une influence déterminante ; La création de l'entreprise commune sera analysée selon ses modalités (prise de participation, fusion-scission, apport d'actifs), et la création de la relation concentrative sera analysée comme dans les cas de figure habituels (bien que, comme vu précédemment, la JFTC ne se préoccupe le plus souvent même plus de savoir si la relation concentrative a été effectivement créée pour analyser les opérations de concentration). On peut par conséquent conclure que sur ce point précis, le contrôle japonais des concentrations ne rencontre aucun problème alors que les droits français et européen sont dans une situation où l'absence de contrôle fait échapper *de facto* ces opérations du champ du contrôle des concentrations.

311.- Enfin, il semble que les autorités attachent une certaine importance au fait que les sociétés mères et l'entreprise commune exercent sur le même marché pour retenir ou écarter leur possible coopération.

---

[255] Par exemple, dans la décision de la Commission COMP/M.5557 SNCF/CDPQ/KEOLIS/EFFIA du 29 octobre 2009, où la Commission constate au point 11 que« Le contrôle de Kuvera (et donc de Keolis) étant soumis avant la transaction à la majorité fluctuante des actionnaires alors qu'Effia est sous le contrôle unique de la SNCF, la présente opération entraîne le changement de contrôle de deux sociétés. Elle entraîne le passage de l'absence de contrôle de Kuvera (et donc de Keolis) au contrôle conjoint par la SNCF et la CDPQ d'une part, et d'autre part le passage du contrôle exclusif d'Effia exercé par la SNCF au contrôle conjoint exercé par la SNCF et la CDPQ. »

[256] REY, *Participations minoritaires et alliances fluctuantes : enjeux économiques* in *rapprochement d'entreprises non notifiables : les zones grises du droit de la concurrence*, Les actes des ateliers, DGCCRF, 9 déc. 2008.

B. Le critère de proximité des marchés d'exercice des sociétés mères et de l'entreprise commune.

312.- Il est estimé que les comportements anticoncurrentiels envisageables lors de la création d'une entreprise commune, à savoir les échanges d'informations sensibles entre les sociétés mères, ou encore d'éventuels fixations de prix ou un partage du marché, ne produiront de réels effets qu'à partir du moment où les sociétés mères et l'entreprise exercent sur le même marché, ou sur des marchés connexes. Ce critère semble être essentiel pour de nombreuses autorités. Pour la Commission, le critère retenu pour les éventuels effets de coopération entre les sociétés mères était non seulement le fait d'exercer sur un même marché, mais également sur des marchés amont et aval[257]. En France, le danger de coopération entre les sociétés mères est également réputé être « plus évident » si les sociétés mères et l'entreprise commune exercent sur le même marché ou sur des marchés connexes, bien que la possibilité d'une telle coopération ne soit pas totalement ignorée en cas de présence de ces sociétés sur des marchés distincts[258].

313.- Au Japon, si les lignes directrices de la JFTC ne mentionnent pas clairement un tel critère, l'analyse des décisions rendues dans le cadre des discussions en phase pré-notification et concernant la création d'entreprises communes montre toutefois que la JFTC prescrit des mesures comportementales visant à limiter les échanges d'informations entre les sociétés mères dans les configurations où celles-ci sont concurrentes sur un même marché[259], bien qu'elle ne semble pas retenir systématiquement ce critère[260]. Il semble que l'existence d'un tel critère et de son utilisation plus ou moins systématique dans l'ensemble de ces juridictions ait une origine américaine. Même si la méthode d'analyse des entreprises communes sous l'angle du contrôle des concentrations américain est différente de celle que l'on connait en France, en Europe et au Japon, il n'est pas impossible que ce critère ait

[257] VOGEL, *Filiales communes et droit européen de la concurrence*, JCP n° 23, 10 Juin 1993, voir note 24.
[258] Lignes directrices de l'ADLC, point 474.
[259] Voir par exemple les affaires 新日本石油㈱と新日鉱ホールディングス㈱の経営統合 (Intégration de la gestion des entreprises Shin Nihon Sekiyu et Shin Nittetsu Holdings) (主要事例平成 21 年度：事例 2) dans le secteur des produits pétroliers, ou encore 昭和電工㈱及び協和発酵工業㈱による酢酸エチルの共同生産会社の設立について (affaire d'établissement d'une entreprise commune de production d'oxyde d'éthylène entre les sociétés Shôwa Denkô et Kyôwa Hakkô Kôgyô)（主要事例平成 15 年度：事例 2）dans le secteur de l'oxyde d'éthylène pour peintures et encres.
[260] Voir par exemple, dans le secteur du noir de carbone, （主要事例平成 16 年度：事例 10）東海カーボン株式会社及び三菱化学株式会社のカーボンブラック事業の統合について(Affaire d'intégration de l'activité de noir de carbone entre les sociétés Tôkai Carbon et Mitsubishi Chemicals)

emprunté aux autorités américaines par la Commission, et par extension l'ADLC d'une part, et la JFTC d'autre part[261].

314.- Ainsi, la principale différence entre la notion française et européenne de contrôle, et la notion qui s'en rapproche le plus au Japon, à savoir la notion de relation concentrative, tient au fait que le contrôle comprend un sens de subordination d'une entreprise à une autre alors que son concept au Japon est plus neutre et abstrait. Cette neutralité présente ainsi l'avantage de ne pas avoir à chercher si il y a réellement un contrôle de l'une des entreprises sur une autre, à partir du moment si la relation concentrative qui les unit est suffisamment forte pour attester d'une communauté d'intérêt entre les entreprises concernées. En outre, de nombreux auteurs estiment désormais que le concept de relation concentrative, même en droit japonais, n'est pas nécessaire pour caractériser l'existence d'une concentration s'il est possible de prouver un lien de cause à effet entre l'acquisition d'actions et une atteinte à la concurrence sur un marché[262].

315.- Comme nous le verrons à la fin du titre suivant, cette tendance rejoint un courant de pensée de plus en plus présent, dont le principe et de minimiser la définition du marché pour se concentrer sur le lien de causalité entre l'opération envisagée et une éventuelle restriction concurrentielle[263]. Même si les entreprises ne mènent pas leurs affaires communément, comme l'exige les lignes directrices pour constituer une relation concentrative, il suffira de démontrer que l'acquisition des actions d'une entreprise par une autre, entraînera une unification partielle des intérêts des deux entreprises, affectant de ce fait leur propension à se livrer une concurrence aussi farouche que lorsqu'elles étaient indépendantes l'une de l'autre, et les incitant à avoir une attitude plus coopérative l'une envers l'autre.

---

[261] VOGEL, *Filiales communes et droit européen de la concurrence*, JCP n° 23, 10 Juin 1993 : *De la jurisprudence américaine se dégagent ainsi un certain nombre de règles pratiques : plus l'activité de l'entreprise commune est éloignée du marché, plus elle a de chances d'être considérée comme licite […] lorsque les fondateurs sont des concurrents directs, le juge américain se montre plus sensible au risque anticoncurrentiel ».*

[262] Voir entre autres SHIRAISHI, « 独禁法事例の勘所 » (*Désisions importantes de droit de la concurrence)*, Yuhikaku, 2ème éd., 2010, p.393 et s.; KANAI, in NEGISHI « 注釈独占禁止法 » (*Commentaire de la loi anti-monopole japonaise)*, Yuhikaku, 2009, p.268 ; « 独禁法における企業結合概念の見直しに関する一考察 » *(Une réflexion sur la révision du concept de concentration d'entreprise au sein de l'AML*), Kôsei Torihiki, N°619, mai 2002, p.67.

[263] Voire Partie I, Titre II, Chapitre II Section II.

316.- Après cet examen de la conception du contrôle des concentrations, il convient désormais d'examiner comment les autorités en charge du contrôle des concentrations procèdent à l'exercice de ce contrôle.

TITRE II : LA NOTION D'ATTEINTE A LA CONCURRENCE.

317.- Si la qualification juridique de l'opération de concentration est un préalable indispensable pour à la fois connaître de la contrôlabilité de l'opération, ainsi que les règles de contrôle qui lui seront appliquées (ce particulièrement au Japon, où le contrôle diffère selon le type d'opération de concentration), il ne s'agit finalement que d'une formalité pour s'assurer l'opération à examiner est bien une opération de concentration. L'examen de cette opération, qui constitue le cœur du contrôle effectué par les autorités de concurrence françaises, européennes et japonaises, est probablement l'aspect du contrôle qui retient l'essentiel de l'attention desdites autorités, comme celle des commentateurs juridiques. C'est au cours de cet examen que les autorités se livrent réellement à l'exercice du contrôle. L'objectif de cet examen est identique pour les autorités françaises, européennes et japonaises et consiste à vérifier si l'opération de concentration qui leur est présentée risque de produire des effets anticoncurrentiels une fois qu'elle sera réalisée. En France, l'ADLC s'attache à vérifier si l'opération « est de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante ou par création et renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique »[264].

318.- La commission européenne vérifie plus largement que l'opération de concentration ne comporte pas de risque« d'entraver de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci.»[265]. L'objectif poursuivi par les autorités japonaises est similaire, puisqu'elle interdit les opérations de concentration ayant pour conséquence « une restriction concrète de la concurrence sur un secteur commercial donné »[266]. Ces trois visions de l'atteinte à la concurrence ont pour principal point commun une acception extrêmement large, et un caractère relativement abstrait qui ne permet pas, au premier abord, de comprendre quelle situation ou action concrète est susceptible d'entraver la concurrence. C'est précisément dans ce but de sécurité juridique vis-à-vis des acteurs, mais également pour des raisons pédagogiques, que les

[264] Art. L-430-6 du Code de Commerce.
[265] RÈGLEMENT (CE) No 139/2004 DU CONSEIL du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, point (5).
[266] En japonais « 一定の取引分野のおける競争を実質的に制限する場合 », mention répétée à l'article 10 (détention d'actions), 13 (cumul de mandats de dirigeant), 14 (détentions d'actions par des personnes autres que des entreprises), 15 (fusion), 15-2 (fusion-scission et intégration commune) et 16 (transfert d'actifs).

diverses autorités chargées du contrôle des concentrations éditent des lignes directrices pour expliquer quels sont leur critères concrets pour apprécier une telle atteinte à la concurrence.

319.- Bien que les autorités semblent toutes servir un objectif similaire, cet objectif est tellement général qu'on peut très bien imaginer des critères concrets du contrôle très différent d'une autorité à l'autre. Fort heureusement, les différences d'appréciation concrète des opérations de concentration sont minimes, et s'effacent au fur et à mesure grâce au rôle de socle commun rempli par la théorie économique de la concurrence, dont la théorisation et le consensus à l'échelle mondiale, ainsi que l'usage qui en est fait par les diverses autorités de la concurrence constituent le principal outil d'harmonisation du contrôle des concentrations (Chapitre I). On peut donc affirmer que l'analyse même d'une opération dans la plupart de ses aspects (marché, acteurs) ne connaît désormais que des différences minimes, à tout le moins entre la France et le Japon. Toutefois, si les données résultant de l'analyse, et que l'on peut assimiler aux « faits » d'une affaire de concentration, sont identiques, c'est le regard des autorités sur ces faits qui amènera à la décision finale sur une opération de concentration. Force est de constater que pour des raisons de politique de la concurrence, voire de différences culturelles, le bilan résultant de l'analyse d'une opération de concentration reste soumis à des particularités nationales (Chapitre 2).

Chapitre I : Le rôle de la théorie économique dans l'harmonisation du contrôle.

320.- Le contrôle des concentrations est une matière complexe et délicate principalement parce qu'elle se propose de juger des comportements qui sont en passe de se réaliser, contrairement par exemple aux dispositions interdisant les ententes, qui elles analysent des comportements ayant eu lieu ou ayant encore cours, et dont les éléments dommageables pour la concurrence sont déjà avérés. Pour qu'un tel contrôle à priori ne soit pas confronté à des problèmes de légitimité, tant pour les entreprises qui le subissent que pour les politiques économiques mises en place par les Etats, celui-ci doit s'appuyer sur des théories solides en termes de raisonnement, et qui ont fait leurs preuves en pratique. Ainsi, l'ensemble de la théorie économique utilisée dans le cadre du contrôle des concentrations a été élaborée aux Etats-Unis pendant un long processus au cours duquel les autorités américaines sont progressivement passées d'un contrôle sévère et peu fin en termes d'analyse, à une vision plus pragmatique du contrôle, partant du principe qu'une concentration peut très souvent amener des gains d'efficience ayant un impact positif sur la qualité et le prix des produits, et bénéficiant de ce fait aux consommateurs[267].

321.- C'est véritablement à partir du milieu des années 1970, quand l'école de Chicago est arrivée à imposer cette idée qu'il existe de « bonnes concentrations », en opposition à la vision traditionnelle du contrôle fondée sur la théorie classique de l'organisation industrielle développée par l'école de Harvard dans la première moitié du vingtième siècle, qu'il a été nécessaire d'affiner et de complexifier le contrôle des concentrations, afin d'être en mesure d'encourager les synergies porteuses d'efficience tout en limitant les concentrations néfastes pour le marché et les consommateurs. En effet, jusqu'alors, le critère de la part de marché était le seul usité pour déterminer si une concentration pouvait être néfaste, avec une interdiction des opérations résultant en une augmentation importante de la part de marché des entreprises en cause après l'opération. Toujours d'un point de vue historique, les premières utilisations de la théorie économique dans le cadre du contrôle des concentrations visaient en premier lieu le marché. Les premiers progrès en matière de contrôle des concentrations furent donc d'utiliser la théorie économique afin de systématiser la

[267] On peut retenir dans ce sens DEMSETZ, *Industry Structure, Market Rivalry, and Public Policy*, in Journal of Law and Economics, Vol. 16, No. 1. (Apr., 1973), pp. 1-9.

délimitation du marché. Une atteinte à la concurrence, quelle qu'elle soit, n'est pas un phénomène absolu, mais doit être relativisée en fonction de l'espace économique sur lequel elle s'étend. En effet, il apparaît comme impossible qu'une atteinte anticoncurrentielle affecte l'économie d'un pays dans son ensemble.

322.- Par conséquent, la première tâche pour les autorités chargées de la protection des règles de libre concurrence lors de l'examen d'une opération de concentration est de définir le ou les marchés sur lesquels les entreprises parties à la concentration exercent leur activité et font le commerce de leurs produits et services. La notion de marché est ainsi indissociable de celle de concurrence[268]. En outre, si l'AML japonaise parle de concurrence dans un « secteur commercial donné » (一定の取引分野), il n'y a, dans les faits, aucune différence à faire entre cette notion et celle, plus généralement usitée de « marché »(市場) au sens économique du terme[269]. En outre, la JFTC n'a révélé sa méthode de définition du marché que relativement tard, à savoir dans ses lignes directrices de 1994[270]. La principale tâche pour les autorités en charge du contrôle des concentrations et de déterminer ainsi quels sont les produits principalement concernés par l'opération qu'elles ont à analyser (Section 1), et de préciser éventuellement quel est le marché géographique concerné (Section 2).

Section 1 : Le marché des produits.

323.- Bien que la théorie classique de l'organisation industrielle divise l'économie en industries, et ne fait aucunement référence à la notion de « marché pertinent », le marché étant simplement envisagé comme étant le lieu, au sens abstrait, non-physique du terme, de rencontre de l'offre et de la demande. De plus, la notion d'industrie est beaucoup trop large pour constituer un marché particulier, et serait en outre inadaptée pour évoquer certaines opérations de concentration (notamment dans le cas des opérations conglomérales). De ce fait, les autorités de concurrence raisonnent généralement en termes de produits pour définir le marché qui servira de référence pour l'analyse de l'opération de concentration. Le marché de produits sera par conséquent constitué de l'ensemble des biens ou services que l'on estime

[268] Ainsi l'AML japonaise pose à l'article 2 paragraphe 4 que le marché est « le lieu où est menée la concurrence » (市場[…]競争が行われる場) . Par conséquent, il ne peut y avoir de concurrence sans marché, et l'appréciation d'une atteinte à la concurrence semble impossible sans une définition préalable du marché.

[269] Principe posé dans la décision Yûseishô Hacchû Kubun Kishu Dangô Haijo Secchi (審判審決平成 15 年 6 月 27 日、郵政省発注区分機種談合排除設置審判審決), à ce propos voir SHIRAISHI, op.cit., p.13.

[270] UESUGI et al. op.cit., p.101.

être en concurrence les uns contre les autres, c'est-à-dire, ayant des caractéristiques objectives communes, où étant perçus par la demande comme étant substituables entre eux. Par conséquent, le marché des produits peut être en partie défini par ses caractéristiques objectives (§1), mais c'est surtout en étudiant le comportement de la demande (§2) que l'on pourra réellement évaluer quels produits sont en concurrence.

§1. Les caractéristiques objectives du produit.

324.- Une première définition du marché des produits peut être faite en se basant sur les caractéristiques objectives des produits en cause. Ces caractéristiques objectives sont extrêmement diverses, et il appartient donc aux diverses autorités en charge du contrôle des concentrations d'effectuer un tri parmi toutes ces informations pour déterminer quelles sont celles ayant une réelle influence sur la définition du marché. Quelle que soit l'autorité, on remarque que celles retiennent désormais l'usage (I), et ont de moins en moins recours au prix (II).

I. L'usage.

325.- L'usage du produit est un critère certes moins objectif que son prix, mais lorsqu'on envisage le contrôle des concentrations de manière pragmatique, il est évident qu'un consommateur acquiert un produit avant tout pour l'usage qu'il peut en tirer (en fonction bien évidemment du budget qu'il s'est fixé). Par conséquent, le critère principal dans la recherche d'un substitut pour un produit donné sera la possibilité d'utiliser ce dernier aux mêmes fins que l'usage prévu pour le produit initialement considéré. Ainsi les autorités en charge du contrôle des concentrations essayent de rendre ce critère aussi objectif que possible (A), tout en essayant d'incorporer de manière juste son aspect subjectif (B).

A. Le besoin d'objectivité dans la notion d'usage.

326.- Si le critère du prix des produits a connu un certain succès entre la fin des années 1980 et le milieu des années 1990, avant d'être relégué au stade de critère complémentaire de moins en moins usité aujourd'hui, le critère de l'usage du produit s'est progressivement imposé comme le critère principal pour définir le marché de produits. Les lignes directrices françaises font clairement la différence entre l'usage d'un produit et ses caractéristiques. Ainsi

les caractéristiques physiques ou techniques d'un produit ne sont pas retenues, puisque d'une part, des produits parfaitement substituables peuvent tout à fait utiliser des technologies différentes, et d'autre part, des produits similaires, aussi bien sur le plan technique que sur la fonction qu'ils remplissent, peuvent être adressés à des publics différents[271]. En France, l'accent a ainsi toujours été mis sur la notion de besoin. Cette notion apparaît d'ailleurs clairement dans les lignes directrices françaises[272]. Bien plus que les caractéristiques techniques du produit en elles-mêmes, ce sont les besoins que le produit est susceptible de satisfaire qui seront recherchés et analysés par les autorités françaises, pour définir ensuite quels sont les autres produits susceptibles de subvenir à ces mêmes besoins, et aboutir ainsi à une définition du marché pertinent[273].

327.- Les lignes directrices japonaises estiment également qu'un produit ayant une utilisation similaire à un autre produit est potentiellement substituable à cet autre produit, et fournissent également des indices quant aux éléments qui seront pris en compte pour affiner l'analyse. Les spécificités physiques (taille du produit, forme, aspect extérieur, résistance, plasticité) et techniques (pureté, norme ou système employé) seront également prises en compte pour juger du caractère analogue des utilisations des produits. Par conséquent, il est déjà possible d'affirmer qu'au niveau des lignes directrices japonaises, les caractéristiques objectives d'un produit ont une place plus importante que dans leurs homologues français[274]. En outre, on ne retrouve pas, dans les lignes directrices de la JFTC, de quelconque référence aux besoins de la demande, la substituabilité du point de vue de la demande restant le maître mot.

328.- Le mode de commercialisation, lorsque celui-ci est spécifique, semble également être perçu comme une notion objective de segmentation des marchés, et ce à la fois en France et au Japon. Les lignes directrices françaises mentionnent ainsi qu'un même produit destiné à des clientèles différentes pourra faire l'objet de marchés différents, notamment s'il est commercialisé directement auprès du consommateur final, ou auprès d'un distributeur[275]. Cette éventualité est prise en compte par les lignes directrices japonaises de manière légèrement différente, par la notion de « niveau de transaction »[276], et qui propose, comme

[271] Lignes directrices de l'ADLC, point 314 et 315.
[272] Lignes directrices de l'ADLC, point 318.
[273] COT et LA LAURENCIE, op., cit., p. 149.
[274] Lignes directrices de la JFTC, 第 3, 2,(1).
[275] Lignes directrices de l'ADLC, point 325.
[276] en japonais 取引段階

son nom l'indique de faire une distinction entre les marchés d'un même produit lorsque les parties diffèrent. Il y est pris l'exemple des relations entre un fournisseur et un petit détaillant d'une part, et celles entre ce même fournisseur et un détaillant à grande échelle de l'autre.

329.- Les autorités japonaises vont également plus loin dans la substituabilité par l'usage pour les produits multi-usages, en étudiant les produits substituables usage par usage. D'un point de vue théorique, cela signifie que pour un produit A ayant un usage 1 et un usage 2, il est possible que B soit substituable à A uniquement pour l'usage 1, et que C soit substituable à A pour l'usage 2, sans que B et C ne soient substituables entre eux. Concrètement, dans l'affaire de transferts d'actifs entre les sociétés UMG ABS et Hitachi Chemicals[277], où UMG ABS se proposait de racheter l'activité de vente de résine ASA de Hitachi Chemicals, la JFTC a pris en compte dans un premier temps les diverses utilisations de la résine ASA pour tenter d'inclure plusieurs produits dans le marché pertinent, mais compte tenu des spécificités et du prix comparativement moins élevé de cette résine ASA par rapport à d'autre matériaux, il a été décidé que celle-ci constituait un marché de produits à elle seule.

330.- On peut noter en outre une utilisation par les diverses autorités de classifications préétablies dans certains secteurs pour définir le marché des produits. Par exemple, dans le secteur des produits pharmaceutiques, les autorités européennes utilisent communément la classification de l'association européenne EphMRA[278] pour déterminer quels médicaments peuvent être considérés comme substituables entre eux, phénomène que l'on retrouve au Japon, puisque la JFTC s'aide de l'Anatomical Therapeutic Classification (ATC) pour délimiter les marchés de produits pharmaceutiques[279].

331.- Ainsi, l'utilisation de la composante objective de la notion d'usage est assez différente entre la France et le Japon, ce dernier semblant lui accorder une place prépondérante et se montrant extrêmement attaché aux caractéristiques techniques des produits. La composante subjective d'une telle notion est toutefois inévitable pour les deux autorités.

[277]ユーエムジー・エービーエス株式会社による日立化成工業株式会社からのＡＳＡ樹脂事業の譲受けについて (affaire de cession de l'activité de résine ASA de l'entreprise UMG ABS à l'entreprise Hitachi Chemicals), 平成１６年度事例９.
[278] GLAIS, op.cit., p.169.
[279] KAWAHAMA et.al, op.cit., p.81

B La nécessaire considération de l'aspect subjectif de la notion d'usage.

332.- Bien évidemment, l'usage d'un produit découlant de sa fonction, ses caractéristiques techniques peuvent être prises en compte jusqu'à un certain point, mais il ne faut pas sous-estimer pour autant les préférences subjectives de la demande. Cette éventualité est prévue par les lignes directrices japonaises, qui précisent que la perception d'un produit par la demande doit également être prise en compte lors de la détermination du marché des produits. La JFTC a parfois recours à des enquêtes menées auprès de la demande d'un certain produit, dans le but de savoir si les consommateurs visés estiment que tel produit est substituable à tel autre. Par exemple, dans une affaire sur le marché des planches métalliques utilisées dans la construction de logements, la JFTC a établi grâce à une enquête menée auprès d'entreprises employant ces matériaux que les produits d'import rencontraient une réticence certaine, les excluant ainsi du marché pertinent dans cette affaire[280].

333.- La France ainsi que la Commission Européenne ont également recours à des pratiques similaires pour saisir au mieux cette composante subjective. L'aspect subjectif de l'usage d'un produit dans la détermination du marché pertinent est ainsi clairement mentionné dans lignes directrices françaises[281], mais le point de vue de l'ADLC semble toutefois partagé sur ce point. En effet, elle fait référence à l'avis 06-A-20 du 20 octobre 2006, relatif à une acquisition sur le marché de la production, de la transformation et de la vente du saumon, et dans laquelle le Conseil de la concurrence avait à l'époque raisonné en deux temps. Bien qu'il eût noté dans un premier temps qu'indépendamment des caractéristiques intrinsèques du produit, (ici le saumon), l'origine de ce dernier est un critère déterminant aux yeux des consommateurs, ceux-ci étant prêts à payer plus cher pour un produit identique mais issu d'une origine prisée, le Conseil n'a cependant pas conclu à une séparation des marchés selon l'origine du produit, et a estimé qu'en dépit des différences subjectives qui importent pour les consommateurs, le fait que les produits aient les mêmes caractéristiques objectives laisse à penser que les consommateurs pourront reporter facilement leur demande d'une origine à une autre. Par conséquent, les produits ont été réputés se trouvant sur le même marché.

334.- Cette décision traduit l'attitude de relative méfiance des autorités françaises de la concurrence vis-à-vis des préférences subjectives des consommateurs, qui seront considérées

[280] 日鉄鋼板株式会社及び住友金属建材株式会社による建材薄板関連事業の統合について (affaire d'intégration des activités relatives à la production de plaque de métal entre les sociétés Nittekkôban et Sumitomo Kinzoku Kenzai), 平成１８事例６.
[281] Lignes directrices de l'ADLC, point 324.

tout au plus comme un indice parmi d'autres pour corroborer une définition du marché, mais en aucun cas comme un critère prédominant. Son attitude sur ce point est cependant variable selon les marchés. On constate ainsi que les préférences des consommateurs sont invoquées pour segmenter le marché des fromages dans de nombreuses affaires concernant des pratiques anticoncurrentielles, bien qu'il semble ici que le Conseil de la concurrence ait eu pour habitude de définir le marché différemment selon qu'il s'agisse d'une opération de concentration ou d'une atteinte à la concurrence[282]. Compte tenu de la place importante du fromage dans la culture gastronomique française, de par la variété de fromages disponibles en France et de l'attachement des consommateurs à ce produit en particulier, il convient cependant de souligner qu'il s'agit là d'un traitement particulier qui a peu de chances de se retrouver dans la pratique d'une autre autorité par exemple.

335.- La Commission Européenne semble plus encline à prêter attention aux préférences subjectives du consommateur, puisqu'elle affirme prendre en compte, entre autre, les études de marché réalisées par les entreprises en cause, les enquêtes menées auprès des consommateurs et les avis exprimés par les détaillants dans sa communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit européenne de la concurrence[283] . Cette considération pour les préférences subjectives des consommateurs se retrouve également en pratique. Ainsi, dans l'affaire *Guinness/ Grand Metropolitan*, les parties avaient soumis à la Commission des études de marché tendant à prouver l'existence d'un vaste marché des spiritueux, conclusion à laquelle la Commission ne s'est pas conformée, ses propres enquêtes démontrant au contraire un certain attachement de la demande selon le type de spiritueux et des habitudes de consommation venant segmenter le marché en « alcools blancs » et en « alcools bruns »[284].

336.- Bien qu'il soit de moins en moins utilisé en pratique, le prix peut parfois apporter des informations intéressantes pour segmenter le marché.

[282] REIFEGERSTE, *Notion de marché pertinent du Roquefort*, in J.C.P.éd.E, n° 16, 20 Avril 2006, 1608.
[283] Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit européen de la concurrence**,** JOCE n° C 372 du 09/12/1997 p. 0005 – 0013, v. spécialement son point 41.
[284] Affaire IV/M. 938 - Guinness/Grand Metropolitan, voir notamment le point 10.

II. Le prix.

337.- L'importance du prix dans la définition du marché de produits est assez évidente, celui-ci constituant un critère essentiel pour le consommateur lorsqu'il fait son choix. Outre les indications que le prix en lui-même peut fournir, l'augmentation du prix du produit lui-même, ou l'augmentation du prix d'un produit concurrent ou d'autres facteurs liés à la conjecture économique, peuvent se révéler riche d'enseignements si leur évolution est convenablement interprétée. Après avoir examiné les divers tests de prix utilisés par les autorités en charge du contrôle des concentrations par le passé (A), il conviendra de s'interroger sur l'utilisation qui en est faite aujourd'hui par les autorités françaises et japonaises (B).

A. Les tests de prix.

338.- Le prix d'un produit, même s'il ne s'agit pas d'une caractéristique suffisante pour définir à elle seule un marché de produits[285], reste un critère déterminant pris en compte par les autorités en charge du contrôle des concentrations, notamment pour écarter un produit qui pourrait sembler substituable à un premier produit déjà identifié, mais dont le prix, plus élevé, induit un report de la demande vers ce produit peu probable. Des tests fondés uniquement sur des corrélations de prix ont été envisagés et parfois utilisés par le passé, notamment aux Etats-Unis, pour déterminer les produits à inclure dans le marché[286].

339.- Le principe des tests fondés sur de telles corrélations de prix était d'analyser d'une part, si les produits que l'on estime se trouver sur un même marché ont un prix de même ordre de grandeur, et si ces prix évoluent en parallèle. Si un tel test a été parfois utilisé, davantage pour écarter des produits d'un marché que pour en intégrer[287], il a subi bon nombre

[285] *Les niveaux de prix ne constituent cependant qu'un indice, à corroborer avec les autres caractéristiques des marchés. En effet, les comparaisons de prix n'ont de sens que si la qualité et la durabilité des produits sont équivalentes. De plus, des produits peuvent avoir des prix différents et appartenir au même marché notamment lorsqu'ils sont verticalement différenciés. Enfin, les entreprises qui disposent d'information sur la disponibilité à payer de leurs clients peuvent pratiquer des prix différents selon les catégories de clients.* . Lignes directrices de l'ADLC, point 320.

[286] STIGLER et SHERWIN, *The Extent of Market* , in Journal of Law and Economics, Vol.28, N°3 (Oct 1985), p.555.

[287] Aff. N°IV/M190 du 22 juillet 1992 (Nestlé/Perrier) : ici la Commission a utilisé les données sur les prix des eaux en bouteille et des boissons non alcoolisées, ainsi que leur évolution, et, constatant que les eaux en bouteille étaient moins chères et voyaient leur prix évoluer différemment de celui des boissons non alcoolisées, a déterminé qu'il existait un marché des eaux en bouteille différent de celui des boissons non alcoolisées. (voir notamment le point (13) de la décision).

de critiques négatives, venant principalement du fait qu'une évolution similaire du prix de deux produits ne permet pas de déduire systématiquement la substituabilité de ces deux produits, et peut se justifier de nombreuses façons, comme, par exemple, la variation des prix de matières premières communes, le caractère saisonnier de certaines habitudes de consommation, les effets des cycles économiques affectant l'ensemble du marché (forte croissance, ou au contraire récession) voire une simple coïncidence[288]. Ces effets sont toutefois assez facilement perceptibles, et peuvent être pris en compte par les autorités à titre d'indice subsidiaire[289] .

340.- L'une des critiques régulièrement rencontrées par ce test concerne le caractère arbitraire et abstrait du coefficient de référence de 0,5 choisi par la Commission Européenne, et à partir duquel on considère que deux prix sont fortement corrélés, corrélation pouvant indiquer une substituabilité entre les produits concernés. Pour relativiser l'ensemble des coefficients de prix, la méthode du *benchmark* a parfois été utilisée afin de comparer les résultats des corrélations de prix avec une multitude de produits dont on suppose la substituabilité avec le produit de référence. Si les résultats peuvent effectivement se montrer probants, le principal reproche essuyé par cette méthode est le choix finalement subjectif des produits choisis pour constituer le *benchmark*[290].

341.- D'autres tests encore plus poussés du point de vue théorique ont été utilisés, que ce soit par la Commission Européenne elle-même ou par les parties lorsqu'elles présentent à cette dernière leur définition du marché. Le test de causalité de Granger, souvent couplé à des tests de co-intégration, part du postulat que si l'évolution d'une valeur x et d'une valeur y sont similaires mais décalées dans le temps, alors l'étude de l'évolution passée de x peut permettre une meilleure évaluation de l'évolution future de y. Les tests de cointégration offrant, quant à eux, de voir si deux valeurs (ici, le prix de deux produits) ont une relation stable sur le long terme, la combinaison des deux permet ainsi de déduire l'influence des prix d'un produit sur les prix d'un autre, et par conséquent de déduire si ces deux produits sont sur le même marché(en combinaison avec d'autres facteurs). Un autre test, appelé « *unit root test* » (sorte de « test de choc ») peut être utilisé en complément, et ira vérifier si un choc affectant le prix

[288] GLAIS, op. cit., p.159.
[289] Par exemple, dans l'affaire IV/M619 (Lonrho/Gencor), la Commission a estimé que la corrélation des prix des métaux précieux comme l'or et le platine n'impliquait pas une substituabilité entre eux.
[290] BISHOP et WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concept, Application and Measurement*, 3ème ed., 2010, p.515

d'un produit aura des répercussions sur le prix d'autres produits, de façon à vérifier ici également l'étroitesse des relations entre les prix de deux produits donnés.

342.- L'utilisation de tests aussi complexes et aussi fortement théoriques reste toutefois exceptionnelle, avant tout parce que leurs résultats restent relativement faibles. Au mieux, ils permettront de confirmer une observation au niveau de l'évolution de deux produits dont la substituabilité fait déjà peu de doutes, et dans certains cas ils peuvent même se montrer incapables d'une telle confirmation [291]. Les expériences concernant ces tests complexes datant du milieu des années 1990 et n'ayant jamais été réellement adoptés depuis, on ne s'étonnera pas de constater une absence totale d'utilisation de ces derniers par les autorités japonaises, bien que des études doctrinales les aient abordées [292], qui se sont contentées ici d'observer les résultats des expérimentations de leurs homologues étrangères avant de les expérimenter elles-mêmes.

343.- Ces expérimentations sont essentiellement le fait des autorités américaines et européennes de contrôle des concentrations. Se pose alors la question de l'influence de ces expérimentations sur la pratique française et japonaise du contrôle des concentrations en la matière.

B. L'utilisation du critère du prix par les autorités françaises et japonaises de contrôle.

344.- Les lignes directrices japonaises mentionnent que le prix est un facteur pris en considération lors de la définition du marché des produits[293]. Outre le prix du produit lui-même, si le fait de passer d'un produit à un autre produit substituable induit des coûts supplémentaires (formation de la main d'œuvre, besoin de nouvelles installations), la JFTC prendra également cet élément en considération. Dans l'affaire de transfert d'actifs entre Uni Charm et Shiseido[294], entreprises actives sur le marché des serviettes hygiéniques, lui-même subdivisé en plusieurs sous-marchés selon le type de serviettes et leur utilisation (flux léger, abondant, usage de longue durée, etc), les données concernant les prix et les quantités vendues ont ainsi démontré qu'il y avait une plus grande substituabilité entre une partie des produits de

[291] Id., pp. 528 – 536.
[292] HAYASHI, "競争法における関連市場の確定基準 » (*Les critères de définition du marché pertinent en droit de la concurrence*)、Shôminpô Zasshi、n°126, Vol.1, p.47 et Vol.2, p.199.
[293] Lignes directrices de la JFTC, 第 3, 2,(2).
[294] ユニ・チャーム株式会社による株式会社資生堂からの生理用品事業の譲受けについて (affaire de cession de l'activité de produits périodiques de Shiseido à Uni Charm, 主要事例、平成 17 年度事例 1.

ces deux entreprises et les produits d'autres concurrents qu'entre leurs propres produits, venant ainsi confirmer qu'en cas de réalisation, cette opération ne créera pas de restriction substantielle de la concurrence. La différence de prix est également prise en compte par l'ADLC, tel que mentionné dans ses lignes directrices[295], mais à la différence des lignes directrices japonaises, celles-ci ne mentionnent pas les coûts indirects induits lors du passage d'un produit à son substitut. Cette différence théorique n'a cependant pas, à priori, d'incidence en pratique, puisqu'il n'y a à ce jour pas d'exemple publié dans lequel la JFTC a utilisé ce critère.

345.- Concernant les tests économétriques fondés sur les prix, les autorités françaises se basent sur des tests beaucoup plus simples dans leur principe et dans leur application que ceux observés ci-dessus, à savoir les tests d'élasticité. Les tests d'élasticité sont de deux types. Le premier, dit test d'élasticité simple, consiste à observer l'évolution des ventes en volume d'un produit en fonction de l'évolution de son prix. Il sert principalement à mesurer le pouvoir de marché d'une entreprise. Ainsi, lorsque l'augmentation du prix d'un produit a pour effet la diminution du volume des ventes de ce produit, cela signifie que les consommateurs de ce produit se sont vraisemblablement reportés sur un autre produit. Ce test est insuffisant pour déterminer l'étendue du marché des produits, puisqu'il montre seulement que la demande s'est reportée sur un autre produit, sans donner d'indication sur la nature de ce produit de substitution. Les tests d'élasticité croisée ont eux l'avantage de proposer une solution à ce type de problème.

346.- En effet, ces tests proposent de mettre en corrélation les variations du prix d'un produit A avec les évolutions du volume d'un produit B, dont on suppose la substituabilité avec A. Dans un tel cas de figure, si la hausse du prix de A se traduit par une hausse des volumes de B, il y a alors une forte probabilité que la demande de A se soit reportée sur B, et par conséquent que B soit substituable à A. Il convient au demeurant de procéder au même test afin de vérifier la réciproque, les produits devant être substituables entre eux pour constituer un même marché[296]. C'est par ailleurs le principal problème posé par ce type de critère, à savoir la symétrie des produits. Il est en effet important pour identifier les produits d'un même marché que ces derniers soient symétriquement substituables entre eux, en d'autres termes, que A soit substituable à B, mais que B soit de la même façon substituable à A. Sachant que la méthodologie d'un tel test implique de partir d'un produit pour voir quels

[295] Lignes directrices de l'ADLC, point 319.
[296] GLAIS, op.cit. p.161.

sont ses substituts, sans vérifier leur réciprocité, il est tout à fait possible de se retrouver avec un marché incluant des produits non symétriquement substituables[297].

347.- En France, l'utilisation d'un tel test se constate dès 1992, à la fois en matière de contrôle des concentrations[298] et de pratiques anticoncurrentielles[299], mais son application est restée assez marginale, et n'était à l'époque pas mentionnée dans les lignes directrices de la DGCCRF, pas plus qu'elle ne l'est dans les lignes directrices actuelles de l'ADLC. On ne trouve en revanche aucune trace de l'utilisation d'un tel test dans la pratique japonaise, celles-ci n'ayant, semble-t-il, commencé à s'intéresser à des techniques évoluées pour définir le marché que relativement tard dans son histoire. Ainsi, les premiers documents publiés par la JFTC et exprimant son raisonnement pour définir les marchés ne le furent qu'en 1994, et se sont révélés particulièrement succincts, expliquant simplement que « le marché se définit par des produits dont les fonctions ou les usages sont de même nature »[300].

348.- D'une manière générale, on constate une utilisation de plus en plus épisodique du critère du prix pour définir le marché des produits, les autorités françaises, européennes et japonaises se référant désormais essentiellement à l'usage du produit. De plus, les éléments objectifs tels que le prix et l'usage, bien qu'étant tous deux largement utilisés, et ce aussi bien par les autorités françaises, japonaises et européennes, ne sont à aucun moment considérés comme des facteurs principaux. Ils seront ainsi pris en compte avec une importance variable selon l'autorité (on constate en outre que la JFTC semble accorder une place comparativement plus importante aux caractéristiques objectives), selon les spécificités du marché et les pratiques du secteur concerné par la concentration, mais ne constituent en aucun cas le cœur de la définition du marché.

349.- Au-delà de ces données économiques pouvant être utilisées directement par les autorités en charge du contrôle des concentrations pour affiner leur détermination du marché de produits, ces dernières utilisent désormais des tests économiques plus complexes s'attachant au comportement de la demande.

---

[297] SHIRAISHI, op.cit.p.40.

[298] Avis 92-A-08 du 20 octobre 1992, secteur du cidre (société Cidreries et Sopalgy réunies/Mignard/Cidreries et vergers du duché de Longueville), et mention explicite de l'utilisation d'un test d'élasticité croisée dans cette affaire dans le Sixième rapport d'activité du Conseil de la concurrence, 1992, p.76.

[299] Décision 92-D-56 du Conseil de la concurrence du 13 octobre 1992.

[300] UESUGI et al, op.cit, p.104.

§2 Les mesures économétriques du comportement de la demande.

350.- Les autorités en charge du contrôle des concentrations faisant l'objet de cette étude ayant ainsi toutes choisi de privilégier le comportement de la demande, c'est fort logiquement que la substituabilité d'un produit aux yeux de la demande est devenue le critère de référence pour déterminer si des produits sont substituables entre eux, et s'ils sont conséquemment sur un même marché. Outre les aspects superficiels, facilement constatables du comportement de la demande, telles les préférences des consommateurs évoquées ci-dessus, les autorités ont également recours à des tests économétriques venant analyser les fluctuations de la demande de manière plus approfondie. Il reste toutefois un problème méthodologique de taille concernant la façon dont cette substituabilité de la demande doit être définie et appréciée. Pour ce faire, les autorités européennes, françaises et japonaises emploient, avec une régularité fortement variable selon les autorités, le test dit du « monopoleur hypothétique » plus communément désigné par l'acronyme SSNIP (*small but significant and non-transitory increase of price*) (I). Il convient toutefois de s'interroger sur les limites de ce type d'analyse quantitative (II).

I. Le test SSNIP.

351.- Ce test du monopoleur hypothétique est, dans sa version originelle, une version modifiée et pragmatique d'un test d'élasticité-prix simple, qui peut cependant connaître des aménagements selon les autorités. Il semble en effet y avoir une différence subtile entre le principe du test tel qu'appliqué aux Etats-Unis et en Europe. Les Etats-Unis se posent la question de savoir si un monopoleur cherchant à maximiser ses profits augmenterait ou non ses prix de 5 à 10%, alors que la Commission européenne cherche elle à savoir si un tel monopoleur ferait plus de profit en augmentant ses prix de 5 à 10% par rapport au niveau actuel. La différence se situe alors entre les termes de maximisation et de profit. Il est ainsi tout à fait possible que le monopoleur augmente ses profits par rapport à ce qu'ils étaient avant la hausse de prix en augmentant ses prix de 5%, mais qu'il ne maximise réellement ces derniers qu'en ne les augmentant que de 4% par exemple[301]. La JFTC applique la version américaine du test, et l'ADLC, la version européenne. Le principe est donc facilement compréhensible, et consiste à voir si un monopoleur sur un marché donné continuera à

[301] BISHOP et WALKER, op.cit, p.112. Les auteurs concluent en outre que la version américaine du test est la plus conforme à la théorie économique, et qu'elle est celle utilisée en pratique.

maximiser ses profits s'il augmente le prix de ses produits ou services de manière faible, mais significative, et non-transitoire, le plus souvent pour un an. Comme observé ci-après, ce test est désormais appliqué par l'ensemble des autorités concernées par cette étude dans des modalités similaires (A), mais sa pratique ne fait pas l'unanimité pour autant (B).

A. Une conception du test globalement homogène.

352.- Ce test est avant tout une création de la doctrine économique américaine, et fut d'abord appliqué par les autorités américaines en charge du contrôle des concentrations. Le raisonnement derrière ce test apparaît pour la première fois dans les lignes directrices américaines sur les opérations de concentration de 1982. Il y est écrit qu'outre le simple fait de prendre en compte les produits pouvant se substituer aux produits de l'entreprise partie à la concentration avant que l'opération de concentration ne soit réalisée, il faut, pour évaluer les effets futurs de ladite concentration, étudier le comportement de la demande dans la situation où, après la fusion, la nouvelle entreprise procède à une augmentation faible, mais significative et non transitoire du prix d'un groupe de produits.

353.- Si à la suite d'une telle augmentation, les quantités vendues diminuent de sorte que cette augmentation de prix n'est pas profitable pour l'entreprise qui l'a pratiquée, alors ladite entreprise n'est pas en situation de monopole, et le groupe de produits pris en compte ne constitue pas un marché pertinent[302]. Le processus est alors répété jusqu'à ce que l'entreprise placée en situation de monopole hypothétique maximise ses profits en pratiquant une hausse des prix, et le groupe de produit pour lequel le monopoleur maximise ses profits sera alors défini comme étant le marché pertinent.[303]. Les conditions d'application du test étaient fixées à une augmentation du prix du produit de 5% à 10% pendant un an. Bien que ce test ait été critiqué, essentiellement parce qu'il dépend grandement de données statistiques parfois indisponibles, il a toutefois continué à être utilisé et s'est exporté dans de nombreux systèmes.

[302] Merger Guidelines, DOJ, 1982, p.4: *Taking the product of the merging firm as a beginning point, the Department will establish a provisional product market. The Department will include in the provisional market those products that the merging firm's customers view as good substitutes at prevailing prices.9 The potential weakness of such a market based solely on existing patterns of supply and demand is that those patterns might change substantially if the prices of the products included in the provisional market were to increase. For this reason, the Department will test further and, if necessary, expand the provisional market. The Department will add additional products to the market if a significant percentage of the buyers of products already included would be likely to shift to those other products in response to a small but significant and non-transitory increase in price*.

[303] DURAND, *La définition des marchés pertinents :Ne pas oublier le test du monopole hypothétique*, in Concurrences n°4, 2010, p.34.

354.- On constate cependant qu'il a fallu un certain nombre d'années pour qu'il soit introduit dans la pratique d'autres autorités. Sa première utilisation par la Commission européenne semble dater de la décision Worldcom/MCI du 8 juillet 1998, affaire dans le secteur des fournisseurs d'accès à internet où la Commission mentionne clairement faire usage test du monopoleur hypothétique au point 69[304]. Sa pratique au niveau européen est relativement rare, mais reste constante. La France a mis un certain temps à faire figurer le test du SSNIP dans ses lignes directrices, puisqu'il n'a été inclus dans celles-ci qu'en 2005 avec la publication des lignes directrices de la DGCCRF [305], pour être repris en 2009 avec l'introduction des lignes directrices de l'ADLC[306]. Les autorités françaises ont toutefois considéré son introduction dans le dispositif national un certain temps avant de s'exécuter. Ainsi, dans l'étude thématique consacrée au marché pertinent par le Conseil de la concurrence dans son rapport annuel de 2001, celui-ci s'interroge déjà sur l'utilisation systématique d'un tel test, dont il admet la relative utilité, mais qui « ne saurait être utilisé comme une procédure automatique et aveugle de définition des marchés. »[307].

355.- Les lignes directrices de la JFTC de 1998 et de 2004 axaient elles aussi la définition du marché sur le comportement de la demande, et évoquait notamment le critère de substituabilité d'un produit avec un autre comme le report de la demande sur un autre produit en cas de hausse des prix. Bien qu'il s'agisse d'une affirmation plus générale et moins précise que celle des lignes directrices américaines, on constate toutefois que le raisonnement de base est similaire[308]. Depuis 2007, l'utilisation, si besoin est, de l'hypothèse selon laquelle la demande se reporte sur un autre produit dans le cas d'une augmentation faible mais substantielle et non transitoire de prix est clairement mentionnée dans les lignes directrices[309] .Ses modalités d'utilisation théoriques sont quasi identiques à celles pratiquées en France et en Europe, à savoir une hausse de 5 à 10% du prix pendant un an, sauf qu'ici la JFTC précise que ces chiffres ne constituent qu'un ordre de grandeur, et qu'ils peuvent différer selon les affaires.

---

[304] IV/M.1069 (WorldCom/MCI).
[305] DGCCRF, « Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations : procédure et analyse », 15 juillet 2005, point 202.
[306] Lignes directrices de l'ADLC, point 303.
[307] Conseil de la concurrence, « Rapport annuel 2001 », Deuxième Partie, Titre I, Chapitre III, 2. Disponible à cette adresse : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=31&id_article=58 .
[308] KAWAHAMA et al, op.cit., p.32.
[309] Lignes directrices de la JFTC, 第 3, 1.

356.- L'autorité japonaise ne mentionnant, dans les décisions qu'elle publie, ni l'utilisation du test, ni ses modalités, il est difficile de connaître en pratique dans quelles situations, et dans quelle mesure celle-ci modifie les conditions d'applications de ce dernier. Il semblerait toutefois, aux dires d'anciens membres de la division « concentration » de la JFTC, ainsi que d'avocats spécialisés en notification d'opérations de concentration, que la JFTC n'utilise réellement le test du monopoleur hypothétique pour définir le marché que pour les opérations de concentration qui semblent susceptibles de causer une restriction substantielle de concurrence, ce qui ne serait le cas que de 5 à 10% des opérations notifiées. Ce chiffre est un simple ordre de grandeur reflétant le ressenti des personnes interrogées, et non le résultat d'études rigoureuses, et ne constitue par conséquent qu'une indication sur l'utilisation réelle du test par la JFTC[310].

357.- On constate par conséquent que le test a été intégré comme faisant partie de l'arsenal économique permettant la définition des marchés pertinents à la fois par les autorités françaises, européennes et japonaises en charge du contrôle des concentrations, et ce dans des modalités identiques. Cette homogénéité de l'intégration du test s'accompagne toutefois d'une utilisation de ce test assez inégale selon les autorités.

B. Des divergences quant à sa crédibilité.

358.- L'attitude de la France face à ce test est difficile à discerner. Si le test du monopoleur hypothétique est désormais clairement mentionné dans les lignes directrices de l'ADLC, il n'est toujours pas reconnu comme étant le critère déterminant de délimitation du marché des produits, et ce davantage pour des raisons d'ordre pratique qu'à cause d'un éventuel désaccord théorique. En effet, il y a en France un problème persistant d'absence de données micro-économiques nécessaires pour mener ce genre d'étude économétrique à terme, ce qui explique la position de l'ADLC de ne pas sacraliser un test inapplicable à toutes les opérations qui lui sont soumises, et de se baser surtout sur des critères qualitatifs tels que ceux vus plus haut.

[310] Propos recueillis le 26 janvier 2012 auprès de Yûsuke KASHIWAGI, avocat spécialiste du contrôle des concentrations au sein du cabinet TMI Associates et ancien employé au sein du département « concentration » (企業結合課) de la JFTC, et de Kentarô HIRAYAMA, avocat spécialiste du contrôle des concentrations au sein du cabinet Anderson, Mori & Tomotsune.

359.- La transformation du Conseil de la concurrence pour devenir l'ADLC ne semble ainsi pas avoir modifié sa vision quant à l'applicabilité du test. Ainsi, dans le rapport d'activité du Conseil de la concurrence de 2001 cité ci-dessus, on trouve déjà la mention de la difficulté de se procurer l'ensemble des données nécessaires à la mise en œuvre du test, mais aussi d'autres justifications plus originales comme le caractère inapplicable du test aux situations où le prix des biens ne fait pas l'objet d'une libre concurrence (en cas de prix réglementé ou de gratuité des biens par exemple). L'autorité française semble également préoccupée par la plus grande faiblesse du test, à savoir la *cellophane fallacy*, qui fera l'objet de développements ci-après. En outre, une certaine opposition apparaît ici clairement entre les économistes d'une part, et l'ADLC d'autre part.

360.- Là où l'ADLC ainsi que certains juristes identifient le test du monopoleur hypothétique comme reposant essentiellement sur le calcul d'un certain nombre d'élasticités croisées, justifiant ainsi le caractère économiquement couteux et chronophage du test[311], les économistes affirment que le test ne nécessite en fait que les élasticités-prix simples du produit en cause (à savoir le produit le plus influencé par l'opération de concentration faisant l'objet du contrôle)[312], et que certaines utilisations pratiques du test, comme la méthode des seuils de vente critique (*critical loss*) permettant d'évaluer jusqu'à quel point une hausse de prix reste profitable en dépit des pertes supportées, pourraient tout à fait permettre son utilisation sans avoir à se préoccuper outre mesure des élasticités-prix croisées entre le produit focal et les produits qu'on estime lui être substituables, rendant par la même le test plus objectif[313].

361.- Le point de vue des autorités japonaises concernant ce test est également ambigu. Les lignes directrices japonaises affirment ainsi que le critère principal dans la définition du marché est la substituabilité du point de vue de la demande, et qu'à ce titre, elle prend en compte, dans l'hypothèse où une entreprise détenant le monopole d'un produit augmente le prix de ce dernier de façon faible, mais significative et non-transitoire, le report de la demande sur d'autres produits ou sur d'autres régions. On pourrait ainsi y voir une consécration du test du monopoleur hypothétique en tant qu'outil principal de définition des marchés par la JFTC.

[311] Lignes directrices de l'ADLC, point 311 ; Conseil de la concurrence, *rapport cité supra* ; COT et LA LAURENCIE, op.cit., p.174.
[312] DURAND, op. cit., p.37: « dans l'évaluation du test du monopole hypothétique, les éléments les plus importants ne sont pas les élasticités-prix croisés mais plutôt l'élasticité-prix simple des biens qui forment le marché candidat et les marges de profit».
[313] RBB Economics, « Commentaires sur l'approche économique adoptée par le projet de lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations », notamment le paragraphe 2.5.1.

Dans les faits, les critiques les plus souvent soulevées en France et en Europe, à savoir celles concernant le manque de données nécessaires pour sa mise en œuvre, ne se retrouvent pas dans la littérature japonaise à ce sujet.

362.- En revanche, le manque de fiabilité des études menées auprès des consommateurs a lui été pointé du doigt, montrant ainsi des critiques plus qualitatives que quantitatives sur les données nécessaires à l'utilisation d'un tel test[314]. Loin de connaître une utilisation fréquente comme aux Etats-Unis, aucune affaire publiée ne mentionne clairement son utilisation pour définir le marché pertinent, ce qui lui confirmerait une utilisation plus qu'anecdotique au Japon, utilisation par ailleurs confirmée par les propos des professionnels relevés plus haut. Certains auteurs défendent toutefois l'idée que la JFTC, ayant depuis longtemps l'habitude de prendre en compte les comportements d'achat des utilisateurs finaux lors de l'appréciation de l'influence de l'opération sur la concurrence, appliquait malgré tout une logique similaire au test du monopoleur hypothétique, de manière informelle[315]. Il nous semble que les études auprès des consommateurs peuvent certes être utiles en tant qu'indice pour confirmer un résultat obtenu à l'aide de méthodes économétriques plus fiables, mais il serait dangereux de leur conférer un rôle plus important, en raison de la marge existant entre les intentions théoriques des personnes interrogées et leur comportement final.

363.- En outre, même si cela reste exceptionnel, les entreprises ont également appris à se servir du SSNIP pour appuyer leurs propositions de définition du marché, bien que cette éventualité semble encore exceptionnelle et ne se soit pas encore avérée fructueuse. Dans l'affaire d'intégration entre Kyôei Seitetsu et Tokyo Tekkô[316], deux sociétés actives sur le marché des barres d'acier entrant notamment dans la confection du béton armé, lesdites sociétés ont soumis à la JFTC des analyses économiques fondées sur le test du monopoleur hypothétique, analyses qui venaient démontrer que les barres de fer en forme de vis et les barres de fer ordinaires ne constituaient qu'un seul marché. La JFTC a cependant obtenu une réponse inverse en se basant sur des auditions menées auprès des professionnels du secteur de la construction, affirmant que de par leur praticité d'usage, ainsi que la solidité qu'elles confèrent aux bâtiments, les barres de fer en forme de vis étaient de plus en plus préférées aux barres de fer ordinaires, à tel point que ces deux types de barres de fer constituaient deux marchés distincts. Par conséquent, la JFTC a estimé dans cette affaire que la définition du

[314] SHIRAISHI, op.cit., p.40.
[315] UESUGI et al., op.cit., p. 102
[316]JFTC, 共英製鋼㈱と東京鐵鋼㈱の経営統合 (affaire d'intégration des directions des sociétés Kyôei Seitetsu et Tokyo Tekkô)、平成２１年度主要事例４.

marché à l'aide du SSNIP n'était pas valable. On remarque par conséquent que la JFTC, loin d'utiliser le SSNIP elle-même directement ou indirectement (par exemple, en critiquant la méthodologie employée par l'entreprise ayant fourni les résultats), en dément les résultats par une méthode plus empirique, puisque fondée sur les préférences subjectives de la demande, et à la fiabilité discutable.

364.- L'utilisation de tels critères quantitatifs connaît de nombreux défenseurs, car leur caractère objectif semble permettre une définition plus neutre et impartiale du marché, assurant ainsi aux parties notifiant une opération de concentration une meilleure prévisibilité du marché qui va être défini, et donc plus de sécurité juridique. Ces critères ont cependant de nombreux points faibles qui empêchent les autorités de se reposer dessus systématiquement.

II. Les débats concernant les limites du test du monopoleur hypothétique.

365.- Les développements qui ont précédés montrent que le test SSNIP, dont les mérites sont pourtant largement vantés par les économistes, se heurte à des réticences quant à son principe et à des difficultés d'application. Les limites principales connues pour ce test, et qui font par conséquent l'objet principal des débats à son propos sont la *cellophane fallacy* (A) et l'indisponibilité des données nécessaires à son application (B).

A. La *cellophane fallacy*.

366.- L'enjeu lors de la définition du marché pertinent par les autorités de la concurrence, est de faire en sorte que le marché ne soit pas trop vaste, c'est-à-dire qu'il n'inclue pas de produits peu ou pas substituables avec le produit de référence. En effet, l'une des stratégies mises en œuvre par les entreprises désireuses de se voir autoriser un projet de concentration sans heurts est d'obtenir une définition la plus large possible du marché, à savoir un marché comprenant beaucoup de produits différents et beaucoup d'acteurs, afin que ledit marché apparaisse peu concentré, et que les effets du projet de concentration considéré sur ce dernier soient plus faibles. Le cas le plus célèbre d'une mauvaise définition du marché est une décision américaine de 1986 dans le secteur de la cellophane[317]. Dans cette affaire, les autorités américaines avaient procédé à des tests d'élasticités simples et croisées, dans des

[317] United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co. 351 U.S. 377 (1986) ; 76 S.Ct. 944.

modalités similaires à celles requises par le SSNIP, et avec pour prix de référence ceux qui étaient pratiqués à l'époque par la société du Pont de Nemours. Le résultat de ces tests étant un report de la demande vers d'autres produits d'emballages en cas de hausse du prix de la cellophane par du Pont de Nemours, les autorités avaient logiquement déduit que le marché était celui de l'ensemble des films et emballages alimentaires incluant la cellophane.

367.- Cette définition était en fait erronée : du Pont de Nemours avait une position dominante quasi-monopolistique sur le marché de la cellophane, qui était distinct du marché des autres emballages, et c'est uniquement parce que cette société profitait de cette position dominante pour pratiquer des prix agressifs, que l'élévation hypothétique de ce prix, amenait à un report de la demande sur d'autres types d'emballages alimentaires. Le problème lié à la *cellophane fallacy* connaît une variante, tout simplement nommée « *cellophane fallacy* inversée ». Le raisonnement est inverse à celui tenu dans une *cellophane fallacy* classique, c'est-à-dire qu'on part d'une entreprise dont les produits ne sont pas à un prix de monopole, mais qui se trouvent au contraire à un prix largement concurrentiel. La conséquence est logiquement l'inverse de celle retenue plus haut : une augmentation de prix serait très certainement profitable pour l'entreprise en cause, la faible augmentation du prix d'un produit déjà relativement faible n'entraînant pas de baisse des ventes, et les autorités de concurrence concluraient alors à un marché de toute évidence trop étroit.

368.- Il convient donc, pour qu'un tel test quantitatif soit utilisé de manière viable, que les autorités puissent redéfinir le prix de concurrence pour les produits concernés, afin de ne pas reproduire cette célèbre erreur. La difficulté d'une telle redéfinition constitue un des écueils majeurs à une application plus systématique de ce test[318]. La commission européenne semble consciente du problème, et prétend tenir compte des fluctuations du prix courant, particulièrement si celui-ci a été fixé dans des conditions de concurrence insuffisante[319]. En l'absence d'informations supplémentaires ou de publications annexes où la Commission expliquerait, à l'aide d'exemples concrets, dans quelle mesure elle parvient à définir le prix courant, certains économistes semblent douter de l'exercice réel d'une telle prise en compte[320] .

[318] ELHAUGE et GERADIN, *Global Competition Law and Economics*, Hart Publishing, 2007, p.282.
[319] Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit européen de la concurrence, point 19.
[320] BISHOP & WALKER, op.cit., p.127.

369.- Bien que les lignes directrices françaises identifient ce problème en leur point 329, elles ne proposent pas non plus de solution claire ou de méthodologie précise pour redéfinir le prix de concurrence. Les lignes directrices japonaises ne mentionnent quant à elle ce problème à aucun moment, attitude du reste peu surprenante, puisque d'une part, elles affichent clairement que le test du monopoleur hypothétique est leur test de référence, et d'autre part, il serait assez vain d'évoquer un problème pour lequel elles n'ont vraisemblablement pas de solution particulière à proposer. Bien que cette éventualité ne discrédite pas totalement ce genre de test, elle démontre toutefois les dangers d'en faire le critère principal de définition du marché, et aide à mieux comprendre les doutes et l'appréhension de la France vis-à-vis de ce dernier.

370.- Il existe toutefois un certain nombre de propositions ayant pour but de dépasser les problèmes posés par la « *cellophane fallacy* ». Tout d'abord, les conséquences négatives de celles-ci ne sont réellement importantes que dans le cas des fusions horizontales, où la dimension du marché importe réellement. Le test du monopoleur hypothétique reste ainsi tout à fait valable dans les opérations verticales et horizontales, en ce qu'il permet une appréciation juste du pouvoir de marché de l'entreprise résultant de la concentration[321] . En outre, bien que le dispositif légal actuel ait fait de la définition du marché un critère fondamental du contrôle des concentrations, d'un point de vue économique, il apparaît évident que si le prix actuel d'un produit est largement supérieur au prix de concurrence, alors l'entreprise qui commercialise ce produit a un fort pouvoir de marché, et par conséquent il est tout à fait envisageable dans ce cas précis de délibérément ignorer l'étape de la définition du marché pour directement juger du pouvoir de marché excessif de l'entreprise concernée[322].

371.- Ainsi, le débat entre d'un côté les économistes, qui édifient le test du monopoleur hypothétique comme étant le seul test digne de confiance, et les juristes, pour qui le SSNIP est au mieux une méthode comme une autre de définir le marché, au pire un dispositif abstrait et indigne de confiance, semble loin d'être terminé. L'autre problème souvent débattu concerne la disponibilité des données.

[321] RBB Economics, « Commentaires sur l'approche économique adoptée par le projet de lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations », notamment le paragraphe 2.5.2.
[322] BISHOP et WALKER, op., cit., p.128.

B. La disponibilité des données.

372.- Comme on le constate souvent, l'autre argument posé par les autorités refusant d'instituer le test du monopoleur hypothétique en tant que méthode de référence de définition des marchés concerne la disponibilité des données. Avant même de s'avancer en détail dans les arguments concernant les données nécessaires à la pratique d'un tel test, la comparaison entre l'ADLC, et dans une moindre mesure la Commission (puisqu'elle est malgré tout moins réticente à la pratique du SSNIP), et à l'opposé la JFTC, qui affirme utiliser principalement ce test (toutefois pas de manière exclusive), montre que la JFTC ne semble pas manifester de difficultés à réunir les données nécessaires à l'application du test. La France est le Japon étant deux pays également développées et où les technologies de l'information nécessaires à la consignation de telles donnés sont largement employées, il est permis de se demander pourquoi les autorités françaises auraient-elles plus de mal à regrouper lesdites données que leurs homologues nippones. Les explications concernant le rapport aux données statistiques et les différences culturelles entre la France et le Japon impliquant de s'aventurer dans des questions socio-économiques dépassant l'objet de cette thèse, nous ne rentrerons pas dans le détail de ce problème.

373.- On peut en outre examiner le problème du manque de données évoqué par les autorités sous deux angles, le premier étant l'aspect quantitatif, et le second qualitatif.

374.- Concernant l'aspect quantitatif, le Conseil de la concurrence évoquait dans son rapport d'activité de 2001 la nécessité « d'estimer non seulement des fonctions de demande, mais aussi des fonctions d'offre et de coût des entreprises concernées »[323]. Cet argument est en lui-même peu valable, puisque, comme constaté précédemment, l'utilisation du test du monopoleur hypothétique nécessite uniquement de connaître l'élasticité-prix simple d'un produit ou d'un groupe de produits, l'utilisation d'autres types de données n'étant pas requise par la méthode du test. Il semblerait ainsi que les autorités en charge du contrôle des concentrations ayant intégré le SSNIP comme méthode de définition du marché pertinent en essayant de suivre le modèle des Etats-Unis aient commis des erreurs de compréhension sur le fonctionnement réel du test dans sa version originale, accordant trop d'importance à certaines données, telles les élasticités croisées, qui peuvent s'avérer utiles lorsque disponibles, mais ne sont pas nécessaires *stricto sensu* à l'application du test.

[323] Conseil de la concurrence, voir supra note 37.

375.- Il est également possible de s'interroger sur les moyens d'obtention de ces données. Si dans la plupart des cas, il s'agit de données fournies par les entreprises et souvent récoltées dans un but autre que celui d'informer les autorités en charge du contrôle des concentrations (souvent pour des fins de marketing), il ne faut pas oublier que les autorités de concurrence ont la possibilité de commander elle-même des études afin d'obtenir des données supplémentaires. Bien qu'il soit injuste de blâmer les autorités de concurrence, au budget loin d'être illimité, de ne pas systématiquement chercher par elles-mêmes à obtenir ces données par leurs propres moyens, la distinction entre l'inexistence de données nécessaires et l'incapacité financière de se procurer de telles données mérite toutefois d'être soulignée.

376.- Enfin, concernant l'aspect qualitatif des données à disposition, même s'il est indéniable que certaines données ont plus de valeur, car plus aisément utilisables que d'autres, il convient toutefois de ne pas dédaigner les données disponibles parce qu'elles sont considérées comme insuffisantes. Comme le mentionnent Bishop et Walker : *Quand des données sont disponibles, un choix sévère doit être fait. Soit se fonder uniquement sur des jugements théoriques et des arguments sans fondements concernant les comportements des consommateurs, ou compléter cette théorie à l'aide des meilleurs outils disponibles, tout en restant conscient de ses faiblesses. La deuxième approche est clairement préférable : un jugement fondé sur plus d'information est meilleur (certainement pas pire) qu'un jugement qui en utiliserait moins*[324] .

377.- Sur le point de l'utilisation des méthodes économétriques par les autorités françaises, européennes et japonaises, on constate ainsi une utilisation finalement assez rare, et ne suivant pas strictement la méthodologie posée par la théorie économique en raison des données disponibles, mais aussi, semble-t-il, de problèmes de compréhension. Ces problèmes sont tout à fait légitimes, puisque le contrôle des concentrations est avant tout une affaire de juristes. Pour que l'utilisation de ces tests soit plus fréquente, et aussi plus probante, il faudrait peut-être que les économistes rendent leur application plus accessible pour les juristes, et qu'ils tiennent davantage compte de la réalité des données généralement accessibles lors d'une opération de concentration, plutôt que de concevoir des modèles théoriquement solides, mais inapplicables en pratique.

[324] BISHOP et WALKER, op., cit., p.484: *Where data are available, a stark choice needs to be made. Either solely rely on theoretical judgments and unsubstantiated claims about consumer behavior or complement that theory with the best available tools while being aware of its weaknesses. The latter approach is clearly preferable: an assessment based on more information is better (certainly no worse) than one based on less.*

378.- La dimension principale du marché reste ainsi celle des produits qu'il inclut, la méthode de définition de ces derniers donnant de grandes difficultés aux autorités en charge du contrôle des concentrations. Le marché possède également une dimension géographique, dont l'étendue peut grandement varier d'une affaire à l'autre.

Section 2 : Le marché géographique.

379.- Comme il a été constaté précédemment, pour que deux produits soient inclus dans un même marché, il faut que ceux-ci soient substituables entre eux. Cette substituabilité, si elle tient principalement aux caractéristiques des produits et à l'usage qu'en fait la demande, dépend également de l'accessibilité de la demande à ces produits. Le marché géographique est donc l'espace sur lequel les produits sont disponibles de manière équivalente pour les demandeurs, les dimensions d'un tel espace pouvant grandement varier selon un certain nombre de facteurs. La question de la définition du marché géographique est abordée aussi bien dans les lignes directrices japonaises [325] que françaises [326] sur le contrôle des concentrations, dans des termes et selon des critères similaires, rendant la comparaison relativement aisée. Ainsi, dans les deux pays, l'étendue du marché peut être extrêmement restreinte (§1) tout comme elle peut être déterminée comme étant mondiale, avec les difficultés qu'une telle dimension implique (§2).

§1. Les restrictions de l'étendue du marché

380.- L'étendue d'un marché peut varier drastiquement d'une affaire à l'autre, et il existe de ce fait une multitude de dimensions possibles pour un marché géographique. Les détailler toutes constituant une tâche compliquée, fastidieuse et finalement dénuée d'intérêt, l'étude portera ici sur des marchés de dimension inférieure au marché national, celui-ci pouvant être considéré comme la dimension « par défaut » du marché, bien qu'il ne soit pas explicitement considéré comme tel dans les textes. Ainsi la dimension réduite d'un marché peut-être la conséquence des caractéristiques du produit (I) comme celle des caractéristiques de l'offre elle-même (II).

[325] Lignes directrices de la JFTC, 第 2, 3.
[326] Lignes directrices de l'ADLC, points 332 à 339.

I. Les caractéristiques du produit.

381.- L'étude de la taille minimale à laquelle peut être circonscrite le marché pertinent amène à se pencher sur les éléments agissant comme des contraintes venant limiter ledit marché. On constate alors que les caractéristiques objectives de certains produits constituent une des raisons ayant pour conséquence une limitation de la taille du marché (A), mais également leurs caractéristiques subjectives ou juridiques, c'est-à-dire la perception du produit par la demande, ou encore la réglementation dont celui-ci fait l'objet (B).

A. Les caractéristiques objectives des produits.

382.- Les caractéristiques objectives d'un produit font l'objet d'un traitement relativement différent par les lignes directrices des pays concernés par cette étude. Les lignes directrices japonaises mentionnent ainsi que certains produits ont des « caractéristiques particulières »[327], comme par exemple leur poids important, leur degré de fraîcheur, notamment pour les denrées périssables, ou encore leur fragilité. Ces caractéristiques rendent difficile l'expédition desdits produits, et ont pour conséquence une restriction du périmètre où ces produits sont accessibles pour la demande[328]. Bien que l'argument des produits fragiles et périssables semble intéressant, de par le fait qu'il ne trouve pas d'équivalent dans les lignes directrices françaises, sa portée pratique est ici aussi extrêmement limitée, puisque aucune des affaires publiées par la JFTC ne mentionnent le recours à un tel argument pour limiter l'étendue du marché géographique. En outre, avec l'amélioration constante des moyens de transports (transports frigorifiques par exemple), ainsi que la bonne qualité des infrastructures japonaises (route, chemin de fer), il est permis de douter de l'étendue d'un tel argument.

383.- Les lignes directrices françaises se préoccupent davantage de la notion de coût de transports plutôt que de celle de nature des produits, bien qu'elle évoque les « contraintes physiques », et semble se focaliser principalement sur le poids des produits[329]. Ainsi, en droit français, le caractère « pondéreux » d'un produit, c'est-à-dire lourd et de faible valeur, le rendant par conséquent difficile et peu rentable à transporter, a été utilisé dans de nombreuses affaires pour restreindre la dimension géographique du marché pertinent en question, notamment pour des produits utilisés pour la construction de bâtiments ou de matières

[327] en japonais 特性.
[328] Lignes directrices de la JFTC , 第 2, 3, (2).
[329] Lignes directrices de l'ADLC, point 333.

premières, tel le ciment ou les tuiles[330]. Le droit européen connaît également de cette question, et y apporte des réflexions assez intéressantes. Dans l'affaire Holdercim/ Cedest, où la holding Holdercim a acquis 84% des actions de la société Cedest, société active sur le marché du ciment, la Commission a adopté un raisonnement en deux temps concernant le marché géographique.

384.- Après avoir rappelé que pour les produits pondéreux tels que le ciment, le marché géographique est traditionnellement restreint à un périmètre de 150 à 200 kilomètres, elle a toutefois souligné qu'en raison, d'une part, des progrès techniques effectués en terme de transports, ainsi que de la baisse des coûts de production, et d'autre part, de l'interdépendance des régions productrices et de l'augmentation des importations, non seulement de pays voisins (Belgique, Allemagne), mais aussi plus éloignés (Tchéquie, Slovaquie, Pologne), le marché a été défini comme « l'ensemble constitué par les régions du Nord-Est de la France (Nord Pas de Calais, Picardie, Haute Normandie, Ile de France, Champagne Ardennes, Lorraine, Alsace, Franche Comté, Bourgogne), moitié Nord de Rhône Alpes (Ain, Rhône, et Haute Savoie), la Belgique et les régions frontalières allemandes (Sarre et provinces proches du Palatinat et du Bade Wurtemberg) »[331]. Cette affaire montre en outre que les limitations objectives des marchés évoluent avec les progrès techniques, et loin d'être admises systématiquement, font l'objet d'une certaine actualisation par les autorités.

385.- On constate par ailleurs un traitement similaire de ce type de produits en droit japonais. D'une part, comme constaté plus haut, les lignes directrices mentionnent le fait que le poids d'un produit peut affecter la dimension du marché pertinent géographique, et les affaires de concentration dans le domaine du ciment démontrent que la JFTC prend cet aspect en considération. Par exemple, dans l'affaire de fusion entre Onoda Cement et Chichibu Cement[332], bien qu'Onoda soit une société active à l'échelle nationale sur le marché du ciment, la JFTC a estimé que la fusion avait certes une influence sur l'ensemble du territoire national japonais, mais qu'en raison du poids important du produit et des difficultés posées en termes de transport, il convenait de diviser le marché en blocs régionaux (Hokkaido, Tôhoku, Kantô, etc). Dans le cas des pondéreux, la « caractéristique particulière » du produit est par conséquent son poids important couplé à sa faible valeur intrinsèque.

[330] Voir pour le ciment la décision de la commission européenne M460 (Holdereim/Cedest), pour les tuiles, la décision française SA des Tuileries J.P. Sturm et a. : BOCC 27 mars 1991, p. 93 du 21 mars 1991.
[331] Cas n IV/M.460 - Holdercim /CEDEST, part. points 16 à 20.
[332] JFTC, 小野田セメント㈱と秩父セメント㈱との合併 (affaire de fusion entre Onoda Cement et Chichibu Cement)、平成 6 年度主要事例４.

386.- Paradoxalement, ce ne sont pas les caractéristiques objectives des produits qui sont le plus souvent prises en compte par les autorités, mais les caractéristiques subjectives ou juridiques.

B. Des justifications subjectives ou juridiques à la limitation des marchés.

387.- Si elles ne visent pas directement les caractéristiques spécifiques du produit, hormis le terme vague de « contraintes physiques », les lignes directrices françaises mentionnent en revanche que les préférences subjectives de la demande peuvent jouer un rôle dans la définition du marché géographique, et se réfèrent entre autres au cas des produits locaux, qui pour des raisons d'habitudes de consommation locales ou régionales ne sont pas substituables à des produits de même nature ou correspondant à un même usage, mais de provenance différente[333], affirmation que l'on ne trouve pas dans les lignes directrices japonaises.

388.- Pourtant, le comportement des consommateurs a été utilisé par les autorités japonaises pour définir de façon restreinte un marché géographique dans l'affaire de cession de l'activité « services d'informations pour les voitures d'occasion » de MG Corporation à Recruit[334]. La JFTC avait ainsi estimé que l'une des « caractéristiques particulières » des voitures d'occasion et que les consommateurs privilégient leur proximité lorsqu'ils souhaitent en acquérir une, caractéristique confirmée par le fait que les magazines et sites internet de petites annonces de véhicules d'occasion segmentent les offres par région et par département. Il a ainsi été affirmé que le marché géographique pour les services d'informations portant sur les voitures d'occasion était un marché régional, et dans l'affaire en question, celui-ci s'est limité à la région d'Hokkaido, où la cession d'activité a effectivement eu lieu. On peut donc conclure que la notion de « caractéristique spécifique » est en vérité une notion extrêmement plastique qui ne comprend pas uniquement les caractéristiques objectives du produit, mais également ses caractéristiques subjectives, c'est-à-dire la façon dont le produit est perçu par les consommateurs.

[333] Lignes directrices de l'ADLC, point 337.
[334] JFTC, ㈱リクルートによる㈱エムジー・コーポレーションからの中古車情報提供サービス事業の譲受け (affaire de cession de l'activité de fourniture d'information sur les voitures d'occasion de la société MG Corporation à Recruit) ,平成２０年度主要事例５.

389.- En outre, on note que certaines limitations juridiques peuvent constituer une limitation du marché géographique. Cette notion de barrière juridique se réfère à toute loi ou réglementation locale ne permettant pas une circulation du produit sur l'ensemble du territoire national, et contraignant de ce fait les autorités à délimiter le marché géographique pour que celui-ci épouse la zone où s'applique ladite loi ou réglementation. Le principe est posé par le point 336 des lignes directrices de l'ADLC, qui prend comme exemple une décision du Conseil de la concurrence de 2000 dans le secteur des prestations funéraires[335], secteur faisant l'objet d'une législation très stricte réduisant *de facto* le marché à l'échelle de la commune en raison de l'impossibilité pour les familles des défunts de faire appel à des prestataires situés dans une autre commune sauf dérogation rarement accordée. Ce type de limitation des marchés se retrouve également à l'échelle européenne, où la présence de législation ou de normes de qualité spécifiques à un pays ont parfois obligé la Commission à limiter le marché à un seul pays. L'exemple le plus fréquent est celui des concentrations dans le secteur des médicaments et autres produits pharmaceutiques, où de nombreuses décisions montrent une pratique décisionnelle constante de la Commission affirmant le caractère national du marché pour ce type de produits[336].

390.- Force est de constater que jusqu'à maintenant, cette notion ne trouve aucun équivalent dans la théorie comme dans la pratique japonaise. En effet, non seulement les lignes directrices japonaises ne mentionnent aucunement l'influence d'une éventuelle législation ou norme sur la définition du marché géographique, mais l'analyse des décisions publiées par la JFTC montre que cette notion n'a jamais été utilisée de manière jurisprudentielle. L'absence de décisions susceptibles de limiter juridiquement le marché géographique peut s'expliquer par la nature des affaires publiées jusqu'à présent par la JFTC, affaires concernant surtout des opérations de concentration entre industries lourdes ainsi que des concentrations dans le secteur bancaire.

391.- Il convient par ailleurs de s'interroger sur la possible limitation d'un marché qui, bien que mondial, serait réduit au seul territoire japonais pour des questions juridiques. Jusqu'à maintenant, aucune décision de ce type n'a été publiée par la JFTC, l'inexistence d'une telle pratique décisionnelle pouvant s'expliquer par la relative fermeture du marché

[335] Conseil de la Concurrence, décision n° 00-D-59 du 6 décembre 2000.
[336] Voir entre autre la décision COMP/M3751 (Novartis/Hexal) du 27 mai 2005, point 4 : *The Commission has previously defined the geographic markets for pharmaceutical products as being national in scope, despite the trend towards harmonisation at a European level. The parties submit that certain developments in recent years may point to a broader geographic market, but have accepted also the approach of the Commission.*

japonais, et le fait que les décisions où le marché géographique dépasse le territoire national japonais sont un phénomène récent et encore rare. On peut toutefois raisonnablement estimer que si le besoin de recourir à une telle notion se présente, la JFTC pourra vraisemblablement utiliser la notion de « caractéristique spécifique » et traiter la réglementation propre à un produit comme une caractéristique spécifique de ce dernier, étant donné l'utilisation extensive qu'a connu ladite notion par le passé pour combler les lacunes en la matière.

392.- Les situations observées ci-dessus concernent essentiellement des produits, dont les caractéristiques, objectives comme subjectives, ont pour conséquence la restriction du marché. Dans certaines situations, notamment certaines prestations de services, ce sont les caractéristiques de l'offre elle-même qui sont en cause.

II. Les caractéristiques de l'offre.

393.- L'offre présente parfois des caractéristiques telles que son périmètre est extrêmement restreint, restriction d'autant plus importante que cette offre est non-mobile (A). Cette notion de non-mobilité de l'offre s'applique à la fois aux produits et aux services, et indique tout simplement l'absence de livraison possible du produit ou service à la demande, soit pour des raisons tenant à la nature même du service, par exemple une projection cinématographique, ou à cause de la méthode de commercialisation des produits, dans le cas des grandes surfaces par exemple[337]. Il convient toutefois de souligner qu'avec les progrès du commerce électronique et des possibilités de livraison de tous types de produits (y compris les produits frais) aux particuliers, les contours de cette notion sont susceptibles d'évoluer avec les habitudes de la demande. La définition du marché géographique ne pouvant alors plus se baser sur l'étendue géographique sur laquelle l'offre atteint la demande, il convient alors d'étudier le périmètre d'influence sur lequel la demande acceptera de se déplacer pour rencontrer l'offre (B).

[337] On notera cependant qu'en dépit des efforts faits par les grandes surfaces pour proposer des services de livraison à domicile, cette méthode de commercialisation n'est pas prise en compte par les autorités françaises, européennes ou japonaises de contrôle dans la définition du marché géographique d'un supermarché donné.

A. Les prestations de services non-mobiles.

394.- Les lignes directrices françaises et japonaises ont en commun le fait de ne pas poser par défaut de taille minimale possible pour un marché, bien que dans le cas des lignes directrices françaises, une indication quant au caractère restreint que peut avoir le marché figure au point 338[338]. Regrettablement, aucune illustration n'est proposée par les lignes directrices japonaises, qui restent extrêmement abstraites sur ce sujet. L'analyse de la pratique décisionnelle des autorités françaises, européennes et japonaises montre toutefois une tendance certaine à définir un marché de manière restreinte dans le cas de prestations de services non-mobiles, et qui impliquent le déplacement de l'utilisateur final. Il est par ailleurs intéressant de constater selon les secteurs un certain parallélisme entre les définitions de marchés géographiques proposées par les autorités françaises et japonaises.

395.- Un exemple peut être trouvé dans le secteur de l'exploitation des salles de cinéma. Ainsi, dans l'affaire Gaumont Pathé Cinéma[339]concernant des cessions de salles de cinéma entre les sociétés Gaumont et Pathé, le marché géographique retenu était restreint à la seule ville de Paris. Il est ainsi intéressant de constater que dès 1951, dans la célèbre affaire des cinémas Tôhô Subaru citée précédemment, l'un des rares arrêts des juridictions civiles japonaises en matière de contrôle des concentrations, le marché avait connu une délimitation également restreinte, puisqu'il s'agissait uniquement des quartiers de Marunouchi et de Yurakuchô, situés dans le centre de Tokyo. Cette comparaison permet de tirer deux conclusions.

396.- Premièrement, les deux autorités ont considéré fort logiquement que le marché géographique d'un cinéma est nécessairement limité à un faible rayon, en raisonnant de manière relativement concrète. Plus généralement, on peut estimer que dans la situation d'un prestataire de service non-mobile, c'est-à-dire impliquant le déplacement du consommateur jusqu'à un certain point géographique si ce dernier souhaite bénéficier du service en question, le marché géographique sera nécessairement limité en étendue.

397.- Deuxièmement, il semblerait que dans les deux pays, la taille minimale retenue pour le marché géographique ne soit pas inférieure à la taille du quartier d'une grande ville,

[338] *Les marchés ainsi définis sont parfois de dimension géographique très restreinte (quelques dizaines de kilomètres de rayon pour le béton prêt à l'emploi ou les enrobés bitumineux ; 30 minutes de transport pour les zones de chalandises des hypermarchés ; la ville de Paris pour l'exploitation des films en salles de cinéma).*

[339] Conc. avis 93-A-01 du 12 janvier *1993* relatif à la cession réciproque de salles de *cinéma* entre les sociétés *Gaumont* et *Pathé.*

limite directement liée au à la nature même du contrôle des concentrations. L'existence de seuils de contrôle justement destinés à empêcher un contrôle des concentrations systématique, ne prenant en compte que les opérations susceptibles d'une atteinte importante à la concurrence a pour conséquence directe la non-contrôlabilité des opérations de concentrations entre des prestataires de service non-mobiles et dont la situation géographique (zones peu peuplées) a pour conséquence un faible chiffre d'affaires, insuffisant pour déclencher les seuils de notification.

398.- Les autorités de concurrence françaises comme japonaises ont également des techniques permettant d'évaluer le périmètre d'influence d'un offre non-mobile.

B. Le périmètre d'influence d'une offre non mobile.

399.-Concernant la mobilité de la demande, les approches françaises et japonaises sont extrêmement similaires en ce qu'elles prennent en compte les distances parcourues par les consommateurs pour s'approvisionner. Ainsi, le concept désigné par les lignes directrices françaises sous le terme de « zone de chalandise »[340], peut être défini comme le périmètre dans lequel un magasin a la majorité de sa clientèle. Si l'on se place du côté de la demande, cela correspondra à la distance qu'un consommateur est prêt à parcourir pour faire l'acquisition d'un produit ou d'un service donné. En général, ce trajet est exprimé non par sa longueur matérielle (par exemple le nombre de kilomètres que doit parcourir un consommateur pour se rendre à un supermarché), mais par sa durée. Il faut, par conséquent, pour que deux ou plusieurs commerces soient en concurrence sur un marché géographique donné, que leurs zones de chalandise respectives se chevauchent. En outre, l'ADLC affirme faire la différence entre trois types de zones de chalandises, pour les hypermarchés, pour les supermarchés et pour les commerces de proximité, la dimension de la zone de chalandise augmentant avec la taille de la grande surface (avec une zone de chalandise de moins de 30 minutes pour un hypermarché, de moins de 15 minutes pour un supermarché, et non précisées pour les commerces de proximité) [341].

[340] Lignes directrices de l'ADLC, point 334.
[341] Voir à ce propos la fiche éditée par l'ADLC et concernant les zones de chalandise, disponible sur le site internet de l'ADLC à l'adresse suivante :
http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/fiche1_concentration_dec10.pdf

400.- La JFTC connaît une notion similaire, qui est connue en japonais sous le terme de « périmètre d'achat de la demande »[342], mais qui ne connaît pas de définition aussi précise en termes de durée que celle proposée par l'ADLC. Il semble toutefois qu'au Japon, celui-ci soit défini en kilomètres, et non en durée de trajet. Ainsi dans l'affaire de rachat de Midori par le groupe Edion, de chaînes régionales de vente d'électroménager au grand public, la JFTC a évalué la zone de chalandise pour un magasin de ce type de chaîne à environ 10 kilomètres[343].

401.- Une dernière différence entre les lignes directrices françaises et japonaises est la différenciation du marché géographique en fonction de la demande visée[344]. Selon ce principe, la dimension du marché géographique pour une même opération sera susceptible d'avoir plusieurs tailles, selon que l'on analyse le marché pour les produits destinés aux consommateurs ou ceux destinés aux entreprises par exemple. Lors de la fusion entre la Banque Populaire et la Caisse d'Epargne[345], l'Autorité, en s'appuyant sur la pratique antérieure, aussi bien nationale que européen, a d'abord estimé que les services d'administration des biens et d'intermédiation dans les transactions immobilières, services visant les particuliers, s'étendaient sur le marché géographique de l'aire urbaine[346], tandis que les services immobiliers à destination des entreprises constituaient un marché géographique de dimension nationale. Au Japon, bien que les lignes directrices japonaises reconnaissent la possibilité d'une segmentation du marché en fonction de la clientèle visée[347], il n'est pas fait mention d'une quelconque conséquence de cette différenciation sur la définition du marché géographique, et l'analyse des affaires dans lesquelles une telle différenciation a été faite n'a pas abouti à la définition de marchés géographiques distincts[348].

---

[342] en japonais 需要者の買い回る範囲 ; Lignes directrices de la JFTC, 第 2, 3, (1).

[343] JFTC, 株式会社エディオンによる株式会社ミドリ電化の株式取得 (affaire de prise de participation d'Edion dans Midori Denka), 平成１６年度主要事例６.

[344] lignes directrices de l'ADLC, point 339.

[345] ADLC, décision n° 09-DCC-16, 22 juin 2009.

[346] Aff. précitée, point 192 : [l'aire urbaine] ayant été définie comme*« un ensemble de communes d'un seul tenant et sans enclave, constitué par un pôle urbain et par des communes rurales ou unités urbaines (couronne urbaine) dont au moins 40 % de la population résidente ayant un emploi travaille dans le pôle ou dans les communes attirées par celui-ci »*106. Ainsi, cette notion repose sur la continuité de l'habitat : *« est considéré comme telle un ensemble d'une ou plusieurs communes présentant une continuité du tissu bâti (pas de coupure de plus de 200 mètres entre deux constructions) et comptant au moins 200 habitants »*

[347] Lignes directrices de la JFTC, 第 2, 4

[348] Pour une illustration dans une affaire sur le marché des nouilles lyophilisées, où une différence a été faite entre l'usage domestique et l'usage professionnel, voir JFTC, 味の素株式会社によるヤマキ株式会社の株式取得 (Prise de participation d'Ajinomoto dans Yamaki)、平成１８年度主要事例１, et dans une affaire sur le marché des lecteurs de disque (CD et DVD), où le marché a été divisé entre

402.- Il est désormais nécessaire de se pencher vers les limites supérieures que peut revêtir le marché géographique, avec les problématiques gravitant autour de la notion de « marché mondial ».

§2. Le marché mondial et les problématiques inhérentes à la notion de marché pertinent.

403.- Les situations vues précédemment, où le marché géographique est restreint à une dimension relativement faible, restent relativement exceptionnelles. Du fait du chiffre d'affaires important requis par les autorités françaises, européens et japonaises en tant que seuil de contrôlabilité des opérations de concentration, le plus souvent seules des entreprises influentes sur le plan national, voire mondial seront susceptibles d'atteindre ces seuils. Cette situation a pour conséquence, non seulement une définition d'un marché « national » pour les autorités françaises et japonaises (européen dans le cas de la Commission européenne) dans la plupart des cas, mais aussi une dimension qui dépasse de plus en plus ces frontières nationales, pour s'étendre jusqu'à l'échelle mondiale. Après avoir examiné les rapports entre les notions de marché national et de marché mondial, il conviendra de conclure sur les problèmes que rencontre la notion de marché pertinent et les solutions envisageables, pour la notion elle-même, et pour une meilleur contrôle des concentrations en général (II)

I. Le « marché national » face au « marché mondial ».

404.- La notion de marché mondial est une notion relativement récente en droit de la concurrence, et n'est réellement intervenue que lorsque l'économie mondiale s'est effectivement globalisée. C'est d'autant plus le cas avec le contrôle des concentrations, où il a fallu attendre de grandes affaires de fusions transnationales aux implications mondiales, comme par exemple l'affaire Boeing/McDonnell [349] Douglas en 1997, et plus tard

---

l'approvisionnement direct aux grands constructeurs et la fourniture aux distributeurs (eux-mêmes fournissant les constructeurs de périphériques pour ordinateurs), JFTC, ソニー株式会社と日本電気株式会社による光ディスクドライブ事業に係る合弁会社の設立 (établissement d'une entreprise commune fusionnant les activités de production de lecteurs de disques durs des sociétés Sony et Nihon Denki)、平成１７年度主要事例７. On notera cependant que, dans la deuxième affaire, bien que le marché pris en compte soit le marché national japonais, la JFTC a toutefois pris en considération dans son analyse que les prix pour la vente aux grands constructeurs subissent l'influence de la concurrence mondiale.

[349] IV/COMP M.877 Boeing/McDonnell Douglas, 30 Juillet 1997.

G.E/Honeywell[350] en 2002, pour que cette notion s'impose. La possibilité théorique d'étendre le marché géographique à ce point au-delà des frontières, confrontée à la réalité jurisprudentielle, consacrant la plupart du temps un marché géographique national, suscite de nombreuses questions. Tout d'abord, le marché national ne serait-il pas un marché par défaut (A)? Au-delà, il convient de s'interroger sur les difficultés liées à une définition aussi large du marché (B).

A. Le marché national, marché « par défaut » ?

405.- Lorsque les produits ou services constituant le marché pertinent n'ont pas les « caractéristiques spécifiques » énoncées précédemment, ce qui est le cas pour la majorité des biens de consommation courants, le marché géographique choisi est en général le marché national pour les décisions françaises et japonaises, et toute ou partie du marché européen pour les décisions de la Commission européenne (en effet, de nombreuses opérations de concentration entre grandes entreprises européennes n'ont d'influence que sur une région donnée) bien que pour ce . Il ne s'agit pas d'une volonté explicitement présente dans les textes, mais plutôt d'habitudes de la pratique décisionnelle. Selon les lignes directrices françaises, le marché géographique peut toutefois être étendu au marché européen, voire mondial[351], et les lignes directrices japonaises reconnaissent également que dans une situation où, pour un produit donné, les prix de l'offre japonaise augmentent, et qu'il est possible pour la demande de se réorienter vers une offre étrangère, alors le marché géographique pour ce produit dépassera les frontières japonaises[352]. Si le principe est donc le même pour les lignes directrices françaises et japonaises, on constate toutefois que la formulation des lignes directrices françaises laisse à penser qu'il n y a pas à proprement parler de dimension géographique « par défaut », tandis que la formulation japonaise sur le même point montre qu'en général le marché géographique est le marché japonais, et que dans certaines conditions seulement celui peut s'étendre au-delà des frontières nippones.

406.- Cette différence de conception s'explique par deux raisons principales. Tout d'abord, alors que la France est située en plein cœur de l'Europe occidentale et partage des frontières avec de nombreux pays, le caractère insulaire du Japon rend les exportations vers ce

[350] COMP/M.2220 General Electric/Honeywell, 3 Juillet 2001.
[351] Lignes directrices de l'ADLC, point 338.
[352] Lignes directrices de la JFTC , 第 2, 3.

dernier moins pratiques et plus onéreuses, les transports routiers et ferroviaires étant *de facto* inutilisables pour assurer la liaison entre le Japon et le reste du continent asiatique. Comme il a été constaté précédemment, les difficultés de transport étant un critère de limitation du marché, il n'est alors pas surprenant que le marché japonais soit plus facilement isolé comme étant le seul marché géographique. De surcroît, tandis que la France bénéficie des avantages de la libre circulation des biens et des marchandises à l'échelle européenne et d'accords de libre-échange avec de nombreux pays, le Japon ne dispose encore que de très peu d'accords de ce type, situation qui devrait cependant évoluer vers plus d'ouverture si les négociations menées par les autorités japonaises pour devenir membre du Trans Pacific Partnership (TPP), accord de libre-échange entre divers pays d'Asie orientale, d'Océanie et du continent américain, aboutissent[353].

407.- Il existe toutefois des exemples concrets d'une étendue du marché géographique au-delà du marché national japonais. Dans l'affaire d'intégration entre les sociétés Shin Nihon Sekiyû et Shin Nikkô Holdings[354], sociétés produisant divers produits pétroliers, le marché géographique pour le paraxylène a été étendu à l'ensemble de la région Asie car la JFTC a estimé qu'il était possible pour les industriels japonais demandeurs de paraxylène de se fournir dans des pays autres que le Japon à des prix et pour une qualité de produit similaire à l'offre japonaise. Une fois de plus, la JFTC ne publiant qu'une partie des décisions qu'elle rend en matière de concentration, les exemples de marchés dépassant les frontières nationales japonaises sont rarissimes, bien qu'on constate une très relative augmentation de ces derniers.

B. Les difficultés des autorités face à la notion de marché mondial.

408.- L'ADLC, et avant elle le ministre de l'économie, bien qu'ils n'aient jamais officiellement établi le marché national français comme étant la limite que peut avoir le marché géographique, ont malgré tout eu tendance, notamment entre 1986 et 2001, à faire coïncider les limites du marché géographique avec les frontières nationales. L'explication avancée à ce phénomène est le calcul des seuils sous l'empire de l'ordonnance de 1986, qui se basait sur les parts de marché au niveau national des entreprises parties à l'opération de

[353] Pour plus d'informations sur le TPP, consulter http://tppdigest.org/

[354] JFTC, 新日本石油㈱と新日鉱ホールディングス㈱の経営統合、(Affaire d'intégration de la direction des entreprises Shin Nihon Sekiyu et Shin Nikkô Holdings)平成２１年度主要事例２.

concentration[355]. Bien que les seuils soient désormais doubles, exprimés en chiffre d'affaires mondial d'une part, et en chiffre d'affaires réalisé sur le territoire français d'autre part[356], on constate que, dans ses décisions, même récentes, l'ADLC se réfère quasi-systématiquement à « la pratique constante » dans le secteur en question, et qui permet le plus souvent de conclure rapidement à un marché national, ou régional selon les cas. Cette tendance à ne pas s'aventurer hors des frontières nationales pourrait s'expliquer en outre par le système de renvoi européen. En effet, les affaires les plus importantes en termes de chiffre d'affaires et de pays impliqués, et où le marché est par conséquent le plus susceptible d'être défini mondialement, tomberont la plupart du temps dans les seuils d'application européens. Ainsi, il n'est pas étonnant de constater que quasiment aucune affaire contrôlée par l'ADLC n'ait inclus un marché géographique mondial.

409.- Même si les lignes directrices japonaises ne mentionnent pas explicitement que le marché peut revêtir un caractère mondial (le terme « mondial » n'apparaissant à aucun instant), et bien que dans la majorité des opérations contrôlées par la JFTC le marché géographique soit limité au marché national, il existe toutefois des opérations où le marché est de dimension mondiale. Par exemple, dans la récente affaire concernant la création d'une entreprise commune entre BHP et Billington[357], la JFTC a défini le marché comme étant « le marché du commerce mondial sur mer »[358]. En effet, l'absence de production de minerai de fer au Japon, couplé au fait que l'ensemble du minerai de fer fourni au Japon est acheminé par voie maritime a amené la JFTC dans cette affaire à définir le marché géographique en fonction de l'offre, et plus particulièrement en fonction des méthodes d'approvisionnement du produit concerné.

410.- Il faut toutefois se garder de penser que l'analyse d'une opération de concentration ayant pour parties des entreprises non-japonaises exerçant au niveau mondial aura systématiquement un marché géographique mondial. Lors de l'acquisition d'actions de Varian Inc. par Agilent Inc.[359], deux entreprises américaines de fabrication et de vente

[355] COT et LA LAURENCIE, op. cit., p.188.
[356] Art. L.430-2 du Code de Commerce.
[357] JFTC, ビーエイチピー・ビリトン・ピーエルシー及びビーエイチピー・ビリトン・リミテッド並びにリオ・ティント・ピーエルシー及びリオ・ティント・リミテッドによる鉄鉱石の生産ジョイントベンチャーの設立 (affaire de création d'une entreprise commune de production de minerai de fer entre les entreprises BHP Billington et Rio Tinto)、平成２２年度主要事例１.
[358] en japonais 世界海上貿易市場.
[359] JFTC, アジレント・テクノロジーズ・インクによるバリアン・インクの株式取得 (Prise de participation d'Agilent dans Varian) , 平成２２年度主要事例 7.

d'appareils d'analyse de composition chimique, la JFTC, partant du principe que les deux entreprises commercialisent leurs produits au Japon *via* leurs succursales japonaises respectives, et que la demande japonaise ne se fournit pas à l'étranger pour des raisons de qualité et de proximité du service après-vente, a restreint le marché géographique au seul territoire japonais. Il est par ailleurs intéressant de constater que la Commission Européenne a retenu une conclusion identique lorsque l'affaire lui a été soumise, et a limité le marché géographique au simple espace économique européen alors que les parties estimaient évoluer sur un marché mondial[360]. Il est toutefois à noter que la décision de la JFTC étant intervenue après celle de la Commission Européenne, et en raison de la coopération entre ces deux autorités dans le cadre de cette affaire, l'utilisation d'un raisonnement identique pour définir le marché géographique est vraisemblablement dû à cette coopération.

411.- Il apparaît ainsi que les autorités japonaises évitent autant que possible une définition du marché mondial. L'explication d'une telle attitude est relativement simple, et montre bien la politique concurrentielle de la JFTC. Comme l'explique le professeur Shiraishi, lorsqu' une opération de concentration implique deux sociétés (souvent japonaises) possédant une forte part du marché japonais, mais une faible part du marché mondial, l'autorité japonaise aura tendance à contrôler l'opération en définissant un marché géographique restreint au marché japonais[361]. Par conséquent, l'opération aura de plus faibles chances d'être acceptée. Ainsi, là ou d'autres pays pourraient être tentés d'appliquer une politique concurrentielle dite « du champion national » et définiraient alors un marché mondial pour que l'opération de concentration soit acceptable, ce dans le but de créer des entreprises compétitives sur le plan international, la politique concurrentielle en termes de contrôle des concentrations au Japon a pour but principal la protection de l'intérêt des consommateurs japonais, et ce au détriment de la compétitivité internationale des entreprises japonaises. En raison du contexte de crise actuelle, cette inclination de politique concurrentielle pourrait toutefois être amenée à changer.

---

[360] COMP/M.5611 - AGILENT/ VARIAN, notamment le point 52 : *The market investigation did not confirm the view of the parties that the geographic scope of the product markets mentioned above is worldwide. Indeed, there is evidence from the market investigation that the competitive conditions are not homogenous between the EEA and the rest of the world. First, most of the customers having responded to the market investigation indicated a preference towards vendor proximity for instrument after sales services and training purposes. Only few customers on the different product markets have indicated within the market investigation that they would be willing to source on global basis if necessary, whereas the majority of customers would stick to suppliers in the EEA*

[361] SHIRAISHI, "企業結合規制と市場画定 » (*Contrôle des concentrations et définition du marché*)、in Jurist, n°1423, 1er juin 2011, p.49.

412.- Pour conclure sur la comparaison de la définition du marché géographique entre la France et le Japon, il ressort des analyses menées plus haut que la France est moins attachée à une définition systématique du marché géographique comme étant le marché national, et de par une ouverture plus grande à l'extérieur d'une part, et de son appartenance à l'Europe d'autre part, définit plus volontiers des marchés s'étendant au-delà des frontières nationales. Les situations où le marché défini est plus restreint que le marché national au Japon semblent concerner toujours les mêmes secteurs, à savoir les banques, les services médicaux et les produits pondéreux, secteurs pour lesquels le marché pertinent est souvent le marché régional. Si l'augmentation des seuils de notification pour une opération de concentration qui a eu lieu en 2009 limitera nécessairement le nombre d'opérations analysées par la JFTC, et par conséquent leur variété, il n'est pas sûr que l'on constate une recrudescence des situations où le marché géographique est régional ou local. En revanche, la volonté de la JFTC d'étendre le marché au-delà des frontières nationales pour être plus en phase avec la globalisation de l'économie devrait montrer, à l'avenir, une multiplication des affaires où le marché géographique est mondial.

Comme le montrent les développements précédents, quelle que soit l'autorité de contrôle, la notion de marché pertinent pose de nombreux problèmes de nature différente, et dont les autorités en charge du contrôle des concentrations s'accommodent faute de les résoudre. Des idées émergent cependant çà et là pour proposer des solutions plus ou moins radicales.

II. Les tentatives de solution aux problèmes posés par la notion de marché pertinent.

413.- Le problème principal de la notion de marché pertinent est avant tout la complexité et l'incertitude de sa définition. Que ce soit au niveau du marché des produits ou au niveau du marché géographique, le maniement de différents outils économétriques associé à des éléments plus subjectifs induit de nombreuses possibilités de définition du marché, aux conséquences qui peuvent s'avérer lourdes. Pour résoudre un tel problème, des propositions ont été faites pour définir le marché différemment (A), d'autres avis plus extrêmes se prononçant pour l'éviction pure et simple de la définition de marché pertinent, ou à tout le moins son utilisation partielle, uniquement lorsqu'elle peut s'avérer nécessaire (B).

A. Une caractérisation différente du marché.

414.- Avant d'aborder cette éventualité, il faut toutefois préciser en premier lieu qu'en l'état actuel de la doctrine économique, une modification de la méthode de définition du marché pertinent semble difficile. En effet, certains économistes revendiquent être extrêmement attachés à la définition du marché grâce au test SSNIP, certains allant même jusqu'à affirmer qu'il est la seule méthode pour définir correctement le pouvoir de marché de l'entreprise en cause, et au-delà le marché[362]. Une telle attitude rend forcément complexes les tentatives de juristes pour trouver des solutions alternatives dans un domaine du contrôle des concentrations où ce sont les économistes qui ont produit l'essentiel de la doctrine méthodologique.

Une solution envisageable pour mieux définir le marché serait par exemple d'utiliser de nouveaux critères ou de se baser sur de nouvelles théories, afin de mieux définir l'impact causé par une opération de concentration. Dans cette optique, l'une des théories avancées par le professeur Shiraishi et que l'on pourrait résumer par le concept de « définition du périmètre de la demande » (le mot « périmètre » devant s'entendre ici dans son sens large et abstrait, et non se limiter à son sens géographique)[363], offre à la fois une vision nouvelle et intéressante du processus actuel de définition du marché, et une éventuelle piste pour définir le marché autrement[364]. Tout d'abord, les méthodes actuelles de définition du marché pertinent, quelles qu'elles soient, s'attachent à un objectif principal, à savoir déterminer la puissance de marché de l'entreprise partie à la concentration, le plus souvent en venant examiner jusqu'à quel point les autres entreprises de ce marché viennent limiter cette puissance de marché (en l'empêchant de modifier les prix ou la qualité des produits à sa guise par exemple). Ainsi, bien que ce soit la substituabilité du point de vue de la demande qui soit retenue par les diverses autorités comme le critère principal de définition des marchés, l'objet de cette définition ne concerne pas tant la demande que l'offre, et par extension les offrants. Par conséquent, la définition du marché se base actuellement sur la définition du périmètre de l'offre, à savoir la détermination de toutes les entreprises susceptible de concurrencer les parties à l'opération.

[362] BISHOP et WALKER, op.cit., p. 114: *It should be stressed that defining relevant markets on a basis that does not concord with the conceptual framework of the Hypothetical Monopolist Test will, almost by definition, not take into account the main competitive constraints posed by demand-side and supply-side substitution and, in consequence, any market shares calculated will not provide, except purely by chance, any meaningful indication of market power.*

[363] en japonais 需要者の範囲の画定.

[364] SHIRAISHI, 企業結合規制と市場画定 , in Jurist, n°1423, 01.06.2011, p.47 et s.

415.- Le professeur Shiraishi estime, en opposition au modèle classique, qu'il faudrait que la définition du marché pertinent s'attarde davantage sur la définition du périmètre de la demande plutôt que sur la définition du périmètre de l'offre, celui-ci jugeant en la première plus importante que la seconde. L'un des premiers effets positifs de cette théorie, est qu'il ne serait alors plus nécessaire que le marché soit défini avec une extrême précision. En effet, dans une définition du marché qui ne s'attarderait pas sur les parts de marché des offrants, mais sur l'effet de l'opération de concentration sur la demande, peu importe que l'on décide d'inclure deux, trois ou dix entreprises dans le périmètre de l'offre. En revanche, le marché défini pourrait varier conséquemment en fonction de la demande retenue. Par exemple, si, sur le marché des ordinateurs, on retient amplement « les utilisateurs d'ordinateurs », ou plus étroitement « les utilisateurs d'ordinateurs équipés du système d'exploitation Mac OS », on aperçoit aisément les conséquences drastiques que cela pourrait avoir sur le marché dans certaines affaires. D'une manière générale, cela permettrait surtout de gagner du temps dans le processus de définition du marché, en s'attardant moins sur les entreprises concurrentes des parties à la concentration, pour se consacrer uniquement aux consommateurs concernés par l'opération.

416.- Cette théorie s'inscrit par ailleurs dans un courant de relativisation de la définition du marché pertinent qui semble être aussi à l'étude aux Etats-Unis. Ainsi, les lignes directrices américaines, dans leur version de 2010, lorsqu'elles évoquent les discriminations de prix et les clients visés, estiment que dans une situation où une entreprise pratique des prix discriminatoires, en faisant payer plus cher certains clients spécifiques car ceux-ci sont moins sensibles à des prix plus élevés que d'autres. Elles affirment en outre qu'une telle discrimination de prix peut avoir un effet sur la définition du marché, sur les parts de marché, et sur les effets anticoncurrentiels de l'opération observée[365]. Une telle démarche constitue alors un cas particulier de la définition du périmètre de la demande, qui souffre certes d'une difficulté d'utilisation à toutes les opérations de concentration, mais qui semble toutefois être actuellement l'une des pistes les plus intéressantes à suivre pour une évolution de la délimitation du marché pertinent. On ne trouve hélas pour le moment aucune réflexion de la sorte en France. Ce qui n'a du reste rien de très surprenant. En effet les autorités françaises étant encore très circonspectes sur le SSNIP, il apparaît ainsi compliqué que celles-ci se penchent sur ce qui semble être « l'étape suivante » dans la modernisation de la méthodologie concernant la délimitation du marché pertinent.

[365] U.S Department of Justice et FTC, Horizontal Merger Guidelines, 19 Aout 2010, point 3.

417.- Certains économistes vont encore plus loin dans leurs volontés de réforme, et au-delà d'une relativisation de la définition du marché pertinent, proposent un contrôle des concentrations affranchi de la notion de marché pertinent.

B. Vers l'abandon de la définition du marché pertinent ?

418.- Une fois de plus, il faut se tourner vers les Etats-Unis pour rencontrer ces théories suggérant l'abandon de la définition du marché pertinent, bien qu'elles puissent sembler extrêmes, tant l'examen d'une opération de concentration commence systématiquement par la définition du marché pertinent, et ce depuis plusieurs années. Suite à la publication des nouvelles lignes directrices américaines de 2010, Louis Kaplow a publié en 2011 un article concernant la définition du marché dans le cadre desdites lignes directrices[366], et dans lequel il démontre l'inutilité de définir le marché pertinent pour apprécier les effets potentiellement restrictifs de concurrence d'une opération de concentration. Kaplow approuve certes la position des nouvelles lignes directrices américaines, qui affirment que la définition du marché pertinent ne doit pas présenter un caractère systématique, mais estime que celles-ci ne vont pas assez loin lorsqu'elles considèrent que la définition du marché pertinent peut toujours s'avérer utile dans certaines affaires. Pour lui, le processus de définition des marchés ne devrait tout simplement pas être employé[367]. Le raisonnement de Kaplow tient en deux points principaux.

419.- Tout d'abord, il estime que la définition du marché pertinent, et conséquemment des parts de marché des entreprises que celui-ci inclut, n'a pas de sens lorsque des produits sont différenciés[368], ce qui est aujourd'hui le cas pour la majorité des biens de consommation, car les formules typiquement utilisées ne sont valides que pour des biens homogènes. En partant ensuite du postulat selon lequel la meilleure définition du marché est celle permettant de déduire le plus fidèlement possible le pouvoir de marché de l'entreprise en cause, il démontre que, quel que soit le marché choisi entre les diverses possibilités offertes, aucune de ces possibilités n'acceptera une appréciation exacte du pouvoir de marché aussi juste que si

[366] KAPLOW, *Market Definition and the Merger Guidelines*, Harvard John M. Olin Center for Law, Economics and Business, Discussion Paper No. 695, 05/2011.
[367] KAPLOW, Id. p.2.
[368] Des produits différenciés sont des produits répondant aux mêmes besoins, mais dont les caractéristiques en terme de qualité et d'image de marque permettent de les différencier les uns des autres, par opposition à des produits homogènes.

l'on décidait de s'affranchir de la définition du marché pour se concentrer uniquement sur l'appréciation du pouvoir de marché, rendant ainsi inutile de définir le marché en premier lieu.

420.- Deuxièmement, il s'attaque au test SSNIP, expliquant que la démarche du test, consistant à partir d'un groupe de produits et de voir si une hausse de prix de ces produits serait profitable, et à reproduire cette analyse avec un groupe de produits de plus en plus large tant que la hausse de prix est profitable, est inutile. Pour résumer schématiquement sa pensée, si la hausse de prix est profitable dès le marché le plus restreint (celui n'incluant que les produits des entreprises parties à la concentration), cela signifie que les entreprises auront un pouvoir de marché conséquent après la concentration, et il devient par conséquent inutile de définir le marché plus largement. De la même façon, si la hausse de prix n'est pas profitable, alors les entreprises concernées n'auront pas un pouvoir de marché supérieur après leur concentration réalisée, et il est alors inutile de poursuivre le test en prenant des marchés plus larges. En outre, il reproche à ce test de privilégier la détermination exacte d'un marché en sacrifiant la cohérence de ce dernier. Ces deux points corroborent alors le même fait, à savoir l'inutilité de la définition du marché pertinent pour apprécier le pouvoir de marché d'une entreprise.

420.- Si cet article démontre de manière efficace l'inutilité de la notion de marché pertinent, il ne propose en revanche aucune autre méthode alternative, et ne plaide pas pour une méthode alternative qui aurait déjà été expérimentée par une cour. Cela amène inévitablement la question de la nature de telles méthodes alternatives. L'une des méthodes qui semble être la plus facile d'utilisation et la plus pertinente dans son raisonnement est *l'Upward Price Pressure* (ci-dessous UPP), qui permet de déterminer facilement une éventuelle hausse des prix une fois l'opération de concentration réalisée dans une industrie de biens différenciés[369]. Le principe du test est relativement simple à comprendre. Lorsque deux entreprises fusionnent, le fait qu'elles ne se livrent plus concurrence tend à provoquer une hausse plus ou moins importante de leurs prix. Par contre, grâce à cette fusion, elles vont théoriquement améliorer leurs économies d'échelle, et par conséquent réduire leurs coûts marginaux, ce qui peut avoir pour effet la baisse des prix pratiqués. L'UPP sert donc à déterminer le rapport entre la hausse théorique des prix et leur hypothétique baisse, une opération de concentration ayant par conséquent des effets négatifs dès lors qu'elle entraîne une vraisemblable hausse des prix. Selon ses défenseurs, elle est à la fois plus pratique, plus

[369] FARRELL et SHAPIRO, *Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition*, FTC, février 2010.

simple et plus en accord avec la théorie économique que les méthodes fondées sur la définition du marché et mesurant sa concentration, bien qu'ils ne la considèrent pas pour autant comme une méthode idéale.

421.- Cette méthode, ainsi que d'autres du même acabit essayant de déterminer les hausses de prix conséquentes à une opération de concentrations, et connues en France sous la désignation générale de « simulations de fusions », semblent déjà être expérimentées par les autorités britanniques et par la Commission européenne[370]. Rien n'indique pour le moment de telles expérimentations en France et au Japon, bien que dans le cas français, il est fort probable qu'une utilisation de plus en plus fréquente de ces méthodes par la Commission finisse par amener leur introduction dans la pratique de l'ADLC. En ce qui concerne la pratique japonaise, rien n'indique que la JFTC ait expérimenté ce type de méthodes jusqu'à présent, mais le fait que ce genre de théories soit évoqué dans la doctrine japonaise[371], et l'utilisation probable de ces dernières par les autorités américaines et européennes laisse présager leur introduction, au moins à titre supplétif, dans la pratique de la JFTC au cours des années à venir. Espérons toutefois que si une telle introduction se réalise, les différentes autorités en charge du contrôle des concentrations mettront à jour leurs lignes directrices le plus tôt et de la manière la plus claire possible, en détaillant soigneusement la méthode appliquée, et à l'inverse de ce qui s'est produit avec le SSNIP, de manière uniforme pour l'ensemble des autorités.

422.- La comparaison des méthodes de définition des marchés et les réflexions sur ces dernières étant achevées, il convient désormais de se pencher sur l'analyse des effets anticoncurrentiels des opérations de concentration, et les diverses méthodes d'appréciation des autorités françaises, européennes et japonaises de concurrence.

[370] CURTO MILLET, « *Pouvoir de marché, monopole et concentrations. Quelle appréciation au-delà des parts de marché* ? » In Concurrences, N°1 – 2010, colloque « pouvoir de marché, monopole et concentrations », 9 décembre 2009, p. 4.

[371] Le professeur Shiraishi se range derrière l'avis de Kaplow et compte évoquer la relativisation de la définition du marché pertinent dans la prochaine édition de son manuel de droit de la concurrence.

Chapitre II : Les particularités nationales au sein du bilan de l'opération.

423.- Une fois la définition du marché établie, les autorités françaises, européennes et japonaises en charge du contrôle des concentrations se consacrent à ce qui constitue le cœur de l'analyse de ce type d'opération, et que l'on nomme communément le « bilan concurrentiel ». Cette analyse implique la décomposition de l'opération de concentration en ses différents aspects, avec pour objectif la détermination de l'ensemble des conséquences de l'opération sur l'équilibre concurrentiel. C'est véritablement lors de cette étape cruciale qu'une autorité de concurrence va estimer si un projet de concentration notifié doit être autorisé avec ou sans mesures correctives, ou refusée.

424.- Le résultat de ce bilan est alors confronté à la notion clé du contrôle des concentrations d'une autorité de contrôle donnée, et que l'on désigne généralement sous le terme de *test.* Ce test représente la règle fondamentale déterminant si une opération donnée est compatible ou non avec l'ordre concurrentiel qu'une autorité de contrôle entend préserver. Dans l'histoire du contrôle des concentrations, deux types de tests ont été utilisés.

425.- Le premier, le test de restriction substantielle de concurrence, est celui en vigueur aux Etats-Unis et au Japon[372], et se propose, comme son nom l'indique, de vérifier si une opération de concentration a pour conséquence une restriction substantielle de la concurrence sur le marché donné. Bien que cette notion soit contenue dans l'ensemble des articles de l'AML traitant du contrôle des concentrations, elle a été définie par la Cour d'Appel de Tokyo dans l'affaire de transfert d'actifs des cinémas Tôhô vue dans le titre I de cette partie. La Cour a ainsi défini la restriction substantielle de concurrence comme étant « *une réduction de la concurrence elle-même, au sein de laquelle une entreprise ou un groupe d'entreprises peuvent, par leur simple volonté, influencer librement les prix, la qualité, les quantités, ou encore toute autre condition générale, de telle sorte qu'elles se trouvent dans une situation où elles contrôlent le marché* ». Par conséquent, la notion de restriction substantielle de concurrence est au Japon intimement liée à celle de « pouvoir de contrôle du marché »[373] qui n'est autre que ce que l'on désigne en français sous le terme de pouvoir de marché, venant lui-même de l'anglais *market power*. En d'autres termes, le bilan au Japon consiste évaluer le pouvoir de marché de l'entreprise résultant de l'opération envisagée, et si

[372] En japonais sous le terme de 競争の実質的制限.
[373] En japonais 市場支配力

ce pouvoir de marché sera suffisamment important pour entraîner une restriction substantielle de concurrence[374].

426.- Le deuxième test, connu sous le nom de test de dominance, fut mis en place par le règlement CE 4064/89 sur les concentrations et instaurant le premier contrôle européen des concentrations. Ce test offrait une nouvelle approche du contrôle des concentrations, puisqu'une opération de concentration était alors interdite lorsque celle-ci avait pour conséquence la création ou le renforcement d'une position dominante sur un marché donné. Toutefois, après quelques années de pratique, ce test fut abandonné car il est vite apparu que certaines opérations, bien qu'ayant pour conséquence un pouvoir de marché important et dangereux d'un point de vue concurrentiel, étaient toutefois autorisées faute de constitution ou de renforcement d'une position dominante (phénomène désigné en anglais selon l'expression *enforcement gap*[375]).

427.- La Commission a alors réformé son test de manière à ce que celui-ci puisse davantage prendre en compte les risques de restriction substantielle de concurrence sans qu'il n'y ait de constitution ou de renforcement d'une position dominante. Elle utilise depuis le règlement CE 139/2004 un test hybride, le test SIEC (*Significant Impediment of Effective Competition* ou entrave significative à une concurrence efficace), censé être une clarification de l'ancien test de dominance, mais qui dans les faits produit des résultats très proches d'un test classique de restriction substantiel de la concurrence[376]. Le test utilisé par la France est similaire au SIEC, et ce, avant même que ce dernier ne soit introduit en droit européen. En effet, en droit français, la création ou le renforcement d'une position dominante n'a jamais été le critère principal du test, mais uniquement un des moyens possibles d'une atteinte à la concurrence, afin de rendre cette notion moins abstraite[377].

428.- La tâche pouvant s'avérer complexe selon les affaires, et par conséquent coûteuse en temps et en ressources, on comprendra alors mieux la présence de seuils pour éviter aux autorités de contrôle de s'attarder sur des opérations qui, de par leurs dimensions économiques, n'auront de toute façon que peu de chances de restreindre significativement la

[374] HAYASHI, 企業結合規制―独占禁止法による競争評価の理論 (*Le contrôle des concentrations – Théorie de l'appréciation de la concurrence dans le cadre de l'AML*), Shôji Hômu, 1ère ed., 2011, p.64.
[375] ROLLER et DE LA MANO, *The Impact of the New Substantive Test in Europen Merger Control*, in European Law Journal, Avril 2006, p.9.
[376] LITZELL, *The Appraisal of Collective Dominance under the Clarified Substantive Test of the New EC Merger Regulation*, in Selected Papers on European Law, ELSA, 2005 (1).
[377] VOGEL, *Le contrôle direct des opérations de concentration économique depuis l'ordonnance du 1er décembre 1986*, in J.C.P Ed. Ent, n° 5, 4 Février 1988, 15115.

concurrence. En outre, même parmi les opérations effectivement contrôlées, il suffit de se pencher sur la pratique décisionnelle des autorités pour voir que la profondeur des analyses menées, loin d'être fixe, est avant tout dictée par la complexité du marché défini et les diverses implications de l'opération envisagée. Ainsi, quelle que soit l'autorité, certaines décisions sont extrêmement courtes[378], alors que d'autres nécessitent des analyses plus longues et détaillées[379]. Une fois en possession des résultats de ces analyses, les autorités en charge du contrôle des concentrations doivent alors effectuer un bilan à proprement parler, et dont le but sera de mettre en balance à la fois les effets positifs de l'opération de concentration en cause, avec les effets néfastes de cette opération sur la concurrence, une opération de concentration n'étant pas systématiquement porteuse d'effets purement restrictifs de concurrence.

429.- A ce titre, les formes de bilan envisagées par les autorités ont évolué avec le temps. Ainsi, le contrôle des concentrations étant à la base un dispositif dont le but est de parer à la survenance d'une restriction de la concurrence, le bilan considéré était purement concurrentiel, et consistait à évaluer si les différents effets attendus d'une opération de concentration sont susceptibles ou non d'affecter la concurrence sur un marché donné . Cependant, ce modèle a connu une évolution principale, visant à prendre en considération des éléments économiques susceptibles d'apporter des effets bénéfiques en termes de dynamique du marché ou auprès des consommateurs finaux, dépassant ainsi le cadre de la simple analyse concurrentielle, et que l'on désigne souvent sous l'appellation de « bilan économique ». Il s'agit alors de détourner le contrôle des concentrations de son objet premier, pour se

[378] Pour la France, on peut par exemple relever l'ensemble des décisions impliquant la société ITM et concernant le rachat de petites sociétés de distribution régionales (voir la dernière en date, Décision n° 11-DCC-211 du 22 décembre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Fregau, Sofiane et Janelise par la société ITM Alimentaire Sud Est). Bien que les autorités japonaises ne publient qu'une faible partie des décisions qu'elles rendent en matière de contrôle des concentrations, certaines sont étonnamment courtes et peu détaillées, probablement pour illustrer justement les décisions ne posant pas de problèmes particuliers, comme par exemple la décision d'autorisation concernant l'intégration des activités de production d'éthylène entre les sociétés Asahi Kasei Chemical et Mitsubishi Chemical (旭化成ケミカルズ㈱と三菱化学㈱による水島地区におけるエチレン等製造事業の統合, 平成22年度主要事例３).

[379] Si en raison du partage de compétence avec la Commission européenne, les opérations les plus importantes et souvent les plus complexes finissent souvent par être analysées par cette dernière, l'ADLC a parfois l'occasion de mener des analyses approfondies (voir par exemple Décision n° 11-DCC-201 du 16 décembre 2011 relative à l'acquisition du contrôle exclusif de la société Financière Vivaldi SAS par Oaktree Capital Group LLC). Pour ce qui est de la JFTC, les opérations ayant une dimension internationale semblent celles méritant les analyses les plus détaillées, comme le montre la récente décision sur la création d'une entreprise commune entre BHP et Biliton (ビーエイチピー・ビリトン・ピーエルシー及びビーエイチピー・ビリトン・リミテッド並びにリオ・ティント・ピーエルシー及びリオ・ティント・リミテッドによる鉄鉱石の生産ジョイントベンチャーの設立, 平成 22 年度主要事例 1).

préoccuper non plus uniquement de la concurrence elle-même, mais d'intérêts économiques et sociaux pris dans une acception plus générale. Le bilan concurrentiel fait certes l'objet d'un consensus auprès des autorités de concurrence considérées ici (section 1), mais la notion de bilan économique ne semble pas encore atteindre un tel niveau d'homogénéité (section 2).

Section 1 : Une vision relativement similaire du bilan concurrentiel.

430.- Le bilan concurrentiel est donc la démarche consistant à déterminer tout d'abord dans quelle mesure une opération de concentration risque d'emporter des effets restrictifs de concurrence et d'évaluer leur importance. Il inclut pour ce faire de nombreux éléments extrêmement différents dans le but de déterminer au mieux l'ensemble des effets qu'une opération de concentration aura sur le marché défini au préalable. Si, comme il sera constaté par la suite, les autorités françaises et japonaises se soucient globalement des mêmes facteurs pour apprécier la portée d'une opération de concentration sur l'équilibre concurrentiel d'un marché donné, ces éléments ne sont pas méthodologiquement structurés de la même façon, et n'ont pas la même importance selon l'autorité considérée[380]. Ces éléments peuvent toutefois être répartis selon deux axes majeurs, à savoir ceux concernant les conséquences structurelles de l'opération (§1) et plus généralement ceux concernant les conséquences restrictives de concurrence (§2).

§1 L'analyse des conséquences structurelles de l'opération.

431.- Une opération de concentration, quelles que soient ses modalités, induit nécessairement des modifications structurelles pour les entreprises concernées, modifications dont la profondeur varie évidemment selon la nature de l'opération envisagée. Avant de s'attarder sur les conséquences structurelles d'une opération de concentration, il convient tout d'abord de rappeler le fait qu'une opération de concentration ne fait pas l'objet du même traitement selon qu'elle soit horizontale, verticale ou conglomérale (I). D'un point de vue

[380] Pour une étude comparative entre le bilan concurrentiel tel qu'il est mené par les autorités américaines et européennes de contrôle, voir VIALLARD, *Le critère d'appréciation substantielle des concentrations*, Collection Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz 2007, not. *Deuxième partie : La méthode du bilan économique général*.

structurel, la principale caractéristique d'une opération de concentration étant l'augmentation de la part de marché de l'entreprise fusionnée, ce sont les conséquences d'une telle augmentation qui doivent être analysées (II)

I Les différences de traitement selon la nature de l'opération.

432.- Les opérations de concentration sont traditionnellement réparties en trois types. Tout d'abord, les opérations horizontales, concernant les rapprochements entre entreprises exerçant au même niveau de production et qui ont pour conséquence la disparition d'un concurrent sur le marché. Pour cette raison, c'est le type d'opération considéré comme étant le plus dangereux. Ensuite, on trouve les opérations verticales, entre entreprises situées sur des marchés amont ou aval les unes des autres, et enfin les opérations conglomérales, entre entreprises exerçant à des niveaux de production et sur des marchés différents. Ces deux derniers types de concentrations ne présentent pas un risque de restriction concurrentiel aussi immédiat que celui causé par les opérations horizontales, puisque les parties à l'opération exercent leur activité sur des marchés différents. Toutefois, ils présentent des risques similaires de verrouillage des marchés résultant de la perte d'indépendance entre les entreprises parties à la concentration. L'étude des opérations horizontales (A), sera ainsi suivie de celle des entreprises verticales et conglomérales (B).

A. Les opérations horizontales.

433.- Il semble aux premiers abords que le contrôle des concentrations en tant que discipline porte une attention toute particulière aux opérations horizontales, mais cela n'a pas toujours été le cas. Ainsi, les premières lignes directrices à avoir été établies en la matière, à savoir celles publiées par la FTC en 1968 aux Etats-Unis sous le nom de *Merger Guidelines* consacrent certes une première partie aux opérations horizontales, mais elles possèdent également une partie sur les opérations verticales et une sur les opérations conglomérales[381], avec des développements extrêmement équilibrés en matière de taille et de contenu, laissant ainsi penser qu'il n'y avait pas, à l'époque de leur publication, de hiérarchie spécifique en termes d'atteinte concurrentielle entre ces différents types d'opération. Ce n'est qu'en 1982,

[381] US. DOJ, *1968 Merger Guidelines*, disponibles à cette adresse : http://www.justice.gov/atr/hmerger/11247.pdf.

avec l'adoption d'*Horizontal Merger Guidelines*[382], que les opérations horizontales furent particulièrement mises en avant. Lorsque, plus de vingt ans plus tard, la Commission européenne adopta ses propres lignes directrices, celles-ci furent également consacrées aux opérations horizontales[383].

434.- De façon fort étonnante au vu la position adoptée par ces deux autorités influentes en matière de droit de la concurrence et de contrôle des concentrations en général, les autorités françaises et japonaises adoptèrent des lignes directrices non limitées aux opérations de concentration horizontales, sur un modèle par conséquent plus proche de celui des premières lignes directrices américaines. Ainsi les opérations de concentration y font l'objet d'un traitement spécifique selon qu'elles sont horizontales, verticales ou conglomérales, différence plus marquée dans les lignes directrices de la JFTC, qui consacrent une partie spécifique aux restrictions concurrentielles conséquences d'une concentration horizontale[384], alors que les lignes directrices françaises les abordent en sous-partie des développements sur les effets non-coordonnés d'une concentration[385].

435.- On constate alors que les opérations horizontales n'étaient historiquement pas considérées comme ayant les conséquences les plus dommageables sur l'équilibre concurrentiel d'un marché, jusqu'à ce que les analyses micro-économiques poussées des lignes directrices américaines de 1982 ne viennent hiérarchiser considérablement les opérations de concentration en faisant des opérations horizontales les plus susceptible de causer des restrictions concurrentielles. La raison principale et la plus évidente d'un tel traitement est le fait que, lors d'une concentration horizontale, les entreprises se situant par définition sur un même marché, leur regroupement a de plus grandes chances d'aboutir à la création ou au renforcement d'une position dominante. En effet, de par leur concentration, leurs parts de marché s'additionnent, et l'un des acteurs du marché disparaît, entraînant ainsi une hausse de la concentration du marché en question, pouvant dans le pire des cas octroyer une position dominante à l'entreprise résultant de la concentration ou renforcer une position

[382] U.S. DOJ. et FTC, *U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines*, 10 juin 1982.
[383] Commission européenne, *Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises*, JOUE n° C 031 du 05/02/2004 p. 0005 - 0018. On note par ailleurs qu'un premier projet d' « orientations » concernant les concentrations horizontales avait été adopté par la Commission le 11 décembre 2002 puis soumis à consultation publique (voir le communiqué de presse IP/02/1856, disponible à cette adresse : http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/02/1856&format=HTML&aged=1&language=FR&guiLanguage=fr).
[384] Lignes directrices de la JFTC, 第４、*水平型企業結合による競争の実質的制限*.
[385] Lignes directrices de l'ADLC, V, D, p.84.

dominante préexistante. Même si la création ou le renforcement d'une position dominante n'est pas condamnable *per se*, et ne constitue pas un critère spécifique pour le Japon en tous cas[386], il s'agit tout de même d'un signe critique d'une forte concentration du marché et une source potentielle d'abus.

436.- Les autorités françaises et japonaises ont toutefois fait preuve de pragmatisme en adoptant des lignes directrices concernant à la fois des opérations horizontales, verticales et conglomérales.

B Les opérations verticales et conglomérales.

437.- Bien que les opérations de concentration verticales et conglomérales impliquent des entreprises ne se situant pas sur le même marché, celles-ci sont malgré tout susceptibles de causer des restrictions concurrentielles tout aussi néfastes que les opérations horizontales. A titre d'illustration d'une opération verticale, on peut citer l'affaire Vivendi/Canal +[387], affaire dans laquelle Vivendi, entreprise de production de programmes audiovisuels, a pris une participation dans la société Canal +, chaîne de télévision payante et dont l'activité consiste, entre autres, à diffuser du contenu audiovisuel. Il s'agit donc des opérations impliquant des entreprises dont la relation initiale est de type client-fournisseur. Les opérations conglomérales, elles, unissent des entreprises n'étant ni concurrentes sur un même marché, ni placées dans une relation de client à fournisseur, et servent en général à octroyer à l'entreprise résultant de l'opération une gamme de produits plus large. On peut citer à ce titre l'affaire récente Intel/Mc Affee contrôlée par la Commission européenne, et dans laquelle Intel, fabricant de puces informatiques, a pris le contrôle de Mc Affee, société de développement de logiciels de sécurité informatique[388].

438.- Les Etats-Unis, après avoir inclus les opérations verticales et conglomérales dans les lignes directrices de 1968, mirent ces dernières de côté en 1982 avant de leur consacrer des lignes directrices propres, et publièrent donc le 14 juin 1984 *Non-Horizontal Merger*

[386] C'était toutefois une des conditions cumulatives pour déclarer une opération de concentration incompatible avec le marché commun sous l'empire du règlement communautaire n°4064/89, et cela reste considéré comme une atteinte à la concurrence selon l'art.L 430-6 C. Cce.
[387] Sur cette affaire, voir Avis du Conseil de la concurrence n° 00-A-04 du 29 février 2000 relatif à l'acquisition par la société Vivendi de la participation de 15 % détenue par le groupe Richemont dans la société Canal +.
[388] Commission européenne, n° COMP/M.5984, 29 nov. 2010, Intel/McAfee.

Guidelines[389] afin de compléter les lignes directrices de 1982. Ainsi, lorsque la Commission européenne a adopté ses propres lignes directrices, elle aurait pu directement le faire via un texte regroupant à la fois les opérations horizontales verticales et conglomérales, mais au lieu d'utiliser les leçons tirées de l'expérience américaine, elle a préféré adopter la même politique et éditer des lignes directrices spécifiques pour les opérations non-horizontales, reprenant ainsi la terminologie du *Department of Justice* et de la FTC. Il est en outre assez surprenant de constater à quel point ces lignes directrices sont récentes, puisque l'avant-projet de ces dernières a été soumis à consultation publique de février à mai 2007, pour une adoption définitive le 18 octobre 2008[390].

439.- On peut donc affirmer qu'en termes de lignes directrices sur les opérations verticales et conglomérales, la DGCCRF a devancé la Commission européenne en incluant des dispositions sur ces dernières dès 2005. Il convient toutefois de relativiser ces propos lorsque l'on se penche sur le contenu des dispositions des lignes directrices de la DGCCRF de 2005 concernant les opérations conglomérales et verticales. En effet, les développements qui leurs sont consacrés sont beaucoup plus courts, moins détaillés et moins structurés que ceux visant les opérations horizontales, laissant entrevoir l'influence encore vive de l'idée selon laquelle ces opérations horizontales requièrent l'analyse d'une plus grande variété d'effets éventuels[391]. Cette conception semble désormais atténuée, les lignes directrices de 2009 accompagnant la création de l'ADLC consacrant désormais de riches développements sur les effets spécifiques des opérations verticales et conglomérales[392]. De par les abondantes références à la pratique décisionnelle européenne ainsi qu'aux lignes directrices non horizontales de la Commission européenne, on peut raisonnablement penser que l'adoption des celles-ci par la commission l'année précédant l'entrée en vigueur des nouvelles lignes françaises a fortement influencé ces dernières, et considérablement contribué à ce gain en finesse des analyses.

440.- On ne constate hélas pas la même évolution dans la finesse de l'analyse en ce qui concerne les lignes directrices japonaises, qui même dans leur dernière version, consacrent des développements beaucoup plus élaborés aux opérations horizontales qu'aux opérations

[389] U.S. DOJ et FTC, *Non-Horizontal Merger Guidelines*, 14 juin 1984.
[390] Commission Européenne, *Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE n° C 265 du 18/10/2008 p. 0006 - 0025*
[391] DGCCRF, Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, 15 juillet 2005, 3.2.2.2.5 et 3.2.2.2.6.
[392] Lignes directrices de l'ADLC, partie V, E et F.

verticales et conglomérales, celles-ci ne faisant en outre pas l'objet de parties distinctes. La JFTC justifie ce traitement par le fait que « les opérations verticales et conglomérales n'entraînant pas de diminution du nombre des concurrents sur un marché, leur influence sur ledit marché est comparativement moins importante que celle que peut avoir une opération de concentration horizontale »[393]. On peut donc rapprocher sur ce point les conceptions américaines et japonaises qui privilégient avant tout le degré concentration d'un marché comme facteur d'une éventuelle restriction concurrentielle, et ne semblent pas avoir l'intention de moderniser leur conception[394].

441.- Si la conception des Etats-Unis et du Japon semblent un peu rétrogrades au regard des évolutions doctrinales que la matière a connu en Europe par exemple, il est cependant indéniable que les opérations horizontales sont celles où la part de marché est la plus susceptible d'augmenter, entraînant un certain nombre de conséquences sur l'équilibre concurrentiel du marché en cause.

II Les conséquences de l'augmentation de la part de marché.

442.- L'importance de la définition du marché telle qu'elle a été soulignée précédemment vient avant tout du rôle que jouent les parts de marché lors de l'analyse d'une opération de concentration. En effet, que ce soit aussi bien en France qu'au Japon, les calculs de parts de marché ont toujours été réalisés pour apprécier le pouvoir de marché de l'entreprise concernée par la concentration, l'évolution se situant principalement au niveau de l'utilisation de ces parts de marché. La part de marché, associée à d'autres données telles que la présence de barrières à l'entrée ou la pression des imports, permettra alors de livrer des informations précieuses sur le pouvoir de marché de l'entreprise résultant de la concentration, qui correspond à sa capacité à imposer les prix ou les conditions commerciales sans que cela sanctionné par une perte de clients ou une baisse de ses ventes.

[393] Lignes directrices de la JFTC, 第５.
[394] Les lignes directrices non horizontales américaines n'ont d'ailleurs jamais fait l'objet d'une quelconque réforme depuis leur création en 1984, alors même que celles sur les opérations horizontales ont connu des réformes en 1992 et en 2010. Interrogées lors de cette réforme de 2010, les autorités américaines ont affirmé qu'elles n'avaient toujours pas l'intention de modifier les lignes directrices sur les opérations non-horizontales, provoquant la déception et les critiques d'une partie de la doctrine. Sur ce point, voir l'article publié sur le site mainjustice.com suivant et rapportant les propos de la FTC : http://www.mainjustice.com/2010/06/11/changes-for-vertical-merger-guidelines/

Souvent utilisées telles qu'elles (A) par le passé, elles ont ensuite été traitées de plus en plus dans le cadre de l'indice HHI (B).

A L'utilisation directe des parts de marché.

443.- Dans les opérations de concentration horizontales, le calcul des parts de marché respectives des entreprises parties à la concentration est essentiel à plusieurs titres, et on constate ici une utilisation différente des parts de marché entre les autorités françaises et japonaises de contrôle. Avant de se pencher en détail sur les utilisations des parts de marché, on constate déjà une légère différence méthodologique entre les lignes directrices de l'ADLC et celles de la JFTC concernant le calcul même de ces parts de marché. Alors que les lignes directrices françaises expliquent de manière relativement détaillée les modalités de calcul des parts de marché ainsi que leur appréciation par l'ADLC[395], la JFTC aborde cet aspect sous la forme d'une note beaucoup plus brève[396], ressemblant davantage à une précision apportée qu'à une réelle explication de la méthode à appliquer. En outre, là où l'autorité française affirme privilégier le calcul de la part de marché en faisant le rapport du chiffre d'affaires des entreprises parties à la concentration sur le chiffre d'affaires total du marché considéré, avec pour certains secteurs très précis un recours au calcul de la part de marché en fonction des quantités des produits inclus dans le marché écoulées, les autorités japonaises elles adoptent une position inverse, à savoir un calcul des parts de marché fondé en principe sur les quantités de produits écoulées, avec un recours au chiffre d'affaires uniquement lorsqu'il y a des différences importantes dans le prix des produits, ou lorsque les entreprises concernées ont pour habitude d'évaluer leurs performances en chiffre d'affaires plutôt qu'en quantités écoulées.

444.- En ce qui concerne leur utilisation, il convient de préciser au préalable que les parts de marché des entreprises parties à la concentration ne sont pas considérées séparément, ce dans les deux pays. Une fois les parts de marché desdites entreprises calculées, elles sont traditionnellement additionnées afin d'estimer la part de marché détenue par l'entreprise fusionnée une fois l'opération de concentration réalisée[397]. Cette part de marché elle-même est

[395] Lignes directrices de l'ADLC, points 159 à 162.
[396] Lignes directrices de la JFTC, 第４、（３）、注５
[397] Les lignes directrices de la JFTC mentionnent « les parts de marché des groupes d'entreprises concernés après l'opération de concentration » (企業結合後の当事会社グループの市場シェア) ; l'ADLC utilise l'expression similaire de « part de marché de l'entreprise résultant de l'opération) v. *supra* note 17 et 18.

utilisée différemment selon l'autorité. La France à ce sujet détermine un certain nombre de seuils de parts de marché pour lesquels une opération de concentration n'est en principe pas considérée comme étant de nature à affecter la concurrence sur le marché en question, seuils empruntés ici aussi à la pratique européenne en la matière, et s'élevant 25% pour une concentration horizontale, et de 30% pour une opération verticale. En dessous de ces seuils, l'opération est alors réputée ne pas nécessiter d'analyses plus approfondies, et sera vraisemblablement autorisée. Comme abordé plus tard, le Japon préfère des seuils de HHI aux seuils de parts de marché pour déterminer si une opération nécessite ou non des analyses plus détaillées en matière de concentration horizontale, mais a recours à un seuil en parts de marché pour exclure le danger d'une restriction substantielle de concurrence pour les opérations verticales et conglomérales, seuil de 10% pour un des produits des entreprises concernées[398].

445.- La différence entre les deux autorités ne s'arrête pas là. En effet, les autorités japonaises, outre la part de marché elle-même, portent une grande attention à la position de cette part de marché par rapport à celle des autres entreprises du marché concerné et ont pour habitude de montrer dans les décisions publiées le classement des entreprises du marché concerné pour une décision donnée. Cette tendance s'explique par le fait que, jusqu'en 2001, les autorités japonaises utilisaient communément l'indice de concentration CR3 [399] (*concentration ratio* 3, parts de marché cumulées des trois premières entreprises) en tant qu'indice de concentration du marché[400]. Même si, dans les décisions récentes, le CR3 n'est plus expressément calculé, l'indice de référence concernant la concentration du marché étant désormais le HHI, on trouve dans chaque décision publiée un premier classement intégrant les entreprises parties à l'opération de concentration avant que celle-ci ne soit réalisée, ainsi le même classement avec les parts de marché desdites entreprises additionnées.

446.- On note par ailleurs que la Commission européenne a parfois recours à des *concentration ratio* lorsqu'elle commande des enquêtes sectorielles sur le degré de concentration de certains marchés de l'Union[401], mais ne semble pas y avoir eu réellement recours dans le cadre d'une décision de contrôle des concentrations. D'une manière générale,

[398] Lignes directrices de la JFTC, 第 5 , 1, (3),①.
[399] Il est à noter que le *concentration ratio* n'implique pas nécessairement de prendre en compte les trois premières firmes du marché.
[400] KAWAHAMA et al., op.cit., p.189.
[401] Voir par exemple le rapport présenté à la DG Comp le 26 février 2007 intitulé *Structure and Performance of Six European Wholesale Electricity Markets in 2003, 2004 and* 2005, plus précisément *Part I – Methodology and Results of Belgium and France.*

si les décisions françaises montrent parfois clairement les changements intervenant dans les parts de marché des entreprises concernées avant et après réalisation de concentration selon le produit concerné[402], elles ne proposent que très rarement les parts de marché des principaux concurrents des entreprises parties à l'opération de concentration, bien qu'elles mentionnent leur existence[403], et n'ont vraisemblablement jamais eu recours au *concentration ratio* pour apprécier le degré de concentration du marché.

447.- On constate par conséquent que l'existence de seuils clairement définis en parts de marché dans la pratique française incitent à une utilisation plus absolue de la notion de part de marché, là où les autorités japonaises ont davantage tendance à l'utiliser de manière relative, en insistant davantage sur les parts de marché des entreprises en concurrence avec les parties à la concentration. Les conséquences de telles différences sont limitées par l'utilisation dans les deux pays de l'indice HHI.

B L'utilisation des parts de marché dans le cadre de l'indice Herfindahl–Hirschman (HHI).

447.- La méthode de cet indice, originellement proposée par Albert O. Hirschman dans son ouvrage *National Power and the Structure of Foreign Trade* dès 1945[404], ne fut redécouverte qu'en 1950 par Orris C. Herfindahl qui l'appliqua pour analyser le degré de concentration de l'industrie américaine de l'acier[405]. Bien que d'abord créditée à Herfindahl, Hirschman en réclama la paternité dans un article de 1964[406], ce qui explique que cet indice est traditionnellement désigné par leurs deux noms, bien que ces deux économistes n'aient à aucun moment collaboré pour le définir. Cette méthode consiste à additionner les carrés des parts de marché des entreprises concurrentes sur un marché donné, la valeur maximale étant

[402] Pour un exemple récent, voir la décision n° 11-DCC-13 du 31 janvier 2011 relative à la prise de contrôle exclusif par Bolloré Energie d'une branche d'activité de la société les Combustibles de Normandie, p. 6-7.
[403] Dans la décision n° 11-DCC-11 du 27 janvier 2011 relative au rapprochement du Groupe Aprionis et du Groupe Vauban Humanis, l'ADLC énumère ainsi l'ensemble des concurrents de l'entreprise fusionnée sur les divers marchés concernés sans préciser leurs parts de marché.
[404] HIRSCHMAN, *National Power and the Structure of Foreign Trade*, University of California Press, ltd., 1945, p.98 et s. L'indice avait alors été utilisé pour mesurer la concentration du commerce effectué par les grands Etats commerciaux au sein de pays moins puissants sur le plan commercial.
[405] HERFINDAHL, *Concentration in the U.S. Steel Industry*, dissertation doctorale non-publiée, Columbia University, 1950.
[406] HIRSCHMAN, *The Paternity of an Index*, in *The American Economic Review*, Vol. 54, No. 5 (Sep., 1964), p. 761.

de 10.000 dans la situation où un marché serait monopolisé par une seule entreprise y détenant 100% de parts de marché.

448.- Comme souvent avec ce genre d'indice économétrique, ce sont les Etats-Unis qui l'utilisèrent en premier en remplacement des *concentration ratios*, et officialisèrent sa pratique dès les lignes directrices américaines de 1982[407]. Cet indice mit un certain temps avant d'être adopté par les autorités en charge du contrôle des concentrations d'autres pays. Ici aussi, c'est d'abord la Commission européenne qui a suggéré l'utilisation du HHI comme indice de concentration du marché dans ses lignes directrices sur les accords de coopération horizontale[408], et qui l'a mentionné et utilisé aux mêmes fins dans ses lignes directrices concernant les opérations de concentration horizontales de 2004[409]. Etonnante coïncidence, c'est aussi en 2004 que la JFTC a adopté de nouvelles lignes directrices concernant le contrôle des concentrations dans lesquelles le HHI fut introduit comme indice de référence pour apprécier de la concentration d'un marché[410]. La France quant à elle se rangea de manière explicite derrière la position de la Commission européenne et adopta cet indice dès les lignes directrices de la DGCCRF de 2005[411].

449.- Bien évidemment, le fait que le HHI soit présent dans les lignes directrices françaises, japonaises et européennes n'induit pas forcément une utilisation identique de ce dernier. Les autorités japonaises, en modelant leur utilisation sur leurs homologues américaines, leur accordent ainsi la plus grande importance, puisqu'elles utilisent le HHI pour déterminer des « *safe harbors* », équivalents aux seuils d'exemption en parts de marché retenus par la pratique française. Ainsi, les lignes directrices japonaises établissent respectivement pour les opérations horizontales d'une part[412], puis pour les opérations verticales et conglomérales d'autre part[413] les situations pour lesquelles l'opération de concentration envisagée sera réputée ne pas restreindre substantiellement la concurrence[414], situations correspondant à des seuils prenant en compte la valeur du HHI après opération,

[407] CALKINS, *The New Merger Guidelines and the Herfindahl-Hirschman Index*, in California Law Review, vol. 71, 1983, p. 402 et s.
[408] Communication de la Commission du 6 janvier 2001 portant lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 CE aux accords de coopération horizontale, JOCE n° C 3, 06/01/2001.
[409] Commission européenne, lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOCE *n° C 031 du 05/02/2004, point 16.*
[410] JFTC, 企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針, 31 mai 2004.
[411] DGCCRF, Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, 15 juillet 2005,point 289.
[412] Lignes directrices de la JFTC, 第 4 , 1, (3)
[413] Lignes directrices de la JFTC, 第 5 , 1, (3)
[414]En japonais 競争の実質的制限することとならない場合

accompagnés le cas échéant de l'augmentation du HHI induite par l'opération. Pour les opérations horizontales, trois configurations sont possibles.

450.- Lorsque le HHI après opération est inférieur à 1500, lorsqu'il est compris entre 1500 et 2500 et que l'augmentation du HHI est inférieure à 250, et lorsqu'il est supérieur à 2500 mais que l'augmentation du HHI est inférieure à 150. Pour les opérations verticales et conglomérales, comme vu précédemment, il existe un seuil en part de marché, auquel s'ajoute un seuil mixte pour la situation où un HHI est inférieur à 2500 et où les parts de marché des produits commercialisés par les entreprises parties à la concentration sont inférieures à 25%. Concernant la fonctionnalité de tels seuils, les statistiques fournies par la JFTC pour l'année 2010[415]montrent que sur 74 opérations notifiées ayant fait l'objet d'un calcul de HHI, 25 se situaient dans la zone franche des *safe harbors*, se voyant ainsi autorisées sans investigations poussées de la part de la JFTC. Sachant que pour la même année 2010, 265 opérations de concentration ont été notifiées à la JFTC, ces seuils ne se sont toutefois avérés utiles que pour 10% des opérations notifiées à peine.

451.- L'utilisation faite par la France de l'indice HHI est quant à elle beaucoup plus épisodique. D'une part, la pratique française est calquée là encore sur la pratique européenne sans ambigüité, les lignes directrices de l'ADLC reprenant celles de la Commission à ce sujet[416]. De par l'existence de seuils en parts de marché et de l'absence de consignes particulières quant à l'utilisation du HHI, mentionné comme un simple outil supplétif pour définir la concentration des marchés, on se rend bien compte que la France ne le considère pas comme un indice indispensable pour définir la concentration du marché. Il n'est pas totalement absent de la pratique française pour autant, et se retrouve épisodiquement dans certaines décisions de l'ADLC. Lorsque c'est le cas, l'autorité française applique la méthodologie de la Commission européenne, en prenant en compte à la fois le HHI post-opération et l'augmentation subie par le HHI au cours de l'opération[417]. Il est possible que

[415] JFTC, 平成２２年度の企業結合審査の実績について, in **平成２２年度における主要な企業結合事例について**, 2010, p. 75.
[416] Lignes directrices de l'ADLC, point 345.
[417] Par exemple, dans le secteur de la distribution de matériel électrique aux professionnels, *décision n° 10-DCC-65 du 29 juin 2010 relative à la prise de contrôle exclusif de la société C3F par la société Sonepar France*, point 26 : *Le degré de concentration des acheteurs sur chaque marché sera quasiment inchangé par l'opération, dans la mesure où l'incrément de part d'achat qui en résulte est à chaque fois faible. Le tableau suivant montre que l'indice IHH après la concentration sera compris sur chaque marché entre 1000 et 2000, avec un delta pré/post-opération largement inférieur à 250, ce qui comme l'indique le point 345 des lignes directrices de l'Autorité sur le contrôle des concentrations, rend peu probable la possibilité que surviennent des problèmes de concurrence à l'issue de l'opération.*

l'ADLC utilise le HHI plus fréquemment qu'il n'y paraît, mais il est certain que la publication de ces résultats au sein des décisions reste anecdotique.

452.- De par l'attitude radicalement différente de la JFTC et de l'ADLC vis-à-vis du HHI, il convient de situer celle de la Commission européenne. On constate ici une attitude se rapprochant par certains côtés de celle adoptée par les autorités japonaises et américaines, avec toutefois certaines réserves. En effet, les lignes directrices de la Commission sur les opérations horizontales estiment qu'une opération de concentration ne posera pas de problème à la concurrence si le HHI associé est inférieur à 1000, s'il se situe entre 1000 et 2000 avec une augmentation de HHI de moins de 250, et enfin s'il est supérieur à 2000 avec une augmentation de HHI de moins de 150. De plus, à l'instar des lignes directrices japonaises, la Commission, dans ses lignes directrices de 2008 sur les opérations non horizontales suggère aussi un seuil mixte en HHI et part de marché, considérant qu'une opération non horizontale ne présente pas de risque de limitation concurrentiel quand le HHI est inférieur à 2000 et que la part de marché de l'entreprise issue de l'opération est inférieure à 30%[418].

453.- La première différence avec les *safe harbors* japonais concerne les chiffres, plus faibles, et indiquant par conséquent un contrôle plus strict. En outre, alors qu'au Japon une opération remplissant les critères de ces *safe harbors* sera systématiquement autorisée, la Commission ne fera de même que pour une opération assortie d'un HHI inférieur à 1000, et énonce un certain nombre de cas particuliers pour lesquels une opération, même remplissant les autres critères, fera l'objet d'analyses approfondies[419]. Ces conditions prennent en compte l'évolution future des parties à la fusion, les parts de marché des parties, la présence de détentions croisées, le caractère de franc-tireur (*maverick*) d'une entreprise peu encline à participer à des collusions horizontales ou encore la trace passée de telles collusions. Sur le plan de la pratique, le HHI est toutefois réservé aux décisions les plus complexes, ayant des implications sur plusieurs marchés de produits dans plusieurs aires géographiques différentes,

[418] Commission européenne, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOCE n° C 265 du 18/10/2008, point 25.
[419] Commission européenne, lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOCE *n° C 031 du 05/02/2004, point 20.*

non pas comme un critère décisif, mais plutôt pour donner une première idée de l'éventuelle dangerosité de l'opération sur le plan concurrentiel[420].

454.- Bien que ses qualités en termes d'évaluation de la concentration d'un marché et de l'impact d'une opération sur la concurrence soient reconnues, le HHI fait également l'objet d'une utilisation inégale selon les autorités. Totalement intégré au système japonais dans le cadre des *safe harbors*, pris en compte par la Commission de manière souple dans ce qui a parfois été considéré comme des « *soft safe harbors* »[421], et utilisé de manière épisodique en France, cet indice offre malgré tout une meilleure vision de la concentration du marché par rapport à de simples parts de marché. Le fait qu'il nécessite davantage d'informations que ces dernières pour sa mise en place laisse cependant deviner qu'ici aussi, les autorités françaises ne considèreront vraisemblablement pas la mise en place de *safe harbors*.

455.- Après avoir envisagé les différentes analyses préliminaires du marché, il convient désormais de se pencher sur les restrictions concurrentielles à proprement parler.

§2 les effets de la concentration susceptibles de porter atteinte à la concurrence.

456.- Une opération de concentration a pour effet immédiat une diminution du nombre d'acteurs sur le marché pertinent, une augmentation de la concentration du marché concerné ainsi que de la part de marché de l'entreprise fusionnée et par conséquent une augmentation du pouvoir de marché cette dernière. Concrètement, ce pouvoir de marché nouvellement acquis ou renforcé va offrir davantage de possibilités et de liberté à l'entreprise fusionnée, certaines de ces possibilités ayant des effets restrictifs de concurrence. Devant la grande variété de ces effets néfastes pour la concurrence, les autorités françaises, japonaises et européennes ont traditionnellement pour habitude de les repartir en deux grandes catégories, les effets unilatéraux d'un côté (I) et les effets coordonnés de l'autre (II).

[420] Par exemple, dans la décision COMP/M.5658 – Unilever/Sara Lee du 17 novembre 2010, le HHI fut employé pour certains produits afin de confirmer l'absence de problème concurrentiel de ces derniers (voir notamment le point 1096).
[421] VEROUDEN, Concentration Indices and Market Shares in the EU Horizontal Merger Guidelines, in FTC and U.S. DOJ Merger Enforcement Workshop, Washington, DC, 17-19 février 2004.

I Les effets unilatéraux.

457.- La nécessité d'utiliser une telle notion en matière de contrôle des concentrations est venue du constat qu'une opération de concentration peut induire des effets néfastes sur l'équilibre concurrentiel du marché sans qu'il y ait nécessairement création d'une position dominante[422]. Ces effets peuvent être causés par certains facteurs liés à l'entreprise fusionnée et ses concurrents sur le marché (A) et être contrebalancés ou amplifiés par d'autres caractéristiques du marché lui-même (B).

A. Les caractéristiques des entreprises sur le marché.

458.- Comme l'indique leur nom, et à l'inverse des effets coordonnés, les effets unilatéraux impliquent une absence de bouleversement fondamental de l'équilibre concurrentiel du marché. Les différentes entreprises présentes sur un marché donné vont continuer à se livrer concurrence, seulement l'intensité de cette dernière est susceptible d'être moins importante[423]. Il convient d'abord de souligner que la notion d'effets unilatéraux ne s'est étendue à l'ensemble des autorités concernées par cette étude que tardivement. Introduite par les lignes directrices américaines de 1992[424]. Ce n'est qu'en 2004 que cette notion sera incluse à la fois dans les nouvelles lignes directrices européennes et dans les lignes directrices japonaises. La France a pour sa part connu une première utilisation de cette notion en 2002 par la DGCCRF[425], soit avant son introduction en Europe, fait relativement inhabituel puisque c'est souvent la Commission qui a d'abord innové en la matière avant d'être suivie par la France. Cette exception s'explique simplement par le fait que, jusqu'en 2004 avec l'adoption du nouveau « règlement concentrations », la Commission européenne se bornait à constater ou non le risque de création ou de renforcement d'une position dominante, le règlement 4064/89 alors en vigueur ne mentionnant pas d'autre type d'atteinte à la concurrence. La loi française, dès 1986, était déjà plus pragmatique et permissive, puisque la création ou le

[422] COT et LA LAURENCIE, op. cit., p. 280.
[423] FALL & NIKPAY, op.cit., p. 479.
[424] U.S DOJ et FTC, Horizontal Merger Guidelines, 2 avril 1992, paragraphe 2.2.
[425] THEOPHILE et SIMIC, L'analyse des effets unilatéraux des concentrations horizontales par les autorités françaises de concurrence, in Contrats Concurrence Consommation n° 12, Décembre 2006.

renforcement d'une position dominante étaient certes cités dans la loi, mais davantage à titre d'illustration[426].

459.- La différence majeure entre la conception européenne et française d'une part, et la conception japonaise d'autre part, concerne la notion de position dominante, qui, si elle reste centrale en droit français et européen, n'existe pas en droit japonais, ou n'est du moins pas formulée en ces termes. Les lignes directrices japonaises expliquent clairement que la part de marché ainsi que la position de l'entreprise fusionnée au sein du marché sont prises en compte[427], ce qui démontre bien évidemment une considération du pouvoir de marché de l'entreprise fusionnée de la part des autorités japonaises, mais de façon beaucoup plus générale et sans chercher une éventuelle qualification de position dominante. La France, pour sa part, utilise aussi l'addition des parts de marché en tant que critère d'évaluation des effets unilatéraux, dans des modalités relativement différentes de celles employées au Japon, puisque l'attention est davantage portée sur la valeur de la part de marché avec des illustrations chiffrées précises (une part de marché de plus de 50% peut constituer un indice d'un fort pouvoir de marché, alors qu'une part de moins de 25% emporte à l'inverse une présomption de non atteinte à la concurrence[428]) que sur le classement de l'entreprise fusionnée au sein du marché.

460.- Cette préoccupation de l'augmentation du pouvoir de marché issu de l'opération de concentration n'a en outre rien d'étonnant. En effet, une des premières conséquences prévisible d'une opération de concentration est une modification des prix ou des quantités produites par l'entreprise fusionnée par rapport à leurs niveaux avant fusion. Ainsi, comme l'expliquent les lignes directrices françaises comme japonaises, le simple fait que deux entreprises fusionnent provoque logiquement la disparition d'un des concurrents sur le marché, et par conséquent supprime une des alternatives disponibles pour le client ou le consommateur final en cas de hausse de prix ou de diminution des quantités commercialisées.

461.- Force est de constater que sur d'autres aspects, les autorités françaises et japonaises ont une conception similaire des effets unilatéraux. Le degré de concurrence s'exerçant sur le marché est ainsi examiné sous plusieurs angles. Tout d'abord, les autorités

[426] Ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986, relative à la liberté des prix et de la concurrence, art.38 : « Tout projet de concentration ou toute concentration de nature à porter atteinte à la concurrence notamment par création ou renforcement d'une position dominante peut être soumis, par le ministre chargé de l'économie, à l'avis du Conseil de la concurrence. »
[427] Lignes directrices de la JFTC, 第４、２、(１)、ア.
[428] Lignes directrices de l'ADLC, points 357, 358 et 360.

procèdent à une analyse historique du marché, afin d'évaluer si avant l'opération de concentration, les entreprises concernées se livraient une concurrence acharnée, ou au contraire plus passive, l'arrêt soudain de la relation de concurrence entre ces dernières ayant d'autant plus d'effets négatifs sur l'ensemble de la dynamique concurrentielle du marché que l'une des entreprises concernées était en position de *maverick* incitant l'ensemble des acteurs du marché à se livrer concurrence[429].

462.- L'ADLC comme la JFTC portent ensuite leur attention sur le caractère différencié ou homogène des produits concernés par l'opération de concentration. Bien que n'étant pas un facteur susceptible de provoquer des effets unilatéraux en soi, les enjeux concurrentiels sur un marché de produits homogènes sont différents de ceux sur un marché de produits différenciés. Lorsque les produits sont homogènes, le pouvoir de marché d'une entreprise peut difficilement lui permettre d'augmenter ses prix, puisque si ses concurrents n'augmentent pas les leurs, la demande se reportera sur les produits les moins chers. Ce seront alors les capacités de production d'une entreprise et son aptitude à fournir un maximum de clients qui constitueront réellement son pouvoir de marché. En présence d'un marché de produits différenciés, avec des marques ayant une image forte auprès des consommateurs, ces derniers, en cas de hausse des prix des produits de leur marque favorite A, vont se reporter vers ceux de la marque B qu'ils estiment être les plus proches substituts de la marque A. Par conséquent, si les entreprises parties à la concentration sont celles qui produisent les produits A et B, et qu'aucune autre entreprise ne propose de produit réellement substituable, une augmentation des prix des produits A entrainant un report partiel vers les produits B n'aura aucune conséquence négative pour l'entreprise fusionnée qui verra au contraire ses bénéfices augmenter[430].

463.- Les autorités portent alors leur attention sur les autres entreprises présentes sur le marché, essentiellement pour déterminer si celles-ci ont les moyens de contrebalancer l'augmentation éventuelle de pouvoir de marché de l'entreprise issue de la concentration. Pour ce faire, sont prises en compte les parts de marché de ces entreprises, la différence entre leurs parts de marché et celles de l'entreprise fusionnée, mais aussi les capacités de production de ces concurrents, notamment pour des marchés de produits homogènes. La différence entre les lignes directrices françaises et japonaises est ici purement méthodologique, puisque les autorités françaises regroupent tous ces aspects sous la dénomination de

[429] Lignes directrices de l'ADLC, points 365 à 367 ; lignes directrices de la JFTC, 第４、２、(１)、イ.
[430] Lignes directrices de l'ADLC, point 363 ; lignes directrices de la JFTC, 第 4、１、(１)、ア et イ.

« pression concurrentielle exercée par les concurrents subsistant sur le marché », alors que leurs homologues nippones les traitent séparément, sans qu'aucune différence majeure ne soit à déplorer en termes de contenu[431]. Concernant les effets unilatéraux dans les concentrations verticales et conglomérales, ceux-ci sont plus limités, et concernent essentiellement les risques de « verrouillage » : en fusionnant, les entreprises en amont peuvent priver leurs concurrents d'un client potentiel, et celles en aval risquent d'empêcher leurs concurrents de traiter avec le fournisseur qu'elles ont intégré[432].

464.- Ainsi, à l'exception de la notion de position dominante, dont la présence est surtout due à l'importance que celle-ci avait auparavant en droit européen, on constate ici que le concept d'effets unilatéraux est admis à la fois en France et au Japon, et dans des modalités identiques. D'un point de vue pratique, il convient toutefois de rappeler que ces effets restrictifs de concurrence, bien qu'ils fassent l'objet d'une très grande attention dans les lignes directrices françaises et japonaises, ne concernent dans les faits qu'un nombre minime d'opérations. En général, ceux-ci sont constatés dans les opérations faisant l'objet d'analyses approfondies dans le cadre d'une procédure dite de phase II.

465.- L'examen des effets unilatéraux d'une concentration entre entreprises implique également une analyse de facteurs sans rapport direct avec les concurrents des entreprises fusionnées.

B. Les facteurs non liés aux entreprises en concurrence sur le marché.

466.- Le premier facteur important pris en compte par les autorités en charge du contrôle des concentrations après avoir analysé l'état de la concurrence sur le marché au moment de la notification d'une opération va concerner ce qui est généralement désigné sous le terme de « concurrence potentielle ». Il s'agit ici de déterminer la possibilité pour de nouvelles entreprises d'entrer sur le marché, et d'identifier pour ce faire les éléments susceptibles de gêner cette nouvelle entrée.

467.- Ces éléments, connus sous le nom de barrières à l'entrée, sont analysés à la fois par les autorités japonaises et françaises. Ce concept est traité par la JFTC à travers la notion

[431] Lignes directrices de l'ADLC, point 368 à 373 ; lignes directrices de la JFTC, 第４、２、(１)、エ et オ.
[432] Lignes directrices de l'ADLC, point 393 ; lignes directrices de la JFTC, 第５、１、（１）

plus générale « d'entrée »[433] et fait l'objet d'une attention toute particulière dans les lignes directrices japonaises[434]. Pour déterminer la présence de barrières à l'entrée, la JFTC prend en compte quatre facteurs, à savoir la présence de régulations rendant difficile l'entrée sur le marché, les difficultés pratiques d'accéder au marché, la substituabilité des produits des nouveaux entrants par rapport à ceux des entreprises anciennement présentes sur le marché, et enfin la possibilité d'entrer sur le marché en cas de hausse des prix des produits effectuée par les entreprises parties à la concentration. On constate toutefois que ces quatre aspects des barrières à l'entrée constituent en réalité plus des illustrations des formes que peuvent revêtir les barrières à l'entrée et n'ont pas un caractère contraignant.

468.- Dans la pratique, la JFTC apprécie quasi-systématiquement (du moins dans les décisions publiées) la pénétrabilité du marché de manière assez pragmatique et prenant en compte de nombreux facteurs différents. La nécessité d'avoir recours à une technologie brevetée ou d'en inventer une nouvelle pour entrer sur le marché des acrylamides utilisés dans l'industrie du papier fut ainsi relevée dans une décision[435]. Dans une autre affaire, la JFTC a estimé que le marché japonais du coke de pétrole connaissait d'importantes barrières à l'entrée de par la difficulté pour un nouvel entrant de s'équiper en infrastructure, d'acquérir le savoir-faire nécessaire à une production de qualité, et de constituer un réseau de commercialisation[436]. Elle a en revanche considéré que le marché des semi-conducteurs possédait des barrières à l'entrée peu élevées en raison du faible investissement nécessaire en termes d'infrastructures de production et de la dynamique d'innovation constante dans ce marché[437].

469.- L'ADLC semble avoir une conception similaire de la notion de barrières à l'entrée, et y attache également une importance systématique dans les affaires de concentration[438], mais aborde la question de manière beaucoup plus exhaustive dans ses lignes directrices[439]. La concurrence potentielle y est ainsi traitée essentiellement au travers de la notion de barrière à l'entrée, avec pour toute différence vis-à-vis de la JFTC un appui certain

[433] En japonais 参入.
[434] Lignes directrices de la JFTC, 第４、２、(３)
[435] JFTC, ㈱三菱ケミカルホールディングスによる三菱レイヨン㈱の株式取得 (Affaire de prise de participation de Mitsubishi Chemical Holdings dans Mitsubishi Rayon), 平成 21 年度主要事例１.
[436] JFTC, 新日本石油㈱と新日鉱ホールディングス㈱の経営統合, (Affaire d'intégration des entreprises Shin Nihon Sekiyu et Shin Nikkô Holdings)平成 21 年度主要事例２.
[437] JFTC, ＮＥＣエレクトロニクス㈱及び㈱ルネサステクノロジの合併 (Affaire de fusion entre les sociétés NEC Electronics et Lunesas Technology), 平成 21 年度主要事例６.
[438] Conseil de la Concurrence, *Rapport Annuel 2006*, étude thématique « les barrières à l'entrée », p.139.
[439] Lignes directrices de l'ADLC, points 377 à 390.

sur le risque supporté par l'entreprise réalisant des investissements irrécupérables en cas d'échec commercial après son entrée sur le marché, sorte de « barrière à la sortie » susceptible de dissuader les nouveaux entrants potentiels sur un marché donné[440]. Le fait que la JFTC et l'ADLC traitent avec la même importance, et dans les mêmes termes la notion de barrières à l'entrée n'est en outre pas très surprenant, puisqu'il s'agit d'une question ancienne et faisant désormais l'objet d'un certain consensus du point de vue de la théorique économique. En effet, la théorie des « marché contestables », ici aussi mise au jour dans la doctrine économique anglo-saxonne[441], définie comme le fait pour une entreprise de venir « contester » un marché donné en concurrençant de manière efficace les entreprises déjà installées sur le marché, celles-ci ayant en général un avantage en termes d'infrastructure, d'image de marque et d'expérience, en pratiquant par exemple des prix plus bas, est largement connue et employée par les autorités en charge du contrôle des concentrations depuis de nombreuses années, de par sa place dans la théorie industrielle d'après-guerre[442]. Par conséquent, les barrières à l'entrée sont également un élément déterminant d'appréciation du pouvoir de marché des entreprises déjà présentes sur le marché.

470.- En ce qui concerne les opérations conglomérales, les lignes directrices françaises, de par la différenciation marquée qu'elles font entre ces dernières et les opérations verticales, présentent d'avantage d'éventualités que les lignes directrices japonaises (effets de gamme et de portefeuille, risques de ventes liées et effets de levier)[443], mais les deux autorités évoquent la disparition d'un concurrent potentiel comme effet unilatéral possible d'une opération de concentration conglomérale[444]. Par « disparition d'un concurrent potentiel », il faut comprendre que les parties à la concentration auraient pu devenir des concurrents sur l'un des marchés où l'une d'elles a une activité au bout d'un certain temps, mais que cette concurrence potentielle ne s'exercera pas, puisque les entreprises qui auraient dû se livrer concurrence vont finalement s'associer.

471.- La seule véritable différence entre le raisonnement de la JFTC et celui de l'ADLC en matière de concurrence potentielle concerne le traitement des imports. Alors qu'en France, les produits importés sont directement intégrés au marché lors de la définition

[440] Lignes directrices de l'ADLC, point 380.
[441] BAUMOL, PANZAR, et WILLIG, *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, Harcourt College Pub, 1982.
[442] DEMSETZ, *Barriers to Entry*, in *The American Economic Review*, Vol. 72, No. 1., mars 1982, p. 47.
[443] Lignes directrices de l'ADLC, points 422 à 439.
[444] Lignes directrices de l'ADLC, points 440 à 446 ; Lignes directrices de la JFTC, 第５、２、(１)、ウ.

de ce dernier, les autorités japonaises ont tendance à définir un marché dont la taille ne dépassera que rarement les frontières nationales, et vont examiner les imports du point de vue de la concurrence potentielle, dans des modalités similaires à celles employées pour les entrées[445]. Les quatre éléments d'évaluation des barrières à l'entrée cités ci-dessus sont repris dans des modalités identiques, et comme pour l'analyse des barrières à l'entrée, la pression potentiellement exercée par les importations font l'objet d'un examen systématique dans l'ensemble des décisions. Cette manière de traiter les imports comme un élément de concurrence potentielle et non comme un élément de concurrence avéré, en incluant les produits importés dans le marché pertinent, montre à la fois que la JFTC réalise pleinement le caractère fermé et difficile d'entrée pour les entreprises étrangères du marché japonais dans son ensemble, et aussi que l'autorité japonaise prend tout à fait au sérieux la question des importations et lui consacre une attention toute particulière, intention qui se manifeste en outre dans le renforcement de cette notion dans les lignes directrices de 2004 et des précisions apportés à celle-ci d dans les lignes directrices de 2007[446].

472.- Les autorités en charge du contrôle des concentrations se penchent aussi sur les effets coordonnées d'une opération de concentration.

II Les effets coordonnés.

473.- A l'inverse des effets unilatéraux analysés précédemment, la notion d'effets coordonnés suppose que l'opération de concentration est susceptible d'encourager les comportements coordonnés entre les différents acteurs présents sur le marché, avec dans le pire des cas des risques d'entente. L'examen des éléments indicateurs d'éventuels comportements coordonnés (A) sera suivi du traitement spécifique dont les entreprises communes font l'objet en droit français et japonais (B)

A. Les éléments constitutifs des effets coordonnés.

474.- La survenance de tels effets coordonnés dépend principalement de deux éléments, à savoir le degré de concentration du marché en cause, et l'intérêt des entreprises

[445] Lignes directrices de la JFTC, 第４、２、(２).
[446] UESUGI et. al., op. cit., pp. 121 et 203-206.

présentes sur ledit marché à adopter un comportement coordonné[447]. La France et le Japon ont toutefois des méthodologies différentes pour déterminer si une opération de concentration emporte des effets coordonnés.

475.- La doctrine française en la matière est fortement influencée par la pratique décisionnelle européenne à ce sujet. Ainsi les lignes directrices françaises se réfèrent principalement aux trois critères utilisés par la Commission Européenne dans l'arrêt Airtour, à savoir la connaissance des comportements des autres entreprises sur le marché, l'incitation à ne pas dévier de la ligne de conduite commune adoptée tacitement (ce qui implique entre autres la présence de mécanismes punitifs, ou tout du moins dissuasifs), et enfin l'impossibilité pour les concurrents extérieurs à ces comportements collusifs, qu'ils soient actuels ou potentiels, ainsi que pour les consommateurs, de modifier une telle situation[448]. La doctrine européenne s'étant enrichie du critère de compréhension du fonctionnement des « règles » de la coordination dans l'arrêt dit « Impala » (la coordination étant tacite, l'entreprise doit avoir les moyens d'en comprendre les modalités, en se basant simplement sur les informations à sa disposition)[449], les lignes directrices françaises de 2009 posent par conséquent quatre conditions pour déterminer l'éventualité d'effets coordonnés, conditions dont la présence se vérifie grâce à un certain nombre d'indices pour chacune d'entre elles, et qui doivent être appréciées de manière globale[450].

476.- Ces conditions sont donc la condition de compréhension, correspondant au critère mis au jour dans l'arrêt Impala, la condition de détection, qui permet à chaque membre de l'oligopole collusif de connaître des actions des autres membres et d'identifier les éventuels comportements déviants, la condition de dissuasion, consistant en une possibilité de punition sévère directe ou indirecte des actions déviantes par rapport à la ligne de conduite de la collusion (en d'autre termes, la capacité de faire perdre des profits à une entreprise qui essaierait de « trahir » les autres membres du monopole collusif), et enfin la condition de non-contestation, qui apparaît comme l'absence d'acteurs susceptibles de perturber les activités du monopole collusif (*mavericks*, concurrence potentielle)[451].

[447] KAWAHAMA et al., op. cit., p.188
[448] TPICE, Affaire T-342/99, Airtours plc contre Commission des Communautés européennes, 6 juin 2002, point 62.
[449] CJUE, Affaire C-413/06 P, Bertelsmann AG, Sony Corporation of America / Commission des Communautés européennes, Independent Music Publishers and Labels Association (Impala, association internationale), Sony BMG Music Entertainment BV, 10 juillet 2008, point 123.
[450] Lignes directrices de l'ADLC, point 459.
[451] Lignes directrices de l'ADLC, points 460 à 467.

477.- Les lignes directrices japonaises, si elles connaissent la notion d'effets coordonnés[452], ne l'envisagent pas du tout de la même manière. En effet, alors que la conception française et européenne traitent les effets coordonnés différemment des effets unilatéraux, en employant des conditions d'existence bien spécifiques pour en déterminer l'existence, la JFTC traite les effets coordonnés comme les effets unilatéraux, et utilise ainsi une méthode de détermination identique pour les deux types d'effets.

478.- On retrouve d'abord l'analyse des concurrents et de leur position sur le marché, pour laquelle la JFTC examine successivement le nombre de concurrents, la concurrence passée entre les parties à la concentration ainsi que les capacités de production excédentaires des concurrents.

479.- Elle procède ensuite à l'analyse des « conditions réelles de transaction »[453], regroupant les conditions de transaction, dans lesquelles on trouve la capacité pour les entreprises de connaître avec précision la situation de leurs concurrents et donc de prédire leurs décisions, ou encore le caractère, important ou peu élevé, ponctuel ou au contraire régulier des transactions (des transactions importantes et ponctuelles étant moins susceptibles de comportements coordonnés que des transactions moindres mais régulières), les fluctuations de la demande et des innovations technologiques, la stabilité technologique ou le maintien de la demande à un niveau constant étant des éléments en faveur de comportements coordonnés, et la situation de la concurrence passée sur l'ensemble du marché, une fois de plus pour vérifier si celle-ci s'est exercée vivement ou à l'inverse sans profond bouleversement en termes de parts de marché ou de prix.

480.- Enfin, la JFTC prend en compte l'existence de concurrence potentielle comme dans le cas des effets unilatéraux, c'est-à-dire en analysant les imports, les entrées sur le marché, et la pression concurrentielle des marchés adjacents.

481.- Certains auteurs estiment toutefois que les autorités japonaises envisagent les effets coordonnés en se basant sur certaines caractéristiques du marché, à l'image de la doctrine européenne, mais ne l'expriment pas clairement dans les lignes directrices[454]. On pourrait alors regrouper les divers critères d'analyse ci-dessus selon trois caractéristiques principales. Tout d'abord, la transparence du marché, permettant une appréhension aisée des

[452] Lignes directrices de la JFTC, 第４、３.
[453]En japonais 取引の実態
[454] UESUGI et. al., op. cit., p.200.

informations concernant les divers acteurs dudit marché et facilitant ainsi leur collusion tacite, ensuite la fréquence et l'échelle des transactions, et enfin les fluctuations de la demande et des coûts. On peut par conséquent rapprocher la notion de transparence de marché des conditions de compréhension et de détection posées par la doctrine européenne et française, et dans une moindre mesure celles de non contestation et de fluctuation de la demande et des coûts, mais il reste alors une différence assez importante au niveau de la condition de dissuasion. Cette notion est en effet totalement absente de l'analyse de la JFTC, et son utilité est réfutée par certains auteurs estimant qu'hormis les marchés où les prix font l'objet d'une régulation empêchant leur libre fixation, il n'existe aucun marché dans lequel un acteur peut se voir dissuadé de baisser ses prix[455].

482.- Toutefois, si sur le plan doctrinal des efforts sont faits pour différencier la théorie des effets unilatéraux de celles des effets coordonnés, comme c'est le cas aux Etats-Unis et en Europe, tout en conservant certaines spécificités propres, l'analyse des décisions rendues par la JFTC montre cependant que l'absence d'effets coordonnés se fonde, dans la majorité des opérations, sur les mêmes critères que ceux utilisés dans le cadre des effets unilatéraux [456] , et que le constat de la présence d'effets unilatéraux s'accompagne systématiquement de la présence d'effets coordonnés, ce qui montre à quel point la notion n'est pas traitée de manière indépendante par la JFTC. Cette tendance semble par ailleurs se renforcer, les effets unilatéraux et coordonnés étant de plus en plus traités ensemble, sans aucune distinction ni dans la forme des décisions, ni dans le raisonnement appliqué[457]. On constate par conséquent une très grande différence sur cette question entre les autorités françaises et japonaises sur ce point, et il apparaîtrait comme appréciable que les autorités japonaises affinent leur méthode d'appréciation sur cette question, ce d'autant plus que le Japon a une forte histoire de comportements coordonnés, implicites ou non.

Les autorités françaises et japonaises se rejoignent toutefois sur la nécessité de traiter spécifiquement les effets coordonnés dans le cas des entreprises communes.

[455] UESUGI et. al., op.cit., p.202.
[456] Voir par exemple, 旭化成ケミカルズ（株）及び日本化薬（株）の産業用火薬事業の統合, 平成19年度主要事例３.
[457] 旭化成ケミカルズ㈱と三菱化学㈱による水島地区におけるエチレン等製造事業の統合, 平成２２年主要事例３.

B. L'entreprise commune source d'effets coordonnés.

483.- La création d'une entreprise commune, en ce qu'elle permet à deux entreprises parfois concurrentes directes d'intégrer une partie de leur activité préexistante ou la création de nouvelles activités communes semble logiquement constituer une source potentielle d'effets coordonnés, plus particulièrement entre les maisons-mères. Pour cette raison, les entreprises communes font l'objet d'un traitement particulier par les autorités françaises et japonaises en ce qui concerne les effets coordonnés. Une fois de plus, ce traitement particulier obéit à des modalités différentes[458].

484.- Ici aussi, la pratique française en la matière est calquée sur la méthode européenne[459], qui a posé trois conditions cumulatives pour que la création d'une entreprise commune soit considérée comme susceptible de provoquer des effets coordonnés, à savoir un lien de causalité, une condition de vraisemblance (il faut qu'une telle coordination soit rentable pour les sociétés mères) et un effet sensible sur le marché. Bien évidemment, outre ces conditions, la situation du marché est préalablement analysée, notamment les parts de marché des sociétés-mères, et si celles-ci s'avèrent suffisamment importantes pour qu'il y ait un risque d'effets coordonnées, d'autres éléments structurels extrêmement variés peuvent être pris en compte, éléments cités de manière non-exhaustive et sans hiérarchie apparente par les lignes directrices françaises, ce qui laisse supposer une utilisation de ceux-ci au cas par cas[460].

485.- Les lignes directrices japonaises fondent leur analyse des effets coordonnés de la création d'une entreprise commune selon une dichotomie entre les situations « d'intégration totale » et celles « d'intégration partielle ». Bien que la notion d'entreprise commune de plein exercice n'existe pas en droit japonais, La JFTC reconnaît que, dans le cas où la totalité d'une activité des sociétés-mères est confiée à une entreprise commune gérée de manière indépendante (intégration totale), les risques de coordination entre les sociétés mères et la société fille, ainsi qu'entre les sociétés mères elles-mêmes sont faibles[461]. En revanche, les situations d'intégration partielle d'une activité, comme par exemple la simple fabrication d'un produit, sa vente étant assurée séparément par les sociétés-mères, les risques de coordination sont alors jugés plus importants, mais une intégration partielle n'implique pas

[458] Les questions générales relatives aux entreprises communes sont traitées dans le titre I de la première partie de cette thèse.
[459] Lignes directrices de l'ADLC, point 475.
[460] Lignes directrices de l'ADLC, point 483.
[461] Lignes directrices de la JFTC, 第４、２、(１)、ウ pour les opérations horizontales, 第４、３、(１)、エ pour les opérations verticales et conglomérales.

systématiquement des effets coordonnés pour autant. La JFTC examinera alors en détail et au cas par cas la nature des relations contractuelles entre les sociétés mères et la société fille, ainsi que l'existence éventuelle de relations contractuelles entre les sociétés mères.

486.- Il existe également une différence importante en matière d'application de ces principes. Alors que la France applique systématiquement aux affaires de création d'entreprises communes la méthode décrite ci-dessus[462] , l'examen des rares décisions japonaises publiées en la matière montre que la JFTC ne se sert pas des notions d'intégration totale ou partielle, et procède avec les entreprises communes de la même façon qu'avec les autres formes de concentration pour évaluer les effets coordonnés[463], ce qui pose la question de l'utilité de telles précisions au sein de ses lignes directrices. Du fait de la publication partielle à la fois des décisions et de leur contenu (la JFTC ne décrit pas ses méthodes d'évaluation avec autant de précision que l'ADLC ou la Commission européenne), il n'est pas totalement impossible que la JFTC prenne effectivement en compte le degré d'intégration d'une activité donnée lors de la création d'une entreprise commune, mais il s'agit de toute évidence d'un élément mineur dans la construction de son raisonnement.

487.- En conclusion générale sur cette section, on constate que les autorités françaises et japonaises ont une même vision des principes généraux de l'atteinte à la concurrence, et attachent une importance similaire à la concentration du marché et au pouvoir de marché de l'entité issue de la concentration. Elles examinent toutes deux les effets potentiels d'une opération de concentration en distinguant à la fois les effets unilatéraux et coordonnés, et différencient les opérations selon qu'elles soient horizontales, verticales ou conglomérales. Les méthodes d'appréciation de la JFTC sont cependant assez différentes de celles de l'ADLC, et force est de constater que l'autorité française fait preuve de davantage de clarté et de rigueur, tant au niveau de l'effort pédagogique réalisé dans ses lignes directrices qu'en terme de contenu des décisions. On peut toutefois placer à la décharge de la JFTC qu'elle ne peut pas se reposer aussi facilement que le fait l'ADLC sur la pratique européenne pour combler ses propres lacunes, ou, à tout le moins, qu'elle ne peut pas le faire aussi explicitement que l'ADLC.

[462] La pratique décisionnelle récente le prouve encore, voir à ce titre la décision de l'ADLC n° 11-DCC-207 du 22 décembre 2011 relative à la création d'une entreprise commune de plein exercice par les sociétés Nexity et UFG-LFP, notamment les points 37 à 45.

[463] Voir par exemple JFTC, 旭化成ケミカルズ（株）及び日本化薬（株）の産業用火薬事業の統合 (Affaire d'intégration des activités d'explosifs à usage industriel des sociétés Asahi Kasei Chemicals et Nihon Kayaku), 平成 19 年度主要事例３.

488.- Les différences entre la conception française et japonaise du contrôle des concentrations est encore plus importante en termes de bilan économique.

Section 2 : Des différences dans l'importance attachée au bilan économique.

489.- Il convient en premier lieu de souligner que l'idée selon laquelle une opération de concentration peut avoir des effets positifs sur la concurrence, et que ceux-ci peuvent même atténuer les effets négatifs de celle-ci, est non pas une éventualité prévue par le législateur, mais le résultat d'une évolution jurisprudentielle. En France, cette notion n'était pas présente dans l'ordonnance de 1986, et est apparue relativement plus tard sous l'impulsion du Conseil de la Concurrence, dont la pratique a évolué progressivement jusqu'à admettre un tel bilan en 1993[464]. Sa pratique est restée constante depuis. Au Japon, le principe existe également, mais a intégré relativement tard les dispositions sur le contrôle des concentrations. Ainsi, la notion d'efficience pour une opération de concentration ne présentant pas à priori de danger de restriction concurrentielle, et permettant ainsi à une entreprise de venir concurrencer les entreprises dominantes sur un marché, est mentionnée dans les lignes directrices depuis 2004, mais le fait que de tels gains d'efficience puissent venir contrebalancer les effets négatifs avérés d'une opération de concentration n'a été ajouté aux lignes directrices japonaises qu'en 2007[465], et ne semble pas, comme nous le constaterons par la suite, avoir totalement imprégné la pratique japonaise.

490.- Dans les deux pays, les gains d'efficience sont considérés comme étant le principal effet économiquement bénéfique d'une opération de concentration (§1) mais on constate également des tentatives de promotion d'effets bénéfiques sur le plan social (§2), ce qui amène à s'interroger sur le but réel du contrôle des concentrations.

§1 Les gains d'efficience.

491.- La concentration entre deux entreprises emporte comme conséquence principale sur le plan économique la mise en commun de leurs capacités de production qui leur permet de ce fait de produire plus, et ainsi de réduire les coûts de production pour que ceux-ci se

[464] COT et LA LAURENCIE, op. cit., p. 259.
[465] KAWAHAMA et. al., op.cit., p. 178-179.

rapprochent du coût marginal. En dépit des présomptions de hausse des prix suite à la concentration, conséquence de l'augmentation du pouvoir de marché de l'entreprise fusionnée, une opération de concentration peut alors parfois avoir pour conséquence attendue une baisse des prix résultant de ces gains d'efficience. L'examen détaillé de cette notion (I) aide à une meilleure compréhension de l'utilisation qui en est faite par les autorités de concurrence (II).

I La notion de gain d'efficience.

492.- Comme souvent dans l'évaluation d'une opération de concentration et de ses effets potentiels sur la concurrence, la théorie économique est également à l'origine de cette conception de gains d'efficience. Pour appréhender pleinement ce phénomène, il convient d'abord d'analyser les enseignements de la théorie économique en la matière (A) pour ensuite voir de quelle façon celle-ci a été incorporée au contrôle des concentrations (B).

A. Les enseignements de la théorie économique.

493.- Le concept de gains d'efficience est apparu en théorie économique lorsque les économistes se sont penchés sur les effets qu'une opération de concentration peut avoir sur le bien-être des entreprises comme sur celui de la demande. Il est ainsi apparu qu'une entreprise fusionnée produit en général un volume de produits inférieur à celui produit avant fusion par les deux entités prises séparément, et réalise des bénéfices meilleurs que ceux réalisés avant fusion grâce aux baisses de coûts de production engendrées par la fusion[466]. Il a ensuite été démontré que dans certaines configurations de marché oligopolistique de biens homogènes (ce qui est communément appelé « oligopole de Cournot »), une opération de concentration peut tout à fait résulter en une baisse des prix venant compenser, voire dépasser la hausse des prix due à l'augmentation du pouvoir de marché de l'entreprise fusionnée. Cet effet bénéfique d'une fusion n'est toutefois possible que si la fusion crée des synergies permettant aux entreprises fusionnées une utilisation plus efficiente de leurs moyens de production que lorsqu'elles produisaient leurs biens séparément[467]. De telles synergies résultent ainsi d'une meilleure utilisation des ressources fixes des deux entreprises, comme par exemple le partage

[466] PERRY et PORTER, *Oligopoly and the Incentive for Horizontal Merger*, in The American Economic Review, Vol. 75, No. 1., Mars 1985, p. 219 à 227.
[467] FARRELL et SHAPIRO, *Horizontal Mergers : An Equilibrium Analysis*, in The American Economic Review, Vol. 80, No. 1, Mars 1990, p. 107 à 126.

du savoir-faire, des résultats de recherche et développement, l'ajustement des lignes de productions ou encore une meilleure puissance d'achat[468].

494.- Les gains d'efficience sont de deux sortes. Il existe d'un côté les gains d'efficience dits « statiques », ceux qui ne se produisent qu'une seule fois, après que la fusion soit effectivement achevée, et que l'on peut résumer par l'ensemble des synergies résultant de la restructuration des entreprises (la réduction du personnel dirigeant sur le plan des ressources humaines, ou encore la fermeture de sites de production devenus inutiles), et les gains d'efficience « dynamiques », qui sont en général des synergies de recherche et de développement susceptibles de se produire plusieurs fois (si toutefois ils se produisent effectivement) . Si les seconds, de par leur récurrence, produisent davantage d'effets bénéfiques pour les consommateurs que les premiers, la difficulté de leur prévisibilité avant que l'opération de concentration ne se réalise, et par conséquent leur implémentation dans le contrôle des concentrations est complexe, bien que soutenue par l'OCDE[469].

495.- Enfin, une différence est faite en matière d'efficiences entre les efficiences affectant les coûts fixes, et les efficiences affectant les coûts marginaux (également appelés coûts variables). Les réductions des coûts fixes sont celles liées à la meilleure gestion des ressources et des sites de production, tandis que les réductions du coût marginal sont celles qui font que la dernière unité produite coûte moins cher à produire que l'unité précédente. Ainsi, on considère traditionnellement que les efficiences permettant une réduction des coûts fixes n'incitent pas les entreprises à baisser leurs prix, l'efficience n'étant alors bénéfique qu'aux entreprises fusionnées, alors que les efficiences permettant une baisse du coût marginal ont une probabilité plus grande d'induire une baisse des prix, bénéfique pour la concurrence sur le marché et pour les consommateurs finaux[470].

496.- Il est par conséquent indéniable que l'absence d'une prise en compte de ces effets bénéfiques pour le consommateur constitue à la fois une perte pour l'équilibre concurrentiel futur du marché et une sorte d'injustice pour une entreprise dont la fusion n'est pas uniquement porteuse d'effets restrictifs de concurrence. Les autorités en charge du contrôle des concentrations l'ont bien compris et ont logiquement entrepris d'intégrer ce principe au sein de leur dispositif de contrôle.

---

[468] Bishop and Walker, op. cit., p.412.
[469] OCDE, Fusions et gains d'efficience dynamique, in Synthèses, octobre 2008.
[470] FLOCHEL, *La prise en compte des gains d'efficacité dans le contrôle des concentrations horizontales* in Les gains d'efficacité et les arguments pro‑concurrentiels en matière de concentrations et de pratiques unilatérales, Concurrences, N° 2 – 2010, p.10.

B. L'incorporation de ce raisonnement au sein des contrôles américain et européen des concentrations.

497.- La première apparition de la notion d'efficience dans le cadre du contrôle des concentrations fut aux Etats-Unis, et ne fut alors pas tant une invention des autorités en charge du contrôle des concentrations qu'un moyen de défense de certaines opérations de concentration, qui bien que tenté à plusieurs reprises n'a pas eu le même succès selon les périodes. La Cour Suprême des Etats-Unis semble elle-même reconnaître, de manière implicite, et ce dès les premières affaires de concentration jugées sous l'empire du Sherman Act, qu'une opération de concentration entraînant des gains d'efficience suffisants pour induire une baisse de prix des produits pourrait être autorisée[471].

498.- Ainsi, les avocats chargés de la défense d'opérations de concentration essayant de défendre les projets contrevenant à la législation antitrust américaine en invoquant les efficiences éventuellement produites par lesdites opérations, lorsqu'en 1968 la FTC et le Department of Justice publièrent pour la première fois des lignes directrices concernant les opérations horizontales, celles-ci s'employèrent d'avantage à souligner le caractère exceptionnel de l'acceptation d'une telle *efficiency defense* et à préciser les raisons pour lesquelles une telle défense peut difficilement être prise en considération qu'à réellement expliquer dans quelles conditions une telle défense pourrait au contraire se montrer acceptable, ce qui montre avant tout une volonté de faire comprendre aux praticiens de l'époque l'inutilité d'un recours systématique à cette défense[472].

499.- Cette attitude vis-à-vis des gains d'efficience se maintint avec les lignes directrices horizontales de 1982, et ce n'est qu'en 1992 que la partie qui leur est consacrée fut réécrite avec davantage de pédagogie, les autorités américaines se montrant alors plus enclines à prendre en considération les gains d'efficience. A cette occasion, les conditions nécessaires à la reconnaissance de gains d'efficience pour qu'une opération de concentration

[471] KIMMEL, *The Supreme Court's Efficiency Defense*, Government of the United States of America - Antitrust Division, Competition and Policy Section, Economic Analysis Group Working Paper No. 02-13, septembre 2002.

[472] FTC et DoJ, 1968 Horizontal Merger Guidelines, point 10 : « Unless there are exceptional circumstances, the Department will not accept as a justification for an acquisition normally subject to challenge under its horizontal merger standards the claim that the merger will produce economies (i.e., improvements in efficiency) because, among other reasons, (i) the Department's adherence to the standards will usually result in no challenge being made to mergers of the kind most likely to involve companies operating significantly below the size necessary to achieve significant economies of scale; (ii) where substantial economies are potentially available to a firm, they can normally be realized through internal expansion; and (iii) there usually are severe difficulties in accurately establishing the existence and magnitude of economies claimed for a merger.

soit autorisée furent clairement établies. Il faut ainsi que les efficiences en question ne soient pas réalisables autrement que par l'opération de concentration contrôlée, que l'atteinte à la concurrence soit faible, et que les efficiences alléguées par les entreprises notifiantes soit facilement vérifiables [473], condition qui semble par ailleurs avoir connu un certain assouplissement dans les lignes directrices américaines de 2010, un paragraphe supplémentaire traitant des gains d'efficience en matière de recherche et développement ayant été ajouté à l'occasion de cette réforme.

500.- Le contrôle européen des concentrations étant intervenu bien après son homologue américain, il a pu bénéficier des développements théoriques et pratiques sur la question, et a directement intégré des provisions au sujet des efficiences, ce dès le règlement 4064/ 89. La différence principale avec la conception américaine était cependant de taille, puisque les gains d'efficience ne sont pas considérés comme un moyen de défense, mais plutôt comme un objectif que toutes les opérations de concentration devraient remplir. Le contrôle européen des concentrations reposant à l'époque sur le test de dominance, il était impossible pour des gains d'efficience de « racheter » une opération de concentration entraînant la création ou le renforcement d'une position dominante, et il fut ainsi reproché à la Commission européenne de ne pas proposer de défense relative aux gains d'efficience[474]. Bien qu'à la suite de la réforme de 2004 et de l'entrée en vigueur des lignes directrices concernant les opérations horizontales, le système européen ait clarifié la notion de gain d'efficiences, à l'instar de ce qu'on fait les autorités américaines en 1992, on ne peut toujours pas considérer qu'il y ait, en droit européen des concentrations, de réelle *efficiency defense*[475].

501. - La notion d'efficience est également présente en droit français et japonais, mais les modalités de son entrée dans ces différents systèmes ainsi que son utilisation connaissent des différences très marquées.

II L'application de cette notion par les autorités françaises et japonaises de concurrence.

502.- Comme il a été constaté ci-dessus, la notion d'efficience est abordée différemment par l'Europe et les Etats-Unis, mais connaît dans les deux systèmes une

[473] FTC et DoJ, 1992 Horizontal Merger Guidelines, section 4.
[474] European Commission Directorate-General For Economic And Financial Affairs, *The Efficiency Defence And The European System Of Merger Control*, No 5, 2001, p.15.
[475] SZILAGYI, *How to give a meaningful interpretation to the efficiency defence in European competition law*, CLRC Working Papers, 3ème version révisée, 1er Novembre 2011.

application et surtout une reconnaissance effective limitée. Cette constatation peut s'appliquer également à la France et au Japon. La principale différence concernant l'intégration de ces logiques d'efficience au sein des contrôles français et japonais des concentrations se situe avant tout en termes chronologiques (A), les deux systèmes se rejoignant sur la rareté et le caractère limité d'une telle application (B).

A. Une intégration ancienne en France, très récente au Japon.

503.- Une fois n'est pas coutume, le système français du contrôle des concentrations a intégré la notion d'efficience bien avant l'intégration de ce dernier au sein du contrôle européen. Toutefois, cette incorporation ne s'est pas faite directement et selon des modalités similaires au système américain ou européen par la suite, mais au sein de la notion plus vaste de bilan économique et social, notion présente dès l'ordonnance de 1977 instituant le premier contrôle français des concentrations, et qui s'est perpétuée en connaissant quelques évolutions au fil des diverses réformes jusqu'à la loi LME[476]. Une fois la notion de bilan économique et social fractionnée en un bilan économique d'une part, et un bilan social (qui fera l'objet de plus amples développements ci-dessous) d'autre part, les autorités françaises ont pris l'habitude d'examiner si une opération de concentration contribuait ou non au « progrès économique ». Cette notion de progrès économique résume finalement certaines interrogations posées par la doctrine économique et juridique en la matière, cherchant à savoir si les gains d'efficience résultant de la fusion et la baisse de coûts qui en découlent vont finalement être bénéfiques au consommateur final, ou seulement à l'entreprise fusionnée.

504.- Le système français actuel propose d'examiner « les contributions au progrès économique » uniquement lorsqu'une opération de concentration fait l'objet d'un examen approfondi (autrement dit, lorsqu'elle rentre en procédure de phase II)[477]. Bien que la terminologie soit différente de ce qu'on trouve en la matière aux Etats-Unis et en Europe, une lecture attentive des lignes directrices françaises montre toutefois que cette appellation désigne en fait des « gains d'efficacité économique » qui ne sont pas différents dans leur

[476] Pour un résumé de l'évolution de la notion de progrès économique et social de 1977 à 2001, voir COT et LA LAURENCIE, op. cit., pp. 314-323.
[477] Art. L-430-6 du Code de Commerce.

contenu des *efficiencies* vues précédemment[478]. A l'instar de la Commission européenne, l'ADLC s'appuie elle-aussi sur certains critères, ici au nombre de trois, pour évaluer les gains d'efficience d'une opération de concentration donnée. Ces gains doivent être « quantifiables et vérifiables », « spécifiques à la concentration » (ce qui rappelle le critère européen de gains uniquement réalisables par la concentration), et enfin « une partie de ces gains doit être transférée aux consommateurs »[479]. On constate ainsi la dynamique d'influence entre la notion européenne et française de gains d'efficience, la France ayant d'abord influencé la Commission lors de leur implémentation[480], pour ensuite se servir des apports de la doctrine et de la pratique décisionnelle européenne pour affiner ses propres analyses. Enfin, l'ADLC prête une attention particulière aux gains d'efficience allégués en matière de concentrations verticales, dans lesquelles l'autorité cherche essentiellement à déterminer si l'intégration verticale de deux sociétés anciennement dans une situation de client à fournisseur aura pour conséquence la suppression des doubles marges[481], attention que l'on retrouve dans les lignes directrices de la commission européenne sur les opérations non-horizontales.

505.- A ce titre, l'implémentation des gains d'efficience au sein du contrôle japonais des concentrations est beaucoup plus récente et succincte. La doctrine japonaise elle-même a commencé à s'intéresser au phénomène au début des années 2000, procédant essentiellement à des analyses des droits américain et européen et s'interrogeant sur l'éventuelle applicabilité de la notion au Japon, certaines entreprises japonaises ayant tenté *l'efficiency defense* pour faire valider une concentration par la JFTC[482]. C'est à partir de 2004 que les efficiences[483] furent officiellement introduites dans les lignes directrices japonaises[484], introduction que l'on peut qualifier d'importation tant la définition des efficiences comme les critères de son

[478] Lignes directrices de l'ADLC, point 488 : « […] L'Autorité apprécie, en particulier, si les gains d'efficacité économique de l'opération peuvent accroître l'incitation de l'entreprise résultant de l'opération à adopter un comportement favorable à la concurrence. »
[479] Lignes directrices de l'ADLC, point 491.
[480] VILMART, *Le transfert du contrôle des concentrations à l'Autorité de la concurrence* in Contrats Concurrence Consommation n° 2, Février 2009 : « *Le mécanisme français a conduit à un système hybride où sont appréciées l'existence d'une position dominante et une affectation de la concurrence, et où une opération susceptible de réduire la concurrence peut être autorisée sur le fondement d'un bilan économique positif et ce système a précisément inspiré la réforme du règlement 139/2004* ».
[481] Lignes directrices de l'ADLC, points 508 à 510.
[482] TAKEDA, « 企業結合規制における効率性の考慮 » (*La prise en considération des gains d'efficience dans le cadre du contrôle des concentrations*), in Kôsei Torihiki n°628, février 2003, pp. 35-40. Le professeur Takeda cite à ce titre l'affaire de concentration entre JAL et JAS ayant eu lieu en 2001, et impliquant deux des trois compagnies aériennes japonaises de l'époque.
[483] en japonais 効率性.
[484] Lignes directrices de la JFTC, 第 4, (7).

application sont identiques à ce que l'on trouve dans les lignes directrices européennes par exemple.

506.- Ainsi, les lignes directrices japonaises posent d'abord une liste non exhaustive des comportements post-concentration susceptibles d'apporter des efficiences, à savoir les économies d'échelle, l'intégration des dispositifs de production, la spécialisation des usines, la réduction des couts de transport ou encore les gains d'efficience en matière de recherche et développement. Ensuite, elles posent trois critères, qui ne sont autres que ceux employés par la France et la Commission européenne : les gains d'efficience doivent être propres à l'opération de concentration, doivent être réalisables et doivent avoir pour conséquence une augmentation du bien être des consommateurs. Ici aussi, les lignes directrices japonaises ne prévoient pas de traitement spécifique pour les gains d'efficience en cas d'opération non-horizontale, mais pour le reste, force est de constater que le dispositif japonais en la matière est identique aux dispositifs français et européens, similarité qui s'explique par l'introduction tardive et réfléchie de cette notion dans le système japonais.

507.- Le fait que la France et le Japon ait adopté un système similaire n'implique pas pour autant une application identique.

B. Une application limitée en France, inexistante au Japon.

508.- La notion de progrès économique, de par son insertion ancienne dans le contrôle français des concentrations, a connu une application ponctuelle mais constante, notamment à partir de la deuxième moitié des années 1990. La rareté des décisions impliquant l'évaluation des gains d'efficacité économique s'explique avant tout par la condition de passage en procédure de phase II[485]. Sachant que seule une minorité de décisions fait l'objet d'un tel examen approfondi, le caractère limité de l'analyse des gains d'efficacité en France n'est pas attribuable à une volonté expresse de l'autorité de ne pas les prendre en considération. De plus, les gains d'efficacité économique ayant pour but premier de venir compenser une légère atteinte à la concurrence, il faut nécessairement qu'il y ait eu une atteinte préalable pour que leur examen ne soit réellement pertinent. On constate en outre que depuis la création de

[485] Il y eut, avant la loi NRE de 2001, quelques rares exemples où le ministre de l'économie s'est prononcé sur le bilan économique en procédure « légère » (dite de phase 1), mais de par la saisine obligatoire du Conseil de la Concurrence en cas d'atteinte à la concurrence instaurée par ladite loi, cette possibilité fut annulée. A ce propos, voir COT et LA LAURENCIE, op. cit., p. 341.

l'ADLC, qui remonte déjà à plus de trois ans, on ne trouve aucune décision prise par cette dernière et dans laquelle la défense par le progrès économique a été admise[486].

509.- Il apparaît ainsi que cette notion de progrès économique était avant tout un instrument de politique concurrentielle utilisé par le ministre de l'économie afin de faire autoriser des opérations de concentration présentant certes des limitations de concurrence, mais pouvant être bénéfiques sous l'angle de la politique industrielle de la France. Le contrôle étant désormais totalement aux mains d'une autorité indépendante vis-à-vis du ministre de l'économie, on devine que ces motivations de politique concurrentielle ne fonctionnent plus comme avant, et il convient de se poser la question de l'intérêt pratique de l'existence de cette possibilité, faute d'une réelle capacité à constituer une défense sur lesquels les professionnels peuvent compter pour justifier une opération de concentration. Bien que la lecture des lignes directrices de l'ADLC et l'attention portée aux arguments des parties notifiantes concernant les contributions au progrès économique semblent donner l'impression d'une réelle prise en considération de cette notion, le fait que la même autorité estime que, dans l'écrasante majorité des cas, les parties n'apportent pas la preuve suffisante d'un tel progrès économique, ou que celui-ci n'est pas suffisant pour compenser l'atteinte faite à la concurrence, laisse transparaître un net décalage entre l'intention de l'ADLC et sa pratique du contrôle des concentrations.

510.- Concernant la pratique japonaise, l'application de la notion de gains d'efficience, bien qu'étant mentionnée dans les lignes directrices de la JFTC depuis plus de huit ans, n'a à ce jour jamais été constatée. Au-delà de la question de l'opportunité d'avoir intégré un tel dispositif au sein du contrôle japonais des concentrations alors qu'il est totalement inappliqué, question pour laquelle la seule réponse plausible semble une volonté aveugle d'harmoniser le dispositif japonais avec le dispositif européen, la lecture de la très rare doctrine japonaise à ce niveau montre que la question de l'éventuelle utilisation des gains d'efficience pour « racheter » un projet de concentration se confond en général assez vite avec celle des engagements que peuvent prendre les entreprises pour qu'une opération de concentration soit

[486] On trouve toutefois des décisions dans lesquelles cette défense a été réfutée. Par exemple, dans la décision 10-DCC-198 du 30 décembre 2010 relative à la création d'une entreprise commune par Veolia Environnement et la Caisse des Dépôts et Consignations, les entreprises ont essayé de justifier leur opération en exposant des gains d'efficience, à la fois en termes d'économies d'échelle et en termes de richesses de l'offre faite au consommateur (point 431), mais comme souvent, l'Autorité a estimé que […] *L'opération n'apporte pas au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence identifiées* (point 440).

autorisée. En effet, comme l'affirme en France Louis Vogel, le contrôle des concentrations n'est pas un dispositif visant au prononcé d'interdictions, mais à celui d'incompatibilités[487], et par conséquent une opération de concentration peut être autorisée si les parties proposent des engagements susceptibles d'alléger les atteintes à la concurrence induites par ledit projet de concentration.

511.- Si les gains d'efficience apportés par une opération de concentration sont reconnus, cela permettra évidemment à une opération d'être autorisée sans engagements particuliers, but recherché par les entreprises notifiantes, mais ce n'est pas parce que de tels gains ne sont pas reconnus qu'un projet de concentration sera forcément interdit, puisque les entreprises parties à la concentration peuvent toujours prendre des engagements pour obtenir l'aval des autorités en charge du contrôle des concentrations. Par conséquent, l'invocation de gains d'efficience pour justifier une opération de concentration sert davantage à éviter d'avoir à prendre des engagements pour que ladite opération soit autorisée qu'à éviter une interdiction de l'opération. On constate également que la baisse de prix, ou tout du moins l'absence de hausse de prix, qui constitue souvent un élément central de l*'efficiency defense,* est un argument souvent réfuté en tant que prise d'engagements, un tel engagement demandant une longue et couteuse surveillance des autorités en charge du contrôle des concentrations pour veiller à sa mise en œuvre continuelle. La doctrine s'interroge ainsi à juste titre sur la pertinence d'un argument qui n'est généralement pas accepté en tant qu'engagement susceptible de réduire l'atteinte à la concurrence dans le domaine des gains d'efficience, et prend aussi en compte le fait que certaines entreprises essaient parfois de prendre des engagements non efficaces ou sans réel rapport avec la nature de l'atteinte à la concurrence provoquée par l'opération de concentration en cause juste pour obtenir une autorisation avantageuse de la part de la JFTC.[488].

512.- Ainsi, les gains d'efficience, bien qu'ils fassent l'objet de longs développements au sein des lignes directrices françaises comme japonaises, et que leur traitement théorique soit désormais harmonisé entre les deux pays, se heurtent à d'importantes difficultés de reconnaissance dans la pratique, car encadrés dans des critères d'application difficiles à satisfaire. Bien que l'enjeu qu'ils représentent en fait une tentative de défense séduisante pour les entreprises, en ce que la reconnaissance d'efficiences apportées par l'opération pourrait

[487] Propos retenus lors de l'atelier de la DGCCRF "Progrès économique et droit de la concurrence" du 24 mai 2011 disponible à cette adresse : http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/Atelier-de-la-DGCCRF-Progres-economique-et-droit-d
[488] KAWAHAMA et. al, op.cit., p.182.

permettre une autorisation sans prise d'engagements, les conditions procédurales pour que ces efficiences soient examinées, auxquelles s'ajoutent des conditions de fond cumulatives trop strictes donnent à s'interroger sur les configurations dans lesquelles une telle défense pourrait être acceptée. Par conséquent, les entreprises continueront certainement à invoquer les gains d'efficience pour faire autoriser une opération délicate sans avoir à concéder des engagements, mais la reconnaissance de ces gains d'efficience par les autorités française, européenne ou japonaise de contrôle devrait rester anecdotique.

513.- D'autres types d'effet moins économiques et plus sociaux, sont, ou peuvent être pris en compte dans une décision de contrôle des concentrations.

§2 Les effets socialement bénéfiques d'une opération de concentration.

514.- Les développements ci-dessus montrent bien que le contrôle des concentrations est et reste un outil de politique concurrentielle, les Etats assouplissant ou durcissant ce dernier au gré du contexte économique. La tentation est alors grande pour le législateur de faire de ce contrôle un outil politique au sens plus large, et ainsi d'essayer de l'utiliser dans un but qui dépasse alors la simple politique de la concurrence. Le contrôle français des concentrations, dès son introduction, a clairement énoncé que le ministre de l'économie aurait la possibilité de prendre en compte le progrès économique et social pour autoriser une opération de concentration porteuse d'effets négatifs sur la concurrence[489]. Cette tendance ne s'observe cependant pas dans un premier temps en droit japonais, où le contrôle a été avant tout créé pour assurer une réglementation économique, en témoigne le fait qu'il ait, contrairement à la France, toujours été exercé par la JFTC, qui depuis sa création est une autorité administrative indépendante dont le but premier est d'assurer le respect et le bon fonctionnement de l'AML dans son ensemble. Toutefois, l'attitude japonaise consistant à observer les pratiques étrangères pour éventuellement les incorporer dans son propre arsenal juridique fait que le contrôle japonais des concentrations intègre lui aussi de plus en plus de facteurs non-économiques.

[489] Loi n°77-806 du 19 juillet 1977, art. 4 al. 4 : « L'acte ou l'opération juridique de concentration ne peut donner lieu à l'une des mesures prévues à l'article 8 ci-après s'il apporte au progrès économique et social une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence qu'il implique, compte tenu notamment de la compétitivité des entreprises concernées au regard de la concurrence internationale. »

515.- Le principal point commun entre le Japon et la France à ce propos est l'introduction, tout du moins au plan législatif, de la défense de l'entreprise défaillante (I), leur opposition étant plus marquée sur la notion de « progrès social » prise dans une acception plus large (II).

I. La défense dite « de l'entreprise défaillante »

516.- La défense de l'entreprise défaillante, à l'instar de la prise en compte des gains d'efficience mentionnés ci-dessus, connait des conditions d'application clairement définies au sein des lignes directrices françaises comme japonaises sur le contrôle des concentrations (A). Si elle a connu quelques applications précoces, pour des questions de politique économique, la tendance est actuellement à la rigueur (B).

A. Les conditions d'application de cette défense.

517.- Comme ce fut le cas pour les gains d'efficience, la défense de l'entreprise défaillante (en anglais *failing company defense*) est également une création jurisprudentielle américaine. Le principe, posé dans l'arrêt de la Cour Suprême des Etats-Unis *International Shoe vs. FTC*[490], est le suivant : une opération de concentration qui serait normalement interdite de par ses effets anticoncurrentiels peut être autorisée dès lors que l'une des entreprises parties à la concentration est défaillant, et condamnée à disparaître[491]. Il est intéressant de constater qu'à l'époque de ce premier arrêt, les arguments invoqués pour autoriser l'opération de concentration en cause étaient le dommage subi par les actionnaires et par les communautés locales environnant l'usine de l'entreprise condamnée en cas de fermeture de cette dernière, ce qui montre bien la défense d'un intérêt social dépassant le strict contexte économique auquel est généralement cantonné le contrôle des concentrations. La notion de défense de l'entreprise défaillante, et notamment ses conditions de reconnaissance furent affinées en 1969 dans l'arrêt *Citizen Publishing Co. V. United States*[492].

[490] *International Shoe v. FTC*, 280 U.S. 291, 1930
[491] Une analyse des décisions citées dans l'arrêt International Shoe montre toutefois que l'idée selon laquelle une entreprise en difficulté peut être « sauvée » par une opération de concentration se retrouve dans certains arrêts des années 1920. Pour une analyse détaillée de l'arrêt International Shoe, voir BLUM, *The Failing Company Doctrine*, in Boston College Law Review, vol.16, n°1, article 2, 1974.
[492] *Citizen Publishing Co. v. United States*, 394 U.S. 131, 1969.

518.- Trois critères cumulatifs furent ainsi déterminés pour admettre la validité d'une telle défense, à savoir la haute probabilité de faillite de l'entreprise-cible, le fait que l'entreprise acquéresse soit la seule disponible pour racheter l'entreprise défaillante, et enfin la possibilité infime ou inexistante de l'entreprise défaillante de se restructurer d'elle-même. Cette défense et les conditions posées à l'arrêt précité ont été transplantées telles qu'elles au sein des lignes directrices de 1982[493], et font partie intégrante du contrôle américain des concentrations.

519.- La notion a été adoptée en droit européen des concentrations peu après l'introduction du contrôle européen des concentrations, non par la voie législative, mais d'abord par la voie jurisprudentielle. Dans l'arrêt dit « Kali et Salz » du 31 mars 1998[494], La CJUE a autorisé l'opération de concentration, et donc la reprise de l'entreprise défaillante, sous trois conditions, qui diffèrent toutefois subtilement de celles posées par l'autorité américaine. La Cour a ainsi exigé que les difficultés en question entraînent la disparition rapide de la société si celle-ci n'est pas reprise, qu'il n'y ait pas d'autres offres de reprises moins dommageables pour la concurrence, et enfin, principale différence avec les Etats-Unis, que la disparition de la société en difficulté ne soit pas moins dommageable pour les consommateurs que sa reprise, critère difficile à prouver, et indiquant une application plus stricte de cette notion par les autorités européennes que par leurs homologues américaines. Lors de l'introduction de la défense de l'entreprise défaillante dans les lignes directrices de 2004, une quatrième condition a par ailleurs été ajoutée, à savoir la disparition de l'ensemble des actifs du marché en cas de non-reprise[495].

520.- Les conditions d'application de la défense de l'entreprise défaillante en France ont été strictement énoncées par le Conseil d'Etat dans un arrêt du 6 février 2004[496], et dans lequel plusieurs sociétés de petit électroménager (notamment Philips et DeLonghi) ont adressé un recours contre l'autorisation par le ministre de l'économie du rachat de Moulinex par Seb sans exiger de prise d'engagements, et ce en raison du caractère défaillant de Moulinex. Le Conseil a alors repris les trois critères présents dans l'arrêt Kali et Salz, à savoir la disparition rapide de la société en cas d'absence de reprise, l'absence d'offres de reprises moins

[493] FTC et DOJ, 1982 *Horizontal Merger Guidelines*, section V., B.
[494] CJUE, République française et Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) et Entreprise minière et chimique (EMC) contre Commission des Communautés européennes, Affaires jointes C-68/94 et C-30/95**,** *Recueil de jurisprudence 1998 page I-01375*
[495] Commission Européenne, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, VIII.
[496] Conseil d'Etat, 6 février 2004, arrêt n° 249262, Société Royal Philips Electronic et autres

dommageables pour la concurrence, le fait que la disparition de la société en difficulté ne soit pas moins dommageable pour les consommateurs que sa reprise. Bien que le Conseil ait admis que la reprise de Moulinex par Seb remplissait les deux premiers critères, il a cependant estimé que compte tenu des capacités de production des entreprises concurrentes de Moulinex, celles-ci pourraient rapidement fournir les quantités nécessaires pour pallier la disparition de Moulinex. Par conséquent, le troisième critère n'a pas été rempli, et le Conseil a annulé la décision du ministre de l'économie. Il y a par conséquent un léger décalage entre les conceptions françaises et européennes, qui ne semble toutefois pas très important en pratique, la différence entre le fait que l'entreprise quitte le marché et la disparition de ces actifs étant mince.

521.- Enfin, au Japon, la notion n'a réellement intégré les lignes directrices japonaises qu'à partir de 2004. Certains auteurs ont proposé des études comparatives vers la fin des années 1990 sur le sujet, soulignant en outre que le contrôle japonais des concentrations n'étant pas un système où une quelconque charge de la preuve incombe aux parties notifiantes, ce concept de « défense » d'une opération de concentration est difficile à introduire tel quel[497]. En effet, les autorités japonaises, lorsqu'elles contrôlent une opération, examinent une série d'éléments objectifs bien déterminés pour définir l'existence d'une éventuelle restriction concurrentielle, laissant une marge de manœuvre très mince aux parties notifiantes pour défendre le projet de concentration. Toutefois, dès 1994 la JFTC a affirmé prendre en compte « la situation de la gestion de l'entreprise »[498], et en 1998, celle-ci précisa cette notion en disposant cette fois-ci la prise en compte de la comparaison entre, d'un côté, l'incapacité d'une des parties à la concentration de s'acquitter de ses dettes, la haute probabilité qu'à celle-ci de faire faillite et de se retirer du marché, et la possibilité de sauvetage de l'entreprise au moyen de la concentration ; et d'autre part, l'influence sur la concurrence de l'opération de concentration, afin de voir lequel des deux phénomènes (la faillite de l'entreprise ou l'opération de concentration) a l'influence la plus minime sur la concurrence.

522.- En 2004 fut alors intégré aux lignes directrices une partie intitulée : « mauvais résultats »[499], qui, en reprenant la rédaction sous forme de comparaison de 1998, intégra une

[497]Voir SENSUI, « 独禁法における破綻会社の抗弁について » (*La défense de l'entreprise défaillante en droit de la concurrence*), in Osaka Daigakuin Hôgaku Zasshi、n°45-3, 1999, pp.616-651.
[498]En japonais 経営状況
[499]En japonais 業績不振, Lignes directrices de la JFTC de 2004, 第 4, 2, (7).

précision entre la reprise de l'ensemble d'une entreprise en difficulté et celle d'une division présentant des mauvais résultats (très certainement inspiré de la conception américaine de « *failing division defense* »), avec dans les deux cas une condition pour que cet élément soit prise en compte, à savoir une part de marché inférieure à 50%. Cette condition de part de marché disparut en 2007, et on se retrouve donc avec une approche très similaire à celle adoptée par la Commission européenne les conditions retenues par cette dernière pour valider la défense de l'entreprise défaillante devenant des critères d'analyse pour la JFTC[500]. Ainsi, plus que la « *failing company defense* », c'est la considération de la santé économique des entreprises parties à la concentration qui a été intégrée au contrôle des concentrations japonais.

524.- Quelle que soit la forme, la notion d'entreprise défaillante est par conséquent bien présente dans les systèmes juridiques français et japonais. Reste à savoir si l'application qui en est faite est à la hauteur des développements qui lui sont consacrés.

B. La raréfaction de l'utilisation de l'argument d'entreprise en difficulté.

525.- En dépit de la présumée prise en considération du bilan social d'une opération de concentration par le ministre de l'économie, ce de l'ordonnance de 1977 à la loi LME en 2008, et de l'introduction en 2004 de la notion de défense de l'entreprise défaillante, on constate un nombre extrêmement limité (moins de dix en 35 ans) de décisions où le caractère défaillant d'une entreprise a été pris en compte dans le cadre du contrôle des concentrations. Plus rares encore furent les cas où cette défense fut acceptée, les lignes directrices françaises admettant elles-mêmes que le faible nombre d'affaire rend la définition de la méthode d'analyse de l'autorité difficile pour ce genre de situation[501].

526.- A l'instar des gains d'efficience, cette rareté d'application trouve également son origine en partie dans la procédure même du contrôle des concentrations. La majeure partie des opérations de concentrations étant autorisée en phase 1, il n'y a la plupart du temps pas lieu, ni pour les entreprises, ni pour l'ADLC, de se soucier d'une telle éventualité. On remarque cependant que même dans les affaires où elle est légitimement invoquée par les parties, les autorités françaises font preuve d'une certaine sévérité lors de l'évaluation des trois principaux critères d'analyse que sont la disparition rapide de la société en l'absence de

[500] Lignes directrices de la JFTC, 第 4, 2, (8), イ, ① et ②.
[501] Lignes directrices de l'ADLC, point 514.

reprise, l'absence d'offres de reprises moins dommageables pour la concurrence et la neutralité pour les consommateurs. Le contexte économique défavorable depuis 2009 a provoqué de nombreuses interrogations de la part de la doctrine concernant un éventuel assouplissement de ces règles afin de pouvoir appliquer plus aisément ce moyen de défense, et d'encourager les concentrations d'entreprise pour faire face à la crise. Malgré tout la conclusion s'imposant est que l'assouplissement des règles et l'autorisation de plus d'opérations pourrait certes apparaître comme une solution séduisante à court terme, mais que la philosophie inhérente au contrôle des concentrations de s'efforcer de prendre les meilleures décisions pour l'équilibre concurrentiel à long terme déconseille fortement un tel assouplissement[502].

527.- Du côté japonais, l'argument de l'entreprise en difficulté pour motiver l'autorisation d'une opération de concentration a connu une courte période faste dans les années 1980. En effet, alors qu'à l'époque, la JFTC avait décidé de ne pas autoriser d'opérations de concentration résultant en la détention d'une part de marché supérieure à 25%[503], plusieurs opérations de concentration dépassant cette limite furent autorisées à l'époque avec pour justification la mauvaise santé d'une des entreprises parties à la concentration. On peut citer à ce titre le rachat par Nihon Densan de la totalité des actions de la société Shinano Tokki, opération ayant eu pour effet la création d'un quasi-monopole sur le marché des moteurs pour disques durs et lecteurs de disquette, mais que la JFTC avait pourtant autorisée en justifiant de la mauvaise santé financière de Shinano Tokki ainsi que de l'entrée probable de concurrents compétitifs sur ce marché[504] . Le contrôle des concentrations étant devenu plus sévère dans les années 1990, de telles affaires ne se sont pas reproduites, et l'utilisation par la JFTC du critère d'entreprise en difficulté est alors tombée en désuétude.

528.- Cependant, l'éventualité qu'une opération de concentration concernant une entreprise défaillante ait effectivement été contrôlée, sans que la JFTC ne daigne l'intégrer dans un des recueils annuels de pratique décisionnelle du contrôle des concentrations apparaît peu probable au regard de l'intérêt doctrinal d'une telle affaire, mais pas impossible, car comme il a été vu plus haut, au Japon l'entreprise en difficulté ne fait pas l'objet d'une

[502] Voir OSTER, *Le contrôle des concentrations en temps de crise : business as usual* ?, in Cahiers de droit de l'entreprise n° 3, Mai 2009, dossier 17 ; DECOCQ, *Le droit de la concurrence à l'épreuve de la crise économique et financière*,in Contrats Concurrence Consommation n° 2, Février 2012.

[503] HIRABAYASHI, « 独占禁止法の解釈・施行・歴史 » (*Interprétation, histoire et mise en œuvre de l'AML*), Shôji Hômu、2005, p196.

[504] JFTC, 日本電産㈱による信濃特機㈱の株式取得, 1988, mentionné dans le rapport annuel de la JFTC pour 1988, disponible à cette adresse : http://www.jftc.go.jp/info/nenpou/h01/top_h01.html

défense devant être soulevée par les parties, celle-ci étant un simple élément pris en considération parmi tant d'autres par la JFTC pour rendre sa décision, ce qui entraîne comme conséquence principale que la JFTC, au contraire des autres autorités en charge du contrôle des concentrations, peut s'y intéresser même s'il n'y a pas, à priori, de restriction concrète de la concurrence. La réforme du contrôle japonais des concentrations intervenue le 14 juin 2011 et supprimant la pré-notification permettra d'avoir accès à plus de décisions, et donnera peut-être enfin davantage d'occasions de constater l'utilisation de la notion d'entreprise défaillante.

529.- Indépendamment de leur application réelle, on peut envisager, du moins sur le plan théorique, d'autres intérêts politiques et sociaux qui pourraient être défendus par le contrôle des concentrations.

II. Les autres effets positifs éventuels d'une opération de concentration.

530.- La France fut une pionnière en la matière, notamment grâce à la notion de bilan social qui a permis par le passé de prendre en considération les notions de création et de conservation des emplois (A). La tendance actuelle est cependant à l'abandon, ou à tout le moins à la non-adoption de la prise en compte de ce genre de considérations (B).

A. Sauvegarde et création d'emplois.

531.- « Le progrès social », instrument de la Commission de la Concurrence pour autoriser des opérations de concentration présentant un bilan concurrentiel négatif, constituait une exception française dans un droit où la plupart des innovations trouvent habituellement leur origine dans la doctrine et la pratique décisionnelle américaines, exception qui s'expliquait également par la nature politique du contrôle français des concentrations. Cette idée était comparativement plus présente au sein de l'ordonnance de 1977 par rapport à celle qui lui a succédée en 1986[505], cette dernière ayant transféré cette possibilité au ministre de l'économie. Bien que le principe n'ait pas changé avec la loi NRE de 2001, l'idée selon

[505] MOUSSERON, SELINSKY et FERRIER, *Le mort saisit le vif . - Commentaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence*, J.C.P Ed. E, n° 1, 8 Janvier 1987.

laquelle cette notion, qui n'avait été jusqu'alors reconnue que dans un très faible nombre de cas, était susceptible de s'affaiblir encore plus se retrouvait déjà chez certains auteurs[506].

532.- Non seulement l'histoire leur a donné raison, le progrès social n'ayant plus été évoqué entre 2001 et 2008 en matière de contrôle des concentrations, mais en plus de cela, la loi LME ayant transféré à l'ADLC nouvellement créée la responsabilité de l'ensemble du contrôle des concentrations, le ministre de l'économie n'intervient désormais qu'à titre exceptionnel au titre, non plus du progrès social, mais de l'intérêt général[507], ce qui risque d'en rendre l'application encore plus exceptionnelle *de facto*. Sous l'empire de la notion de progrès social, le ministre avait ainsi, à l'initiative de la commission de la concurrence, utilisé ladite notion essentiellement dans le cadre d'opérations de concentration, qui, en dépit de leur atteinte à la concurrence, permettaient par exemple de créer ou de conserver des emplois. En l'absence de ce système de suggestion, avec un ministre devant intervenir activement pour autoriser une opération autrement interdite par l'ADLC, il semble que cette exception en vertu de l'intérêt général ne connaisse une application que si le ministre y voit un intérêt politique. On peut imaginer une opération de concentration non-autorisée par l'ADLC alors que celle-ci est susceptible de créer des emplois, opération qui serait alors médiatisée pour blâmer la rigueur de l'ADLC, le ministre venant autoriser l'opération pour des questions d'image. Une telle hypothèse a toutefois de faibles chances de se réaliser.

533.- Le contrôle japonais des concentrations n'a pour sa part jamais inclus, et ce depuis les origines, d'autres considérations que celles relatives à la concurrence, que ce soit dans les textes ou dans les lignes directrices. Cette absence n'est du reste pas surprenante, de par la nature administrative du contrôle japonais des concentrations, contrairement au contrôle français, au début purement politique, et qui se rapproche aujourd'hui du modèle japonais de par l'indépendance de l'ADLC. Au Japon, le contrôle des concentrations, tout comme le reste des dispositions japonaises relatives à la protection de la concurrence, est intégré au sein de l'AML, créée dans le but de donner une constitution économique au pays, et ne saurait par conséquent intégrer des intérêts de nature non-économique. Ainsi, la protection ou la création d'emplois en tant qu'effet bénéfique d'une opération de concentration n'a jamais figuré, à tout le moins explicitement, dans une décision rendue par la JFTC, et il est possible d'affirmer

[506] PIROVANO, *Droit de la concurrence et progrès social après la loi NRE du 15 mai 2001*, *Recueil Dalloz* N°1 du 3 Janvier 2002, p.62.
[507] Article L-430-7-1, II du Code de Commerce.

sans grand risque qu'une telle mention ne sera jamais faite dans une décision japonaise de contrôle des concentrations.

534.- Les deux notions de progrès social et d'intérêt général semblent toutefois, dans les faits, se recouper dans leur contenu, ce qui pose la question de l'opportunité de la présence d'une telle notion au sein du contrôle des concentrations.

B. La notion d'intérêt général en contrôle des concentrations.

535.- De par la présence du concept d'intérêt général, sous des appellations différentes, dans de nombreuses législations relatives au contrôle des concentrations en Europe[508], il ne fait aucun doute que sa présence au sein du contrôle des concentrations est tout à fait justifiable, à défaut de voir ses conditions d'application explicitées de par sa condition de régime dérogatoire exceptionnel. Cette notion a connu une histoire brève et source de débats au Japon. Ainsi, sous l'empire de la première version de l'AML, à l'époque du « régime de permission[509] » auquel étaient soumises tant les détentions d'actions (art.10 de l'AML) que les fusions (art.15-1de l'AML), l'une des conditions de l'autorisation d'une de ces opérations était qu'elles ne soient pas contraires à l'intérêt public. Bien que cette condition ait disparue ave ce régime, et que la mention de l'intérêt public n'ait été abrogée dès la réforme de l'AML de 1953, la question de savoir si une opération de concentration peut être autorisée si elle a pour conséquence une restriction concrète de la concurrence mais n'est pas contraire à l'intérêt général fut longuement débattue. Il semble toutefois que le critère de la restriction concrète de la concurrence s'est vite imposé aux yeux de la doctrine de l'époque comme étant l'élément principal pour interdire ou autoriser une opération de concentration, dépouillant ainsi la notion d'intérêt public de toute portée juridique[510].

536.- La notion d'intérêt public n'a cependant pas totalement disparu du contrôle japonais des concentrations, et semble avoir survécu à sa disparition des textes de manière implicite. On peut à ce titre faire un parallèle entre l'affaire de fusion impliquant les sociétés Vallourec et les forges de la Providence[511] d'une part, et la fusion entre les sociétés Yawata et

[508] COT et LA LAURENCIE, op. cit., p. 355.
[509] En japonais 認可制
[510] HAYASHI, op. cit., p.12.
[511] Avis Commission de la concurrence, 22 mars 1979 : BOSP n° 10, 19 mai 1979, p. 139 (aff. Vallourec / Les Tubes de la Providence).

Fuji[512], ces deux affaires étant intervenues à peu près à la même époque dans un même secteur, à savoir celui de la sidérurgie. Les sociétés Yawata et Fuji étaient nées du démembrement d'une même entreprise nationale, Nihon Seitetsu (*Japan Steel*) après la Deuxième guerre mondiale, et occupaient respectivement la première et la deuxième place sur le marché japonais de l'acier. Leur fusion avait pour conséquence la création de Shin Nihon Seitetsu (*Nippon Steel*), qui serait alors la deuxième entreprise sur le marché mondial de l'acier derrière U.S Steel. De ce fait, l'opération fut d'abord refusée par la JFTC, et comme il s'agit de l'unique cas de notification officielle d'une opération de concentration, Yawata et Fuji ont alors procédé à un recours devant la cour d'appel de Tokyo en suggérant des mesures visant à la promotion de la concurrence, mais de très faible dimension (principalement des cessions d'actifs à des entreprises concurrentes représentant 1,8% de leurs installations). L'opération a alors été autorisée, alors même qu'elle a entraîné des hausses de prix, et la création d'une entreprise en large position dominante. Bien que les engagements pris aient différé, puisqu'il s'agissait de promesses de sauvegarde d'emplois, les mêmes conclusions peuvent être tirées de la fusion entre Vallourec et Les Tubes de la Providence. Seulement, si on regarde sur le long terme, le bilan entre les deux sociétés diffère fortement.

537.- *Nippon Steel*, après avoir connu des difficultés dans la première moitié des années 1980, est devenu une entreprise florissante grâce à une stratégie de diversification, et est aujourd'hui encore quatrième producteur mondial d'acier. La société va en outre fusionner avec une autre entreprise japonaise d'acier, *Sumitomo Metal Industries*, à la fin de l'année 2012 pour redevenir le deuxième producteur mondial d'acier derrière Arcelor Mittral. En revanche, la société Vallexy, issue de la fusion entre l'activité de petits tubes soudés de Vallourec et la société Tubes de la Providence, a connu un destin beaucoup moins enviable, puisqu'elle a toujours été en déficit depuis sa création et ce au moins jusqu'en 1986[513], quant à Vallourec celle-ci s'est désengagée de sa participation et a revendu la totalité de ses parts à Usinor en 1985[514]. Ainsi, non seulement les engagements en terme de sauvegarde d'emploi n'ont pas été tenus, mais l'opération de concentration s'est montrée incapable de générer de synergies susceptible de rendre viable cette entreprise.

[512] 八幡・富士製鉄合併事件、１９６９年１０月３０日同意審決・審決集１６巻４６項.
[513] Question écrite n° 03772 de M. Marcel Vidal (Hérault - SOC), JO Sénat du 11/12/1986, p.1711 **:** **«** Depuis sa création en 1978, Valexy n'a jamais connu un seul exercice bénéficiaire. Pour l'année 1985, les pertes courantes ont atteint 80 millions de francs ».
[514] Vallourec, Rapport Annuel 2001, p.25.

538.- Cette comparaison comporte plusieurs enseignements. Tout d'abord, la notion d'intérêt général telle qu'elle était conçue en France sous l'égide de la notion de progrès social était beaucoup trop limitée dans son acception, centrée sur la conservation des emplois, ce qui l'empêchait de prendre en compte les effets à long terme de l'opération. Ensuite, quelle que soit l'acception que l'on donne à la notion d'intérêt général, celle-ci ne doit jamais trop s'éloigner de celle d'intérêt économique à long terme. Des études menées sur les conséquences de la fusion ayant donné naissance à *Nippon Steel* ont ainsi montré qu'en dépit des effets de hausse de prix, celle-ci a eu un effet bénéfique en matière d'intérêt public sur le long terme, et bien que les cessions d'actifs aient été de faible envergure, elles ont malgré tout eu un effet positif sur la concurrence[515].

539.- Ainsi s'achève la comparaison de la conception française et japonaise du contrôle des concentrations. La conclusion qui s'impose est la grande similarité du contrôle entre les deux pays, que ce soit dans la nature des opérations contrôlées ou dans les modalités du contrôle lui-même. Même si la nuance entre les deux n'est pas extrêmement lourde de conséquences, on note toutefois que cette similarité est davantage théorique que pratique. S'il est indéniable que le contenu des législations et des lignes directrices françaises et japonaises aboutissent, en théorie, à un contrôle équivalent en termes d'équilibre entre justesse et liberté de la concurrence, la pratique montre toutefois un décalage certain. En effet, le contrôle des concentrations japonais est plus opaque, sa pratique décisionnelle est moins riche, et il intègre de nombreuses législations dans un but qui semble au mieux préventif, au pire une sorte de façade pour préserver les apparences d'une conformité avec les avancées en la matière réalisée par les Etats-Unis et la Commission européenne. En comparaison, le contrôle français des concentrations semble avancer de manière plus cohérente, notamment grâce aux réformes de 2001 et 2008, qui ont permis des avancées à la fois sur le plan légal et sur celui de la pratique décisionnelle.

540.- Il s'avère par conséquent nécessaire de s'intéresser à ce qui est de toute évidence la source des principales différences entre les contrôles français et japonais des concentrations, à savoir le processus du contrôle, notion devant être prise dans son acception la plus large.

[515] OHASHI, NAKAMURA et MEIJOU, « 八幡・富士製鐵の合併(1970) に対する定量的評価 » (*Appréciation quantitative de la fusion entre Yawata et Fuji (1970)*), in RIETI Discussion Paper Series 10-J-021, février 2010, disponible à cette adresse : http://www.rieti.go.jp/jp/publications/dp/10j021.pdf

PARTIE II : LE PROCESSUS DU CONTRÔLE

541.- Dans cette étude, le contrôle des concentrations des concentrations a d'abord fait l'objet d'une analyse substantielle statique, sorte d'instantané figeant le contrôle tel qu'il est conçu en France et au Japon. Cette analyse préliminaire, bien qu'indispensable, est cependant bien loin de comprendre l'intégralité du phénomène concentratif et de son contrôle par les autorités françaises et japonaises de concurrence. Il convient ainsi de lui adjoindre une composante dynamique et d'analyser cette dernière pour saisir pleinement les enjeux inhérents au contrôle français comme japonais des concentrations.

542.- L'importance de cette caractéristique dynamique se trouve en premier lieu dans la notion même du marché. Ainsi, l'équilibre concurrentiel qui règne au sein d'un marché est finalement toujours assez fragile, et en constante évolution du fait de l'ensemble des forces venant modeler ce dernier. On peut citer à ce titre l'économiste américain Porter qui a évoqué dès 1979 cinq forces concurrentielles s'exerçant sur les entreprises d'un marché donné dans une économie industrielle, à savoir la menace de nouveaux entrants sur le marché, la menace de produits ou services substituables, l'intensité de la rivalité concurrentielle entre les acteurs, le pouvoir de négociation des acheteurs et enfin celui des fournisseurs[516]. Bien que cette théorie soit avant tout utilisée en administration des sociétés et ne prenne pas en compte certaines irrégularités concurrentielles comme les collusions entre concurrents par exemple, elle a l'avantage d'illustrer de manière intelligible les différents éléments venant composer l'équilibre concurrentiel, la fluctuation de ces divers facteurs au cours de temps modelant alors la dynamique de l'équilibre concurrentiel.

543.- Le phénomène concentratif faisant partie intégrante de la stratégie des entreprises pour maximiser leurs profits et influer sur l'équilibre concurrentiel en leur faveur, il est à la fois soumis à la dynamique des marchés et influence aussi grandement cette dernière. C'est précisément pour éviter qu'une telle influence ne soit néfaste pour le marché dans son ensemble que le contrôle des concentrations intervient, et c'est donc fort logiquement qu'il est possible d'affirmer que le contrôle des concentrations est un phénomène nécessairement

[516] PORTER, *How Competitive Forces Shape Strategy*, Harvard Business Review, Volume: 57, Issue: 2, Juta \& Company, 1979, pp. 137-145.

dynamique, qui doit non seulement s'adapter aux fluctuations des dynamiques de marché, mais dans l'idéal anticiper sur ces dernières afin de leur servir de guide.

544.- En outre, le contrôle lui-même est un processus au cours duquel les autorités en charge de ce contrôle vont examiner les évolutions passées et les caractéristiques présentes du marché et des entreprises parties à la concentration, afin de prévoir autant que possible les effets de ladite concentration sur l'équilibre concurrentiel sur le marché. Du fait du caractère à priori des contrôles français et japonais des concentrations, la caractéristique processuelle du contrôle est d'autant plus importante qu'elle doit concilier à la fois les impératifs économiques des parties qui, dans le cadre d'une stratégie se développant dans le temps, estiment que telle ou telle opération de concentration doit intervenir à un moment bien précis, et les impératifs des autorités de contrôle, garantes de l'équilibre concurrentiel tel que défini par la loi.

555.- Cette notion même de processus varie en termes de contenu selon l'échelle à laquelle on considère le contrôle. A son échelle la plus fondamentale, il s'agit des modalités selon lesquelles se déroule le contrôle, soit, en termes juridiques, sa procédure. De par le fait que le contrôle des concentrations n'est pas assuré par les autorités de droit commun, il obéit à une procédure spécifique, et la caractéristique de politique économique intrinsèque à ce contrôle amène par conséquent à une certaines richesse quant aux choix effectués par les différents Etats pour organiser cette procédure. A ce titre, on procédera par conséquent dans un premier temps à l'examen comparatif des solutions retenues en la matière par les autorités françaises et japonaises en charge du contrôle des concentrations pour le déroulement de la procédure (Titre I).

556.- Si le processus lui-même est important, le résultat de ce processus, c'est-à-dire les décisions susceptibles d'être prises par les autorités françaises comme japonaises du contrôle des concentrations mérite aussi des développements détaillés. Il convient en effet de s'interroger à la fois sur la variété théorique des décisions susceptibles d'être rendues par la JFTC, l'ADLC, et la Commission européenne, mais aussi sur la pratique de ces différentes autorités. Cette pratique recouvre à la fois les décisions ordinairement rendues par les autorités, mais aussi celles, plus atypiques, qui ont eu un impact sur l'évolution de la pratique décisionnelle, ainsi que les diverses possibilités d'appeler de ces décisions (Titre II).

TITRE I : LE DEROULEMENT DE LA PROCEDURE DEVANT LES AUTORITES.

557.- Que ce soit en France ou au Japon, le contrôle des concentrations, en ce qu'il est assuré par une autorité spécifique ne relevant pas des juridictions de droit commun, fait l'objet d'une procédure particulière. Cette particularité tient à plusieurs aspects propres au contrôle des concentrations. Tout d'abord, comme il sera détaillé par la suite, le contrôle des concentrations s'effectue à priori, avant même que l'opération de concentration n'ait lieu. Ensuite, bien qu'il s'agisse d'une procédure de contrôle effectuée par une personne publique sur des entreprises le plus souvent privées, c'est aux entreprises elles-mêmes d'initier cette procédure, sous réserve qu'elles remplissent les conditions nécessaires pour faire l'objet du contrôle (principalement le caractère contrôlable de l'opération et le dépassement des seuils de notification). Ainsi, le point de départ de la procédure du contrôle des concentrations est traditionnellement la notification, grâce à laquelle les entreprises fournissent un certain nombre d'informations essentielles pour que les autorités en charge du contrôle puissent cerner l'éventuelle restriction concurrentielle provoquée par l'opération en cause. Il faut toutefois préciser que le système de notification, qui semble nécessaire et évident dans le cadre d'un contrôle à priori, n'a pas toujours été présent, et a longtemps été facultatif en France par exemple[517].

558.- De cette première caractéristique en découle une deuxième, toute aussi importante, à savoir le caractère non-accusatoire de la procédure du contrôle des concentrations. En restant dans le domaine du droit de la concurrence, si l'on prend par exemple le contrôle des comportements, comme l'interdiction des ententes, la procédure est beaucoup moins « agréable » pour les entreprises en cause, puisqu'elles sont soupçonnées d'avoir enfreint les règles de la concurrence. Les échanges entre les autorités en charge du contrôle des concentrations et les entreprises sont à ce titre plus apaisés, puisque les entreprises ne sont pas accusées ou coupables de quoi que ce soit. De plus, la plupart des décisions rendues dans le cadre du contrôle des concentrations étant des autorisations, ce dernier est le plus souvent abordé comme une formalité à remplir pour finaliser l'opération de concentration, sauf bien entendu pour les opérations entre géants d'une industrie donnée qui sont abordées avec davantage de circonspection. Il convient par conséquent de garder à

[517] COT et LA LAURENCIE, op. cit., p.359.

l'esprit que le contrôle des concentrations est un processus de coopération entre les entreprises et les autorités de concurrence, et que le but final du contrôle est la protection de l'équilibre concurrentiel, l'interdiction d'une opération de concentration n'en étant qu'un moyen aussi rare qu'extrême.

559.- Les différentes particularités de la procédure du contrôle des concentrations sont avant tout les conséquences d'un contrôle organisé *à priori* (Chapitre I), la procédure d'examen étant elle aussi adaptée à cette caractéristique (Chapitre II).

Chapitre I : Les conséquences d'une procédure à priori.

560.- Du point de vue procédural, la principale caractéristique de nombreux Etats équipés d'un système de contrôle des concentrations est le choix d'une procédure de contrôle *à priori*. En d'autres termes, les opérations de concentration sont contrôlées avant qu'elles ne soient réalisées, le contrôle portant sur un projet de concentration arrêté. Un tel choix de procédure emporte une conséquence principale, à savoir la nécessité pour les autorités en charge du contrôle des concentrations de se voir informées des projets de concentration que les entreprises s'apprêtent à concrétiser. Ce premier chapitre s'intéressera donc à la procédure du contrôle des concentrations dans ce qui constitue sa première partie du point de vue chronologique, à savoir la période qui s'étend entre les premiers contacts entre les entreprises et les autorités en charge du contrôle des concentrations jusqu'à la fin de l'examen de l'opération par ces dernières. Les critères d'examen d'une opération de concentration ayant fait l'objet de développements approfondis dans la partie précédente, il sera question ici uniquement des questions relatives aux formalités que les entreprises doivent remplir pour notifier leur projet d'opération de concentrations aux autorités compétentes et de la gestion chronologique des différentes étapes du contrôle. Le contrôle des concentrations impose ainsi un calendrier très strict aux entreprises notifiantes, qui doivent non seulement le respecter, mais aussi prendre un nombre important de précautions pour que les autorités puissent procéder à l'examen de l'opération notifiée de manière rapide et fluide.

561.- C'est dans cette optique que le Japon, et la France par la suite, se sont dotés d'un système de notification similaire permettant aux entreprises parties à la concentration de fournir aux autorités les éléments nécessaires à l'exécution du contrôle (Section1). Toutefois, la notification étant elle-même une opération délicate et conditionnant le reste de la procédure, les relations entre les entreprises notifiantes et les autorités de contrôle commencent en amont du dépôt de notification, dans le cadre des discussions de pré-notification, dont l'importance fut drastiquement différente entre la pratique française et japonaise (Section 2).

Section I : Un système de notification similaire en France et au Japon.

562.- Le fait d'avoir une procédure à priori nécessite l'instauration d'un mécanisme permettant aux entreprises parties à une opération de concentration d'informer les autorités en charge du contrôle des concentrations. Ainsi, le Japon et la France se sont dotés d'une procédure de notification, qui se traduit désormais par le dépôt d'un formulaire spécifique convenablement rempli selon le type d'opération de concentration à notifier. Dans le cadre d'une acquisition d'actions ou de rachat d'actifs, l'opération sera notifiée par le ou les parties acquéresses, alors que l'ensemble des parties à la concentration doivent notifier dans le cas d'une fusion. Autre point qui va permettre de faciliter la présentation de cette comparaison, cette distinction des parties notifiantes selon la nature de l'opération de concentration à notifier est en vigueur ce à la fois en France[518] et au Japon[519]. De cette obligation de notification se dégagent deux aspects principaux, les conditions de la notification (§1) d'une part, et le contenu de cette notification d'autre part (§2).

§1. Les conditions de notification.

563.- Pour limiter la masse de travail qu'imposerait une notification systématique de toutes les opérations de concentration réalisées en France ou au Japon, des critères définissant l'opportunité de contrôler une opération de concentration ont été établis, toute opération ne remplissant pas ces critères pouvant donc se réaliser sans l'aval des autorités en charge du contrôle des concentrations. L'existence de tels critères confirme ainsi le principe selon lequel aucune opération de concentration n'est condamnable *per se*, et va même au-delà, en affirmant que certaines opérations de concentration, de par leurs dimensions ou leur caractéristiques, ne causeront pas de problème d'un point de vue concurrentiel, et ne nécessite donc pas que les autorités de contrôle ne s'y attardent. Avant de notifier une opération de concentration, il convient donc de vérifier tout d'abord si cette opération est effectivement soumise à l'obligation de notification (I), pour ensuite vérifier si elle remplit les seuils de notification (II).

[518] Pour la France, cette obligation est disposée par l'Art. L.430-3 C. Cce et précisée au point 100 des lignes directrices de l'ADLC .
[519] UESUGI et al, op. cit., p.313-314.

I. L'obligation de notification.

564.- La notification d'une opération de concentration remplissant les critères de contrôlabilité est ainsi obligatoire en France comme au Japon. Le caractère obligatoire de la notification (A) est assorti de sanctions en cas de non-respect de la part des entreprises (B).

A. Le caractère obligatoire de l'opération de concentration.

565.- En droit français, les dispositions relatives à la notion d'opération de concentration contrôlable se trouvent aux articles L.430-1 et L.430-2 du Code de commerce. L'article L-430-2 dudit Code contenant les dispositions relatives aux seuils de notification, de plus large développements lui seront consacrés dans le (II) suivant. L'article L.430-3 du même code disposant quant à lui que les opérations de concentrations doivent être notifiées à l'ADLC, il est ainsi possible de déduire que toutes les formes d'opération de concentration listées à l'article L-430-1 du Code de commerce (fusion, prise de contrôle, création d'une entreprise commune et acquisition d'une influence déterminante) sont à priori contrôlables si elles satisfont les seuils de contrôle, aucune opération de concentration n'étant exemptée du contrôle des concentrations de par sa nature. Ce point, finalement peu clair dans la loi française, est explicité au sein des lignes directrices de l'ADLC[520].

566.- Ce n'est toutefois pas le cas au Japon. Comme il a été vu précédemment, la conception japonaise du contrôle des concentrations organise les opérations contrôlables selon leur nature (fusion, acquisition d'actions, etc), et de ce fait certaines catégories d'opération ne sont pas soumises à l'obligation de notifier. De plus, contrairement à la structure de la loi française, qui dispose expressément de l'obligation de notifier dans un article spécifique, l'AML dispose cette obligation au sein des articles concernant les opérations de concentration qui en font l'objet. Ainsi, cette obligation est présente dans les articles 10, 15, 15-2 alinéa 2, 15-2 alinéa 3, 15-3 et 16 alinéa 2 de l'AML, concernant respectivement les acquisitions d'actions, les fusions, les scissions avec constitution de nouvelle société, les scissions-absorption, les intégrations communes et les transferts d'actifs.

[520] Lignes directrices de l'ADLC, point 99 : « Dès qu'une opération de concentration est contrôlable au sens des articles L. 430-1 et L. 430-2 du Code du commerce, elle doit être notifiée auprès de l'Autorité de la concurrence ».

567.- Par conséquent, les doubles emplois de dirigeants ainsi que les acquisitions réalisées par des personnes morales autres que des sociétés, disposés respectivement aux articles 13 et 14 de l'AML ne sont pas soumis à l'obligation de notification. Cette exception est toutefois récente, puisque c'est avec la réforme du droit de la concurrence japonais de 1998 que l'obligation de notification pour ces deux types de concentration a été abolie, le législateur japonais ayant estimé que ceux-ci intervenant généralement dans le cadre d'acquisitions d'action, la notification de ces acquisitions suffisait alors à appréhender l'ensemble des effets sur la concurrence[521]. Enfin, les banques et les compagnies d'assurances étant soumises à un régime spécifique d'autorisation en cas d'acquisitions, elles sont également exemptées de l'obligation de notifier.

568.- On constate ainsi que l'une des différences fondamentales de conception entre les contrôles français et japonais des concentrations, à savoir la classification selon la nature de l'opération au Japon alors que la France préfère recourir à une définition plus générale, a également des conséquences en matière d'obligation de notification. En effet, à partir du moment où la définition d'une opération de concentration dépend du résultat de l'opération (la prise de contrôle ou l'acquisition d'une influence déterminante dans le cas de la France), il apparaîtrait peu logique que le législateur vienne ajouter une exemption à la notification pour des raisons liées à la nature même de l'opération. En revanche, la division des opérations de concentration selon le moyen de réalisation de ces opérations telle qu'opérée au Japon, ainsi que l'existence d'un article de l'AML spécialement dédié à chacune de ces formes de concentration, bien que cela entraîne certaines redondances en ce qui concerne les dispositions communes d'un article à l'autre, permet toutefois d'inclure plus facilement certaines différences de traitement selon la nature de l'opération à contrôler.

569.- Toutefois, les principales opérations de concentration exemptées de notification au Japon, à savoir les situations de double emploi de dirigeant et les détentions d'action par des personnes physiques, étant pour l'une absente de la réglementation française en la matière, et pour l'autre relativement exceptionnelle, il est possible d'affirmer que cette différence d'obligation de notification selon la nature de l'opération de concentration entre les contrôles français et japonais n'a pas de conséquences importantes en pratique.

[521] UTORO, « 企業結合規制の手続規定等に係る独占禁止法改正について » (*Des règles de procédure du contrôle des concentrations en rapport avec la réforme de la loi anti-monopole*)、In 公正取引、N° 574, Aout 1998, p.7.

Pour que l'obligation de notifier soit assidument respectée, elle doit être assortie de sanctions.

B. Les sanctions en cas d'absence de notification d'une opération contrôlable.

570.- Le droit français sanctionne ainsi toute opération de concentration réalisée sans notification selon les dispositions de l'article L.430-8-I du Code de commerce. Une opération de concentration réalisée sans notification obligera, si elle est découverte, les parties à cette concentration à notifier l'opération sous peine de retour forcé à l'état antérieur à la concentration, et éventuellement au paiement d'une amende d'un montant pouvant s'élever jusqu'à 5% du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par les entreprises qui auraient dû notifier, et jusqu'à 1,5 millions d'euros pour les personnes physiques. Ces dispositions s'appliquent aussi bien à une absence de notification intentionnelle qu'à une omission[522]. Une des rares applications a été l'affaire de prise de participation de la SNCF dans Novatrans, affaire dans laquelle la SNCF a été condamnée à 250 000 euros d'amende pour absence de notification[523], et qui prouve à ceux qui en douteraient que d'une part, la notification d'une opération de concentration doit être prise avec le plus grand sérieux, et qu'il est d'autre part déraisonnable de penser pouvoir se dérober de l'attention des autorités et de leurs services de veille industrielle.

571.- La législation japonaise en la matière a pris le parti de ne pas recourir à des dispositions ou des amendes spécifiques en cas d'absence de notification. Bien que la JFTC édite des lignes directrices réservées à la notification[524], ces dernières n'évoquent pas l'éventualité d'une omission ou d'une dissimulation d'une opération de concentration. Comme pour toute tentative d'évasion des dispositions relatives au contrôle des concentrations, c'est aux articles 17 et 18 de l'AML, qu'il convient de se référer. En effet, l'obligation de notification étant disposée de manière répétée au sein de chaque article de l'AML concernant un type d'opération de concentration la requérant, le fait de ne pas notifier

[522] Lignes directrices de l'ADLC, point 104.
[523] Arrêté du ministre de l'économie, des finances et de l'emploi du 28 janvier 2008 relatif à l'absence de notification d'une concentration consistant en la prise de contrôle de Novatrans par SNCF Participations, BOCCRF n° 2 bis du 28 février 2008.
[524] La dernière version de ces lignes directrices nommées « 企業結合審査の手続に関する対応方針 » (que l'on peut traduire par « lignes directrices concernant la procédure d'examen des opérations de concentration ») a été publiée par la JFTC le 14 juin 2011, et est disponible à cette adresse : http://www.jftc.go.jp/pressrelease/11.june/11061402.pdf

correspond à une contravention à ces dispositions, et par conséquent fait l'objet des dispositions des articles 17 et 18 de l'AML. L'article 17-2 de l'AML dispose ainsi que la JFTC est habilitée à prononcer des « ordres de mesures correctives »[525] consistant, dans le cas d'une acquisition d'actions frauduleuse, à une cession forcée des actions acquises sans l'aval de la JFTC, et dans le cas d'une cession d'actifs frauduleuse, à une cession forcée desdits actifs. En outre, le défaut de notification est en théorie puni d'une amende pouvant s'élever à 200 mille yens, mais cette possibilité est restée théorique, dans la mesure où aucune société n'a fait l'objet d'une telle condamnation[526].

572.- On remarque ici que, contrairement aux dispositions françaises qui préconisent un simple retour à l'état antérieur à l'opération de concentration, les dispositions japonaises ne précisent pas que les actions ou les actifs acquis doivent nécessairement retourner à l'entreprise qui les a cédées. En effet, lors d'une acquisition d'actions faisant l'objet d'une notification, c'est à l'entreprise qui acquiert les actions qu'incombe le devoir de notification, l'entreprise cédante n'ayant aucune formalité à remplir devant la JFTC[527]. Ainsi, le fait d'obliger l'entreprise qui a acquis frauduleusement des actions ou des actifs à les céder à une entreprise tierce, et non pas à les restituer de force à l'entreprise cédante initiale constitue une forme de sanction à l'égard de l'entreprise acquéresse uniquement, sans que l'entreprise cédante, à qui il n'incombe à priori pas de responsabilité en matière de notification ne se trouve embarrassée avec des actions ou des actifs qu'elle souhaitait vendre au départ.

573.- Par ailleurs, L'article 18 vise les fusions et les scissions frauduleuses, et autorise à prononcer la nullité de ces dernières. Par conséquent, on observe ici un véritable retour à l'état antérieur à l'opération de concentration, qui s'inscrit dans la logique décrite ci-dessus. Dans le cas d'une fusion ou d'une scission, l'ensemble des entreprises impliquées doivent respecter les dispositions de l'AML et notifier leur projet. Par conséquent, la sanction en cas de non-respect desdites dispositions, à savoir la nullité de la fusion ou de la scission, affecte toutes ces entreprises sans exception. Ce mode de sanction, en ce qu'il s'efforce de ne viser que la ou les parties fautives d'une opération de concentration nous paraît ainsi plus juste qu'un mode de sanction affectant l'ensemble des parties indifféremment.

574.- Dans les deux juridictions, plus que la nature de l'opération, le dépassement des seuils reste le critère déterminant de la notification.

[525] en japonais 排除措置命令
[526] UESUGI et al., op. cit., p. 320.
[527] Article 10-2 de l'AML.

II. Les seuils de notification.

575.- Autre élément commun aux systèmes français et japonais de notification, les opérations de concentration ne font l'objet d'une notification qu'à partir d'un certain seuil, censé refléter la puissance économique des entreprises parties à l'opération, et par conséquent la propension de leur projet de concentration à influer sur l'équilibre concurrentiel du ou des marchés où elles exercent leurs activités. La dimension des économies française et japonaise étant différente, la comparaison des montants des seuils n'apporterait en soi guère de réponses sur la réalité des contrôles français et japonais des concentrations. En revanche, certaines différences concernant l'acception donnée au chiffre d'affaires, ainsi que les différences dans le montant des seuils en fonction du type d'opération méritent quelques développements. Ainsi, les chiffres d'affaires pris en compte étant totalement différents, il convient d'exposer d'abord la conception française du chiffre d'affaires (A) avant de se pencher sur la conception japonaise (B).

A. Les chiffres d'affaires requis par l'ADLC.

576.- En France, selon les dispositions de l'article L.430-2 I du Code de Commerce, quelle que soit la nature de l'opération de concentration (acquisition d'actions, fusions, etc.), celle-ci doit être notifiée lorsque le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 150 millions d'euros d'une part, et lorsque le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé en France par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 50 millions d'euros d'autre part. Ces seuils étaient auparavant plus élevés, mais dans une volonté de renforcement du contrôle français des concentrations, ils furent considérablement abaissés lors de l'adoption de la loi NRE en 2001[528]. Ainsi, l'ADLC prend en compte à la fois le chiffre d'affaires français et mondial, et ce de l'ensemble des parties concernées, sans faire de différence particulière entre le chiffre d'affaires de l'entreprise acquéresse et celui de l'entreprise cible par exemple. Il faut également relever que le contrôle des concentrations français comporte aussi un « plafond », puisque en vertu du principe de guichet unique, les entreprises réalisant un certain chiffre

[528] Le seuil en chiffre d'affaires en vigueur entre l'ordonnance du 30 décembre 1986 et la loi NRE du 15 mai 2001 était de 7 milliards de francs (soit 1,067 milliards d'euros). Sur l'ancien système français de notification, voire JEANTET, *L'esprit du nouveau droit de la concurrence*, in La Semaine Juridique Edition Générale n° 9, 25 Février 1987.

d'affaires sur le marché de la communauté européenne doivent être directement notifiées à la Commission européenne en vertu de l'article 1er, paragraphes 2 et 3 du règlement (CE) n° 139/2004[529].

577.- De plus, on constate qu'outre les montants, qui tiennent évidemment compte de la différence de dimension économique des marchés français et européen, les chiffres d'affaires pris en compte sont de même nature : dans les deux cas, le premier chiffre d'affaires est celui réalisé sur le marché géographique où l'autorité en question est compétente, et le deuxième est le chiffre d'affaires mondial. Cet alignement des seuils français de chiffres d'affaires sur les seuils communautaires de notification est l'une des conséquences de la volonté d'harmonisation de la loi NRE de 2001, afin de permettre plus aisément les renvois d'une autorité à une autre, contrairement au système en vigueur en France entre 1986 et 2001, reposant sur des seuils en chiffre d'affaires et en parts de marché[530].

578.- Bien qu'il n'y ait pas de régime spécifique en fonction du type d'opération de concentration, on note tout de même deux exceptions, disposées respectivement à l'article L.430-2 II et L.430-3 du Code de commerce, à savoir pour les opérations de concentration impliquant au moins deux entreprises dans le commerce au détail, ou bien lorsqu'au moins une des parties exerce toute ou partie de son activité dans un ou plusieurs départements d'outre-mer ou dans les collectivités d'outre-mer de Mayotte, Saint-Pierre-et-Miquelon, Saint-Martin et Saint-Barthélemy. Dans ces deux situations, les seuils de notification sont considérablement réduits, et ramenés à 75 millions d'euros pour le chiffre d'affaires mondial

[529] Celui-ci dispose en effet : [une opération de concentration est de dimension communautaire si :]« 2. a) le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 5 milliards d'euros, et
b) le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 250 millions d'euros, à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même État membre.
3. Une concentration qui n'atteint pas les seuils fixés au paragraphe 2 est de dimension communautaire lorsque :
- le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 2,5 milliards d'euros; 23
- dans chacun d'au moins trois États membres, le chiffre d'affaires total réalisé par toutes les entreprises concernées est supérieur à 100 millions d'euros ;
- dans chacun d'au moins trois États membres inclus aux fins du point b), le chiffre d'affaires total réalisé individuellement par au moins deux des entreprises concernées est supérieur à 25 millions d'euros, et
- le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 100 millions d'euros, à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même État membre. »

[530] IDOT, *La deuxième partie de la loi "NRE" ou la réforme du droit français de la concurrence*, in La Semaine Juridique Edition Générale n° 36, 5 Septembre 2001.

hors taxe et 15 millions d'euros pour le chiffre d'affaires national. Ce traitement spécifique pour l'Outre-mer est intervenu par l'article 59 de la loi de programme pour l'outre-mer en 2003[531], et ne concernait au départ que certains commerces de détail situés Outre-mer. Cependant, la loi de modernisation de l'économie de 2008 est intervenue pour modifier cette exception, en la scindant en deux. Désormais, sont soumises à ces chiffres d'affaires spécifiques les opérations de concentration impliquant des entreprises exerçant leur activité Outre-mer, et ce quelle que soit ladite activité d'une part, et d'autre part les entreprises ayant une activité de commerce de détail, désormais sur l'ensemble du territoire français[532]. En outre, l'adoption de seuils spécifiques pour les opérations de concentration impliquant le commerce de détail reflète une certaine réalité économique, puisqu'il s'agit du premier secteur concerné par des notifications, avec 47% des notifications pour l'année 2011[533].

579.- Les chiffres d'affaires pris en compte au Japon recouvrent des réalités extrêmement différentes, si bien que l'établissement d'une notification simultanée d'une opération en France (ou auprès de la Commission européenne) et au Japon demanderait une attention toute particulière sur ce point précis.

B. Les chiffres d'affaires requis par la JFTC.

580.- Le régime japonais diffère grandement en ce qui concerne la détermination de ces seuils. Bien que le contrôle des concentrations japonais n'ait été un contrôle à priori depuis beaucoup plus longtemps que le contrôle français, il s'agissait d'un contrôle systématique dans lequel toutes les fusions devaient être notifiées à la JFTC sans notion de seuil, tandis que les détentions d'action et les doubles emplois de dirigeants faisaient l'objet d'un rapport annuel, rapport qui était lui soumis à des seuils. Ce n'est qu'avec la réforme de 1998 que le contrôle japonais des concentrations a abandonné le système de rapport annuel, et instauré des seuils en chiffres d'affaires pour les fusions. Les scissions d'entreprises n'ont été intégrées au sein de l'AML qu'en 2000, et les acquisitions d'actions, faisant l'objet d'un rapport à postériori, ne furent soumis à un système de notification similaire à celui des fusions qu'à partir de 2009.

[531] Loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003, JORF du 22 juillet 2003.
[532] BAZEX et BLAZY, *Les dispositions de la LME relatives au contrôle des opérations de la concentration entre entreprises : quelle régulation pour le contrôle des opérations de concentration ?* in Contrats Concurrence Consommation n° 11, Novembre 2008, dossier 7
[533] ADLC, rapport d'activité pour l'année 2011, p. 23.

581.- Tout d'abord, ici aussi la structure logique du contrôle japonais des concentrations organisant les opérations selon leur type à une grande influence, puisque le montant des chiffres d'affaires à prendre en compte n'est pas le même selon le type d'opération. Avant de préciser ces montants, il convient de dégager les deux caractéristiques communes à tous les types de concentration. Premièrement, est seul pris en compte le chiffre d'affaires national, le chiffre d'affaires mondial n'étant ici pas requis. Deuxièmement, alors qu'en France les chiffres d'affaires de l'ensemble des entreprises parties à l'opération sont mis en commun, l'AML dispose, pour chaque type d'opération sujet à notification, deux seuils de chiffre d'affaires nationaux : le premier, souvent le plus important, concernera l'acteur « principal » de l'opération, l'entreprise acquéresse dans le cadre d'une cession d'actions ou d'actifs, ou l'entreprise générant le chiffre d'affaires le plus important s'il s'agit d'une fusion par exemple. Le deuxième chiffre d'affaires, plus faible, concernera soit la cible, soit le deuxième chiffre d'affaires le plus important parmi les entreprises concernées. Le montant du seuil principal varie entre 10 et 20 milliards de yens[534], et le seuil secondaire varie lui entre 3 et 5 milliards (30.837.884 et 51.396.473 d'euros au 4 août 2012) selon les éventualités[535].

582.- Les formes de concentration les plus classiques, à savoir les fusions et les acquisitions d'action, fonctionnent ainsi avec un couple de seuils identique de 20 milliards de yens pour l'entreprise acquéresse ou pour l'entreprise la plus importante d'une fusion, et de 5 milliards de yens pour la cible ou la deuxième entreprise la plus importante de la fusion, tandis que les transferts d'actifs nécessitent seulement un seuil de 3 milliards de yens pour la cible. Il existe ensuite une multitude de combinaisons de seuils pour les différents types de scissions (scissions avec constitution d'une nouvelle société et scissions-absorptions) disposés à l'article 15-2 de l'AML, mais en raison du détail extrême dont font preuve ces dispositions, elles ne seront pas reproduites *in extenso* dans cette thèse pour ne pas alourdir considérablement le texte.

583.- Il ressort de cette comparaison que le système de notification auprès de la JFTC est plus complexe, et beaucoup moins facilement compréhensible qu'auprès de l'ADLC, de par cette volonté de proposer des seuils différents selon les opérations envisagées. En outre,

[534] Soit entre 102.792.946 et 205.585.893 euros au 4 août 2012.
[535] Malheureusement, la JFTC ne propose aucun document présentant de façon claire et organisée les différents seuils. Actuellement, le document le plus concis en la matière est celui édité par l'International Competition Network, et disponible à cette adresse : http://www.jftc.go.jp/en/policy_enforcement/mergers/pdf/icnmaterials/ICN_Merger_Template_Japan_2010.pdf

aucune information n'est fournie par la JFTC ou l'AML pour la notification d'une éventuelle opération complexe qui regrouperait différents types de concentration. D'autre part, les montants de notification au Japon, bien qu'augmentés en 2009, paraissent relativement bas, surtout comparativement aux dimensions de l'économie japonaise. Il en résulte que davantage d'opérations sont sujettes à notification, et que le contrôle japonais des concentrations semble à ce titre plus sévère que son homologue français.

584.- Les modalités générales de notification ayant montré des particularités très marquées selon le pays, il convient désormais de se pencher sur le contenu de cette notification.

§2. Le contenu de la notification.

585.- La notification est une première étape importante de la procédure du contrôle des concentrations, et ce notamment pour les professionnels du droit représentant les parties à l'opération de concentration notifiée. En effet, c'est principalement à ce moment-là qu'ils vont devoir s'assurer de présenter les informations concernant ladite opération de concentration de la façon la plus exacte, et la plus complète possible, dans le but d'obtenir le feu vert de la part de l'autorité de contrôle au plus vite. Les éléments à notifier lors d'une opération de concentration ont considérablement évolué. Alors qu'aux premiers temps de la notification, le contenu de celle-ci n'était pas spécifié, la pratique s'est peu à peu formalisée, l'apparition de formulaires de notification venant finalement fixer les éléments qui doivent impérativement figurer. Comme les développements précédents l'ont montré, le calcul du chiffre d'affaires est un élément indispensable (I), la plupart des autres données à fournir concernant davantage le marché pertinent (II).

I. Le calcul du chiffre d'affaires.

586.- La nature même du chiffre d'affaires pris en compte par les autorités françaises et européennes d'une part, et par les autorités japonaises d'autre part est très différente, et il en va de même pour les modalités de calcul. L'exposé de ces modalités en France et en Europe (A) précèdera ledit exposé au Japon (B).

A. Les modalités de calcul du chiffre d'affaires en France et en Europe.

587.- Pour les modalités concernant le calcul du chiffre d'affaires, la législation française a pris le parti d'adopter les règles du droit européen[536] , ce qui s'explique aisément pour des raisons d'harmonisation d'une part, et surtout pour éviter les problèmes de double compétence. Puisque le chiffre d'affaires détermine à la fois la compétence des autorités françaises, mais aussi européennes si ce dernier est suffisamment élevé, il est nécessaire que les modalités de calcul du chiffre d'affaires soient identiques pour que la délimitation entre les compétences nationale et communautaire soit nette. L'article 5 du règlement (CE) n° 139/2004 pose ainsi en détail la définition du chiffre d'affaires, et de ce que ce dernier doit inclure, mais l'abondance de détails techniques nuit quelque peu à la compréhension générale du texte, d'où l'utilité, dans ce domaine, de la Communication consolidée sur la compétence de la Commission[537].

588.- Celle-ci a le mérite d'exprimer clairement et de manière pédagogique ce que doit contenir le chiffre d'affaires. Ainsi, le chiffre d'affaires correspond aux ventes de produits et services, la notion de vente de services se voyant apportée quelques précisions en fonction de la nature du service (points 157 à 159). Celui-ci devant refléter la puissance économique de l'entreprise, il faut lui déduire l'ensemble des taxes et charges des entreprises (chiffre d'affaires net), et ne pas comptabiliser les bénéfices internes, quand une maison mère réalise des ventes auprès d'une filiale par exemple (points 164 à 168). De plus, les aides émanant d'organismes publics, quel que soit leur but, doivent être comptabilisées (point 162). Toujours dans le souci de coller à la réalité économique, la Commission souhaite en général que soient fourmis les chiffres d'affaires du dernier exercice clos, avec des ajustements si besoin est (points 169 à 174), et c'est l'intégralité du groupe auquel sont intégrées les parties à la concentration qui est pris en compte (points 175 à 178). Enfin, les questions d'affectation géographique sont aussi d'une grande importance, car comme vu précédemment, le chiffre d'affaire réalisé sur le territoire français fait également l'objet d'un seuil. Pour synthétiser, qu'il s'agisse de produits ou services, l'affectation géographique du chiffre d'affaires dépend du lieu où se trouve le client (points 195 à 203).

[536] article L.430-2-V du Code de Commerce.
[537] Commission Européenne, Rectificatif à la communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JOUE C 95, 16 avril 2008.

589.- Malheureusement les dispositions concernant les modalités de calcul du chiffre d'affaires ne bénéficient pas du même soin pédagogique au Japon.

B. Le mode de calcul du chiffre d'affaires au Japon.

590.- Les modalités de calcul du chiffre d'affaires sont disposées à l'article 2 de la loi de 1953 concernant les notifications dans le cadre des articles 9 à 16 de l'AML[538]. Le chiffre d'affaires à prendre en considération semble au demeurant inclure les mêmes caractéristiques que celles requises par la Commission européenne. Ici aussi, le chiffre d'affaires correspond aux ventes de produits au service (article 2), mais il s'agit du chiffre d'affaires brut (article 2-1). Le caractère japonais du chiffre d'affaires d'une société, qu'elle soit japonaise ou étrangère, se base sur les quantités de produits ou services fournis sur le territoire japonais (article 2-2). Les autorités japonaises privilégient aussi une logique de groupe ne prenant pas en compte le chiffre d'affaires généré par les transactions intragroupe (article 2-4-2), à la différence près que les entreprises étrangères, même faisant partie d'un groupe plus important à l'international, ne doivent inclure que leur filiales ayant un chiffre d'affaire affectable au marché japonais en vertu du principe énoncé à l'article 2-2.

591.- A première vue, le chiffre d'affaires pris en compte selon les pays assez différent quant à son contenu, de par l'utilisation d'un chiffre d'affaires mondial en France et en Europe, qu'on ne trouve pas au Japon, ce chiffre d'affaires étant net en France et en Europe, alors qu'il est brut au Japon. Cette différence porte cependant à peu de conséquence au regard de la réalité économique telle que perçue en France, en Europe et au Japon. En effet, le chiffre d'affaires brut étant par définition plus élevé que le chiffre d'affaires net, aucune taxe ou charge n'ayant été déduite, les chiffres d'affaires reportés aux autorités japonaises apparaîtront à priori plus importants que ceux rapportés aux autorités françaises. Cependant, compte tenu du fait que les taxes supportées par les entreprises sont soumises à des taux le plus souvent fixes, il ne semble pas qu'il y ait, à priori, de différence fondamentale induite par cette différence de calcul, d'autant plus que dans les deux pays, le chiffre d'affaires nécessaire à la notification elle-même est le chiffre d'affaires brut.

[538] JFTC, Règles de la JFTC n° 1, 私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律第九条から第十六条までの規定による認可の申請、報告及び届出等に関する規則, traduites en anglais *Rules on Applications for Approval, Reporting, Notification, etc. Pursuant to the Provisions of Articles 9 to 16 of the Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade*. La traduction à jour de la réforme de 2011 est disponible à cette adresse: http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/RAA_2.pdf.

592.- Plus que la méthode de calcul du chiffre d'affaires, c'est donc le rapport entre les seuils définis, les dimensions des différentes économies et le nombre de notifications effectuées qui importe. On peut tout d'abord comparer les montants des seuils exigés par les autorités françaises, européennes et japonaises. En toute logique, les seuils européens sont de loin les plus hauts, suivis par les seuils japonais puis français, somme toute relativement proches, ce qui montre une certaine corrélation entre dimension économique et choix du montant des seuils. Toutefois, la fonction principale des seuils étant finalement de réguler le nombre d'opérations de concentration susceptibles d'être contrôlées, une comparaison du nombre d'affaires notifiées peut s'avérer riche d'enseignements. Pour l'année 2010, 274 opérations ont été notifiées à la Commission européenne[539], 213 opérations l'ont été à l'ADLC[540], et enfin la JFTC a reçu 265 notifications[541]. En dépit des différences relatives d'importance économique entre les marchés français, européens et japonais, ces chiffres sont tout de même très proches, et montrent ainsi que les seuils sont choisis de façon à ce que les autorités en charge du contrôle des concentrations contrôlent entre 200 et 300 opérations par an. De ce point de vue, il semble donc que les autorités de contrôle, bien qu'ayant à leur charge des marchés de dimensions économiques très différentes, ont aménagé leur politique en matière de notification de façon à avoir des objectifs chiffrés similaires.

593.- L'essentiel du contenu de la notification est constitué des éléments permettant aux autorités en charge du contrôle d'évaluer la place des entreprises notifiantes au sein du marché pertinent.

II. Les éléments concernant le marché pertinent.

594.- Outre les pièces supplémentaires à fournir pour que le dossier de notification soit complet, le document principal de cette notification est, en France comme au Japon, un formulaire à remplir par les parties à la concentration. On constate cependant une différence de formalisme entre une notification française somme toute assez libre (A) et une notification japonaise extrêmement formaliste.

---

[539] Chiffres de la Commission disponibles à cette adresse : http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf (Tableau I)
[540] ADLC, Rapport d'activité 2010, p.15, Tableau 5.
[541] JFTC, 平成22年度における企業結合関係届出等の状況 (Situation des notifications relatives aux opérations de concentration pour l'année 2010), Tableau 1.

A. La relative liberté offerte par le système français de notification.

595.- En France, le formulaire de notification est libre dans sa forme, et les diverses questions posées ne changent pas d'un type d'opération à l'autre[542]. Après avoir fourni les informations de base concernant l'opération, portant sur la description de l'opération et la présentation des entreprises parties à la concentration, il est demandé aux parties notifiantes d'exposer les marchés concernés. Celles-ci doivent donc exposer à l'ADLC à la fois les marchés pertinents de produits et les marchés géographiques en relation avec l'opération en cause, en fournissant en outre les parts détenues sur ces marchés par le groupe auquel elles appartiennent. De plus, une distinction est faite entre un marché concerné, et un marché affecté. Le terme « affecté » n'est ici pas anodin, puisqu'il désigne soit un marché sur lequel les parts de marché cumulées des entreprises parties à la concentration dépassent 25%, sur un marché (dans le cas d'une concentration horizontale), soit l'éventualité dans laquelle les entreprises parties à la concentration se situent sur des marchés amont ou aval l'une de l'autre, avec une des entreprises détenant au moins 25% de parts du marché sur lequel elle exerce (on se trouve alors dans le cas d'une concentration verticale).

596.- Il est également précisé qu'un marché peut être affecté par la disparition d'un concurrent potentiel[543], ce qui montre qu'une opération conglomérale peut également affecter un marché, la disparition d'un concurrent potentiel étant, comme vu dans le chapitre II de la partie I de cette thèse, l'une des principales restrictions concurrentielles à redouter dans ce type d'opération. Lorsque l'un des marchés inclus dans l'opération notifiée est qualifié de marché affecté, les entreprises notifiantes doivent alors fournir de nombreuses informations supplémentaires sur ce dernier : informations sur le volume du marché, sur leurs principaux clients, sur leurs principaux fournisseurs, sur les éventuelles barrières à l'entrée de ce marché, les canaux de distribution, l'évolution des prix, les capacités de production et la structure de la demande. Tous ces éléments sont extrêmement familiers, puisque ce sont ceux traditionnellement analysés par l'ADLC pour évaluer l'atteinte à la concurrence d'une opération de concentration. Il est donc possible d'affirmer que la notion de marché affecté emporte déjà, si ce n'est une présomption de restriction concurrentielle, à tout le moins une certaine méfiance de la part de l'ADLC. De surcroit, en cas de marché affecté, les parties

[542] Le contenu du formulaire est disposé par l'article R-430-2 du Code de Commerce renvoyant aux annexes 4-3 à 4-5 dudit Code.
[543] Annexe 4-3 du Code de commerce, point 4.

notifiantes ne pourront pas bénéficier du dispositif de notification simplifiée permettant, sous certaines conditions, d'alléger considérablement le contenu du dossier de notification[544].

597.- Ainsi, le système français de notification comporte plusieurs « niveaux » de notification selon la gravité présumée du projet de concentration notifié, allant d'une notification simplifiée pour les opérations ne présentant pas de problèmes particuliers à une notification considérablement plus précise et proposant une présentation détaillée de la structure et des acteurs des marchés concernés en cas de marché affecté, pour permettre à l'ADLC de procéder à une analyse approfondie. Cette méthode d'organisation de la procédure est en outre fortement inspirée par la procédure devant la Commission européenne, qui propose également un système de notification simplifiée pour les affaires jugées à faible risque pour la concurrence, et qui, bien que ne proposant pas de notion équivalente à celle de marché affecté, comporte toutefois un formulaire « RS » permettant aux parties de déposer une demande motivée de renvoi de leur projet en phase de pré-notification, au cas où ces dernières ressentiraient d'elles-mêmes le besoin d'une analyse approfondie dès les premières étapes de l'examen de leur opération devant l'autorité européenne[545].

598.- Si le contenu de la notification est peu différent, le formalisme requis au Japon est beaucoup plus important.

B. L'extrême formalisme du système japonais de notification.

599.- La première différence entre le contenu de la notification en France et au Japon tient à l'importance du formalisme pour les autorités japonaises. Là où la législation française propose une simple liste des éléments devant figurer dans la notification, laissant une certaine liberté aux entreprises pour la présentation, la JFTC demande aux entreprises notifiantes de remplir un formulaire disponible sur son site internet. Ici aussi, le type d'opération envisagé à son importance, car il existe un formulaire spécifique pour chaque type d'opération, le formulaire à utiliser selon l'opération envisagée étant prescrit à l'article 2-6 des règles de notification pour les acquisitions d'action, et à l'article 5 desdites règles pour les autres types

[544] Les conditions à remplir pour bénéficier da la procédure de notification simplifiée sont exposées aux points 163 à 171 des lignes directrices de l'ADLC.
[545] Commission européenne, RÈGLEMENT (CE) No 802/2004 de la Commission du 21 avril 2004 concernant la mise en oeuvre du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises JO L 133 du 30 avril 2004, p. 1 (voir notamment annexe III).

d'opération[546]. Bien que lesdits formulaires diffèrent selon le type d'opération envisagée, cette différence se situe essentiellement dans le détail des intitulés et des références aux parties, mais le contenu à fournir est quant à lui assez similaire. Dans le principe, les informations à remplir sont souvent les mêmes que celles demandées par l'ADLC, même si l'on dénote parfois une plus grande précision demandée aux parties notifiantes.

600.- Après avoir présenté l'opération et les parties, il faut alors procéder à la définition des marchés sur lesquels les parties exercent leur activité et fournir non seulement leurs parts de marché, mais aussi celles au minimum des trois premières entreprises desdits marchés, ainsi que la différence en parts de marché entre l'entreprise notifiante et la première entreprise du marché. Dans le but de cerner au mieux l'étendue de l'influence des groupes auxquels appartiennent respectivement les entreprises concernées, dans le cas où une des entreprises desdits groupes a un chiffre d'affaires supérieur à 3 milliards de yens et détient une participation de plus de 20% dans une entreprise n'étant pas considérée comme faisant partie de son propre groupe, les noms de l'entreprise détenante, de l'entreprise-cible, les marchés sur lesquels elles exercent leur activités et les informations mentionnées ci-dessus concernant les parts de marché.

601.- Il est à noter que ce volume d'information, somme toute assez important et parfois complexe à obtenir (comme les informations sur les parts de marché de certains concurrents par exemple) doit être fourni à la fois pour les entreprises parties à la concentration prises séparément avant l'opération, et pour l'entreprise résultant de l'opération lorsque l'opération aboutit à la création d'une nouvelle entité, comme c'est le cas pour les fusions et les intégrations communes. En outre, il n'y a pas, au Japon, de notification simplifiée, et toute opération de concentration notifiable devra présenter l'intégralité de ces informations. Enfin, la plupart des rubriques possèdent des encadrés spécifiques pour les entreprises étrangères, dont le contenu demandé est identique à celui correspondant à une entreprise nationale japonaise pour une même rubrique, ce qui allonge assez inutilement la taille formulaire de notification, une simple case « société étrangère » à cocher pouvant très bien remplir cette fonction.

602.- Il ressort de cette analyse que la notification est globalement plus complexe au Japon qu'en France. Les informations exigées sont beaucoup plus nombreuses, se rapprochant

[546] Lesdits formulaires ne sont malheureusement disponibles qu'en japonais, à cette adresse : http://www.jftc.go.jp/ma/youshiki/kaiseiyoushiki.html.

ainsi de ce qu'exige l'ADLC lors d'un projet de concentration comportant un marché affecté, et leur accessibilité peut causer des problèmes. Bien que le formalisme extrême présente l'avantage d'une plus grande clarté et d'une uniformité des notifications, les entreprises n'ayant pas à se demander sous quelle forme présenter les données, l'absence d'une notion similaire à celle de marché affecté rend la tâche lourde, à la fois pour les autorités et pour les entreprises de faible dimension. De plus, alors que les systèmes français et européens disposent d'une procédure de notification simplifiée pour les opérations ne présentant pas de risque spécifique du point de vue concurrentiel, dispositif qui représente une économie de temps et de moyens non négligeable à la fois pour les entreprises et les autorités de contrôle, le fait que la JFTC exige systématiquement un degré important d'informations indépendamment des caractéristiques présentées par le projet nous paraît ainsi manquer de souplesse, et de toute évidence la JFTC comme les entreprises auraient tout à gagner à introduire un système de notification simplifié. Force est de constater ici que les dispositifs français et européens sont plus pragmatiques et plus faciles à comprendre et à exécuter pour les parties notifiantes.

603.- Les entreprises peuvent toutefois, si elles le souhaitent, avoir recours aux discussions en phase de pré-notification pour se faire aider par les autorités dans les difficultés que peuvent poser la notification.

Section II. Une différence quant à l'importance des discussions en phase de pré-notification.

604.- Le contrôle des concentrations en général, et la notification des opérations de concentration en particulier, de par la spécificité des procédures engagées, sont sources d'interrogations de la part des entreprises comme des professionnels du droit. C'est donc avec le plus grand pragmatisme que la possibilité de discussions en phase de pré-notification permettant aux parties notifiantes de discuter de manière informelle des opérations de concentration envisagées est prévue à la fois en France et au Japon[547], le contrôle des concentrations ayant été conçu dans une optique de coopération des autorités en charge du contrôle avec les entreprises. Cette possibilité offerte aux entreprises a ainsi été largement utilisée par ces dernières, qui peuvent à cette occasion trouver des réponses à certains aspects

[547] Il est à noter que ce mécanisme n'est initialement pas prévu par les textes législatifs, que ce soit en France ou au Japon.

mal maîtrisés de la procédure ou encore en cas de difficulté à réunir les documents exigés par les autorités en charge du contrôle. La grande praticité dont fait preuve ce système et les encouragements des autorités de concurrence d'y avoir recours ont eu pour conséquence une diversification des différents rôles que peuvent revêtir ces discussions (§1), les justifications quant à la survenance de ces diverses fonctions pouvant prêter à débat (§2).

§ 1. Les différents rôles revêtus par les discussions de pré-notification.

605.- Les discussions de pré-notification sont avant tout un moyen de coopération entre les entreprises notifiantes et les autorités en charge du contrôle des concentrations. Comme leur nom l'indique, ces discussions ont avant tout pour but de préparer la notification, et dans l'idéal d'anticiper quels problèmes l'opération envisagée risque de poser au regard de la concurrence sur les marchés concernés. Il convient toutefois de déterminer l'étendue de cette coopération, et jusqu'à quel point les entreprises peuvent être aidées sans que cette assistance ne vienne empiéter sur la procédure officielle, à savoir la notification. Ainsi, bien que son rôle soit traditionnellement limité à celui d'informer les parties notifiantes (I), cet examen préliminaire peut parfois aller au-delà de ses propres limites pour devenir le cœur du contrôle des concentrations (II).

I. Le rôle traditionnel d'information.

606.- La pré-notification constitue à la fois un premier contact entre les entreprises ayant pour projet une opération de concentration et les autorités en charge du contrôle, qui vont pouvoir en prendre connaissance. Par conséquent, la pré-notification a un rôle d'information aussi bien auprès des entreprises (A) qu'auprès des autorités de contrôles.

A. Les informations fournies aux entreprises lors de la phase de pré-notification

607.- En France, le rôle premier de la pré-notification est de permettre aux parties de s'informer sur les conséquences que l'on peut attendre d'un projet de concentration. La pré-notification n'étant disposée dans aucun texte de loi, ce sont les lignes directrices qui se

chargent d'en présenter le principe et l'utilité[548]. A cause de cette absence de base légale, il est difficile d'évaluer à partir de quand celle-ci a commencé à être utilisée régulièrement en France, et certains observateurs se sont plaints du voile de mystère qui entourait ce produit de la pratique jusqu'aux premières lignes directrices de la DGCCRF sur le contrôle des concentrations[549]. L'ensemble des divers rôles qu'elle remplit est désormais défini clairement dans les lignes directrices de l'ADLC. Comme le précise le point 116 desdites lignes directrices, les questions principalement abordées par la pré-notification sont la contrôlabilité de l'opération, les questions relevant de la méthodologie à adopter dans le cadre des études économiques nécessaires dans les opérations complexes, et enfin un premier avis informel sur l'opération de concentration envisagée. D'autres questions plus générales peuvent être traitées informellement dans le cadre de la pré-notification, comme celles portant sur le contenu de la notification[550], ou pour une opération de concentration consistant à reprendre une entreprise en difficulté[551] .

608.- Comme il sera abordé ci-après, la pré-notification en droit japonais avait jusqu'à très récemment un rôle prépondérant au sein de la procédure du contrôle des concentrations, rôle qui s'est vu grandement diminué par la réforme du 14 juin 2011. Le nom donné à cette phase préliminaire a lui aussi changé. Autrefois dénommée 事前相談, soit « discussion préliminaire », elle s'appelle désormais 届出前相談, c'est-à-dire « discussion pré-notification ». Rien que ce changement d'appellation souligne bien la volonté du législateur japonais de séparer strictement ces discussions de la phase officielle de notification. Désormais, les limites des discussions pré-notification sont clairement indiquées dans les lignes directrices sur la procédure du contrôle des concentrations. Ainsi, les entreprises s'apprêtant à notifier peuvent adresser à la JFTC leurs questions pour remplir correctement les formulaires de notification et celle-ci leur répondra en se basant sur les lignes directrices, sur la pratique décisionnelle passée et sur les données que les entreprises notifiantes mettront à sa disposition.

609.- Le dispositif d'information de cette nouvelle forme de pré-notification reste dans une optique de coopération étroite avec les entreprises, puisque l'autorité japonaise pourra

[548] Lignes directrices de l'ADLC, point 115.
[549] Voir par exemple CLAUDEL, *Décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence*, in RTD Com. 2002, p.462 : « Il est vrai que cette pratique [la pré-notification] reste officieuse et qu'elle se déploie en droit français en marge des textes. »
[550] Lignes directrices de l'ADLC, point 151.
[551] Id, point 650.

être amenée à demander à ces dernières de lui fournir des documents pour mieux répondre aux questions posées. La JFTC se réserve toutefois le droit de modifier ses positions entre les discussions pré-notification et la notification officielle, preuve supplémentaire de la volonté de faire de la pré-notification un dispositif d'information complet, mais dénué de force juridique[552]. Il apparaît au demeurant nécessaire de préciser que la réforme de la procédure du contrôle japonais des concentrations étant intervenue il y a moins d'un an, on dispose d'encore peu d'informations ou de retour concernant les limites de son application réelle. Il est par conséquent raisonnable d'affirmer que le Japon, en limitant la pré-notification à un rôle purement informatif, a procédé à une harmonisation de son modèle procédural avec la pratique occidentale. Cette harmonisation est par certains côtés tellement zélée qu'elle apparaît presque plus sévère que son modèle, tant il est vrai que même en France, au-delà du rôle d'information, la pré-notification joue parfois le rôle d'examen préliminaire.

610.- La pré-notification est extrêmement utile aux parties notifiantes pour qu'elles puissent s'informer, mais sert également les intérêts des autorités de contrôle.

B. L'intérêt de la phase de pré-notification pour les autorités de contrôle.

611.- La phase de pré-notification permet certes aux parties de glaner les informations nécessaires à leur notification, mais elle présente également de nombreux avantages pour les autorités en charge du contrôle des concentrations, à la fois en ce qui concerne la prise d'information nécessaire pour préparer la notification des entreprises, mais aussi en matière de procédure. Tout d'abord, les informations dévoilées par les parties aux autorités de contrôle lors de la phase de pré-notification va non seulement leur permettre de prendre connaissance du projet de concentration, mais va également leur donner de prendre de l'avance sur le travail qu'elles effectuent habituellement lors de la notification elle-même, puisque l'un des objectifs de ces discussions de pré-notification est d'obtenir une première idée des risques posés par l'opération matière de concurrence. L'absence de formalités particulières telles que la publication offre aussi l'avantage pour les autorités de contrôle de pouvoir se concentrer sur cette première évaluation de l'opération en fonction des éléments fournis par les parties à ce stade de la procédure. C'est notamment cette raison qui a fait que,

[552]JFTC, 企業結合審査の手続に関する対応方針, point 2.

comme nous le verrons par la suite, la JFTC a par le passé procédé à un examen extensif des opérations durant cette phase.

612.- La pré-notification joue également un rôle très important au niveau de la procédure. En ce qui concerne les autorités françaises et européennes, la pré-notification permet ainsi d'organiser les renvois entre les autorités nationales de concurrence (l'ADLC entre autres) et les autorités européennes. Il convient d'examiner en détail ces différentes formes de renvoi ainsi que leurs motifs. Tout d'abord, les parties à une concentration qui devrait, au vu des seuils, être notifiée auprès de la Commission européenne, peuvent avoir recours à la phase de pré-notification pour demander le renvoi à titre exceptionnel de l'examen de leur opération de concentration par une autorité nationale. Les parties doivent utiliser le formulaire « RS » mentionné plus haut, et doivent motiver leur demande en démontrant que leur projet de concentration risque de porter une atteinte significative de la concurrence sur le marché du pays renvoi, marché isolé du reste du marché européen[553].

613.- Ensuite, les renvois d'une opération de concentration notifiée auprès d'une autorité nationale de concurrence peuvent également faire l'objet de renvois à la Commission européenne, mais il devient plus complexe de les insérer dans la notion de pré-notification, dans la mesure où il n'apparaît pas, dans le règlement (CE) n°139/2004, que les entreprises notifiantes peuvent en faire la demande, celle-ci étant réservée aux autorités nationales de concurrence elles-mêmes. Le cas échéant, plusieurs pays peuvent ainsi se joindre à cette requête s'ils estiment qu'une opération de concentration donnée porte également à conséquence sur leur marché national. Cette pratique des renvois, que ce soit dans un sens comme dans l'autre, est relativement faible proportionnellement au nombre de notifications reçues par la Commission européenne et par l'ADLC, mais existe néanmoins. Ainsi, pour l'année 2011, l'ADLC a renvoyé deux opérations à la Commission, et la Commission a également renvoyé deux affaires à l'ADLC[554].

614.- Ainsi, plus qu'en droit français, c'est en droit européen que la pratique de la pré-notification s'est le plus développée en matière procédurale, puisque le renvoi d'une opération à la Commission ne peut s'effectuer à l'initiative des parties (en d'autres termes, il n'existe pas de formulaire « RS » au niveau national). En outre, la Commission encourage les entreprises à avoir recours à la pré-notification même pour des affaires de prime abord peu

[553] Commission Européenne, Règlement (CE) n° 139/2004, article 4 point 4.
[554] ADLC, rapport d'activité pour l'année 2011, pp. 16-17.

complexes pour rendre le processus de notification plus fluide et plus rapide, et éventuellement pour pouvoir bénéficier d'une procédure de notification simplifiée[555]. Fort logiquement, la JFTC n'étant pas intégrée à un ensemble supranational tel que celui liant l'ADLC à la Commission européenne, le rôle de la phase de pré-notification ne saurait intégrer une telle fonction procédurale.

615.- Que ce soit auprès de l'ADLC, de la Commission européenne ou de la JFTC, la phase de pré-notification implique que les autorités donnent un premier avis sur l'opération, posant la question de la profondeur que peut revêtir cet avis sans empiéter sur la procédure de notification officielle.

II. La délicate frontière entre examen préliminaire et examen réel.

616.- La pré-notification, pour qu'elle n'empiète pas sur la notification, demande que les parties à la concentration comme les autorités de contrôle respecte son côté préliminaire et introductif, et n'essaient pas de résoudre l'ensemble des questions normalement résolu après qu'une notification officielle ait été effectuée. Si les autorités françaises et européennes semblent respecter cette limite (A), l'autorité japonaise l'a franchie pendant plusieurs années (B).

A. Une pré-notification peu étendue en France et en Europe.

617.- Si la pré-notification ne remplace pas l'examen officiel de l'opération de concentration dans le cadre de la procédure de notification, elle peut s'avérer utile, non seulement pour une première analyse des effets attendus de l'opération, mais également pour permettre aux entreprises concernées de commencer à réfléchir à des engagements pour résoudre les éventuelles atteintes à la concurrence résultant de ladite opération[556]. Cet aspect de la pré-notification est assez intéressant, puisqu'il permet aux entreprises de savoir très rapidement si l'opération qu'elles envisagent posera ou non problème, et de trouver des solutions à ces problèmes à un stade très précoce de la procédure. Il faut toutefois insister sur le fait que ce système sert avant tout à optimiser la période de vingt-cinq jours pendant

[555] Id, point 17.
[556] Lignes directrices de l'ADLC, point 202.

laquelle l'ADLC va examiner l'opération de concentration, et dite de phase I[557]. Il n'y a par conséquent pas d'ambigüité quant à la fonction et l'étendue de la phase de pré-notification en droit français.

618.- Celle-ci intervient uniquement en complément de la procédure officielle, et permet aux entreprises de se préparer aux décisions qui seront éventuellement rendues, mais en aucun cas les avis rendus en pré-notification ont une valeur décisionnelle, tant dans les textes que dans la pratique juridique française. En revanche, on peut considérer que les échanges ayant lieu en phase de pré-notification et concernant les engagements ont une certaine valeur juridique, dans la mesure où un accord est alors passé entre les parties notifiantes, qui vont s'engager à prendre un certain nombre de mesures pour contrer les effets anticoncurrentiels de leur projet de concentration, et l'ADLC, qui de son côté va valider lesdits engagements, et assurer aux parties que ceux-ci sont suffisants pour que l'opération de concentration soit autorisée *in fine*.

619.- La pratique communautaire dans ce domaine exprime une philosophie similaire. Si la pré-notification y existe depuis fort longtemps de manière officieuse, et a été explicitée il y a plus de quinze ans, son but est uniquement d'améliorer la prévisibilité de la décision qui sera rendue après la notification, et de corriger si possible les aspects négatifs de l'opération envisagée dans une dynamique de coopération [558] . Cette coopération s'illustre traditionnellement par des rencontres entre les parties à l'opération et la « case team » qui sera chargée de l'examen de l'opération au sein de la Commission européenne. Si la possibilité de discuter d'éventuels engagements en cas de besoin est ouverte, l'exhaustivité des renseignements à fournir pour qu'une notification soit complète rend utile une phase de pré-notification, pour ne pas que les autorités ne découvrent durant la procédure officielle que la notification effectuée était en fait incomplète.

620.- Alors qu'on pourrait croire que le processus de notification des opérations de concentration à Commission est désormais maîtrisé, il arrive parfois que les dossiers de notification s'avèrent incomplets, comme dans le cas récent de la prise de contrôle de TDG Limited par Norbert Dantressangle S.A, lors de laquelle la Commission s'est aperçue, 19

[557] Article L.430-5 II du Code de Commerce.
[558] Pour une critique de la pratique européenne, voir BOLZE, *Règles de concurrence. Ententes et positions dominantes. Formes applicables aux demandes et notifications adressées aux autorités européennes. Réglementation nouvelle* , in RTD Com 1995, p. 550.

jours après l'ouverture de la phase I, que le dossier de notification était incomplet[559].Comme il a été vu précédemment, la phase de pré-notification au niveau européen présente également une certaine importance procédurale en matière de renvois aux autorités nationales de concurrence, fonction préliminaire très importante, mais qui n'empiète pas sur l'analyse de l'opération de concentration à notifier.

621.- L'autorité japonaise n'a quant à elle pas su contenir la phase de pré-notification, si bien que cette dernière est venue, dans les faits, remplir les fonctions de la notification à proprement parler.

B. Une pré-notification se substituant à la notification au Japon.

622.- La situation a connu une évolution très différente au Japon par rapport à la France et à l'Europe. Tout d'abord, il faut savoir que le Japon est le premier pays au monde à avoir adopté un système de notification pour les opérations de concentration, bien avant les Etats-Unis. En effet, les opérations de concentration étaient, au début de l'AML, tout simplement interdites. Une réforme est vite intervenue pour instaurer un système d'autorisation préalable, impliquant que les entreprises désireuses d'effectuer une opération de concentration demandent l'autorisation à la JFTC avant de pouvoir mettre leur projet à exécution, celle-ci s'engageant à leur répondre sous 30 jours[560] (au départ, toutes les fusions étaient soumises à ce principe, la JFTC n'ayant alors pas adopté de seuils de notification).

623.- Le contrôle japonais des concentrations a ainsi fonctionné conformément à l'AML jusqu'à l'arrêt Yawata Fuji de 1969. Le système japonais a ensuite fait glisser progressivement l'ensemble de sa pratique en la matière aux mains de la seule procédure de « discussion préalable ». L'avantage de la préservation de la confidentialité pour les entreprises, et de la souplesse des rapports à la fois pour les entreprises et pour la JFTC ont ainsi participé à l'émergence d'une procédure intégralement réglée durant la phase de pré-notification, la notification n'intervenant qu'une fois que l'opération est réputée ne poser aucun problème. On ne s'étonnera donc pas de ne trouver par la suite que des décisions d'autorisation, les opérations causant des restrictions concurrentielles ayant soit été corrigées

[559] Commission Européenne, affaire n° COMP/M.6059, Norbert Dentressangle/TDG, 21 mars 2011, point 2.
[560] Loi n°54 du 14 avril 1947, article 15.

au moyen d'engagements pris dès la pré-notification, soit abandonnées en cas de difficulté à trouver une solution pour lesdites restrictions.

624.- Bien évidemment, il fut très vite reproché à la JFTC l'opacité extrême de cette façon de procéder, la procédure étant complexe, à la fois du fait des demandes de documents répétées de la JFTC pour les affaires délicates, et de la difficulté de prévoir un calendrier, certains examens s'étalant sur plusieurs mois. La JFTC a par conséquent publié des lignes directrices en 2002 expliquant le déroulement des discussions préliminaires, en adoptant au sein de cette dernière un système d'examen en deux phases, une première rapide et superficielle de 30 jours, et une seconde plus longue et impliquant une analyse en profondeur de 90 jours, calquées sur le modèle européen du contrôle des concentrations[561]. La JFTC s'est aussi engagée à publier davantage de décisions issues de ces pré-notifications, et a également décidé de rendre publiques les affaires entrant en examen de phase II afin d'améliorer la transparence de cette procédure, se retrouvant alors dans un modèle ayant surtout les défauts des discussions pré-notifications, celui-ci se trouvant dépossédé de l'avantage principal du point de vue des entreprises japonaises, à savoir l'absence de publication de leurs projets de concentration. On a ainsi constaté l'émergence d'une phase « zéro », sorte de pré-discussion à cette pré-notification officialisée, durant laquelle la JFTC demandait un grand nombre de documents et posait plusieurs milliers de questions aux entreprises, ce avant même d'ouvrir la phase 1 des discussions préliminaires, et résultant en un allongement imprévisible de la procédure (parfois jusqu'à un an) et à une absence de transition vers la phase 2, celle-ci devenant de facto inutile[562].

625.- La fonction et la pratique de la pré-notification entre la vision française et européenne d'une part, et japonaise d'autre part, étaient jusqu'à la réforme japonaise de 2011 la principale différence procédurale entre ces deux systèmes juridiques, tant la JFTC a dépassé les limites auxquelles devraient en principe se cantonner la phase de pré-notification. Bien évidemment, ces deux visions de la procédure du contrôle des concentrations possèdent leurs propres justifications.

[561] OCHI, « 事前相談制度の廃止の意義と今後の企業結合規制の展望 » (*La signification de l'abolition des discussions préliminaires et le développement futur du contrôle des concentrations*), in 公正取引, n°729, juillet 2011, p. 26.

[562] KAWAI, « 公取委の企業結合審査の課題 » *(Les problèmes de l'examen des opérations de concentration par la JFTC*), in 公正取引, n°711, janvier 2010, p.40.

§2. Les justifications de ces différents rôles.

626.- Les contrôles français et japonais des concentrations ont fonctionné de manière extrêmement différente du point de vue procédural et ce durant de nombreuses années. Cependant, il est difficile de nier que les deux systèmes ont fourni des résultats satisfaisants, un nombre toujours plus important d'opérations ayant été notifiées aussi bien à l'ADLC qu'à la JFTC. Ainsi, le fait que le contrôle des concentrations ait bien fonctionné en France et au Japon (à tout le moins jusqu'en 2002 pour ce dernier), et ce en dépit de ces différences procédurales, montre que ces deux modèles sont viables, et qu'il n'est par conséquent pas possible de balayer l'un ou l'autre d'un simple revers de la main. En effet, les arguments ne manquent ni en faveur d'une pré-notification sans limites (I), ni pour la nécessité d'une procédure officielle (II).

I. Les arguments en faveur d'une pré-notification sans limites.

627.- L'utilisation quasi-exclusive de la phase de pré-notification par la JFTC n'était due ni au hasard, ni à une quelconque négligence, mais était soutenue par deux arguments principaux, intéressant aussi bien les entreprises parties à des opérations de concentration que la JFTC elle-même. Ces deux arguments sont la confidentialité (A) et une meilleure efficacité (B).

A. Les avantages de la pré-notification en matière de confidentialité.

628.- La situation japonaise à partir de la fin des années 1970 et jusqu'à l'année dernière était très complexe, et résultait davantage du conflit entre les velléités des entreprises japonaises et l'attitude de la JFTC, à la fois consensuelle par certains aspects, mais également désireuse d'imposer un contrôle administratif respectant l'esprit de l'AML, que d'une politique concurrentielle soigneusement planifiée. Le contrôle japonais des concentrations, qui avait peu fonctionné durant la période allant de son introduction en 1949 jusqu'à la fin des années 1960, n'avait par conséquent pas posé de réels problèmes aux entreprises japonaises, qui étaient alors entrées dans une phase de forte croissance pour améliorer leurs capacités de production et d'exportation. Toutefois, la longueur et le caractère « bruyant » de l'affaire Fuji

Yawata, en 1969[563], a eu pour conséquence principale une appréhension des entreprises vis-à-vis du contrôle des concentrations. Le but était donc d'éviter autant que possible qu'un projet de concentration ne pose problème aux yeux de la JFTC, pour qu'il soit autorisé sans heurts[564].

629.- C'est dans cet esprit que les entreprises ont commencé à recourir activement aux discussions préliminaires, en cherchant à obtenir de la JFTC les réponses les plus détaillées possibles à la fois sur les restrictions concurrentielles que l'opération qu'elles envisagent risque de provoquer, et sur les moyens de résoudre ces restrictions tout en conservant un projet de concentration viable. Ce système permettait alors aux entreprises d'annoncer publiquement leurs projets de concentration après avoir obtenu un feu vert de principe de la part de la JFTC. Il va sans dire que ce système a recueilli l'adhésion des entreprises, surtout pendant la période de forte croissance économique du pays qui s'est achevée avec l'éclatement de la bulle économique au début des années 1990. Le système présente en effet un atout majeur pour les entreprises cotées, à savoir l'absence de publication et d'information des tiers durant la procédure, ce qui permet la finalisation d'une opération de concentration sans que la publication de celle-ci n'influe sur le cours des actions desdites entreprises.

630.- Le point sur lequel repose tout l'intérêt de cette procédure est, au-delà des avantages liés à la confidentialité, la garantie par la JFTC d'autoriser l'opération notifiée si le projet contenu dans la notification est identique à celui présenté lors de la discussion préliminaire. Cette garantie était clairement consignée dans les lignes directrices sur les discussions préliminaires de la JFTC[565], et permettait donc de donner une force obligatoire à cette procédure non-officielle en incitant les entreprises à jouer franc-jeu avec l'autorité. Force est de constater que sur ce point, la JFTC a fait preuve d'un grand pragmatisme. Bien que la procédure soit non officielle, et ne soit définie que par des lignes directrices ne tirant leur force légale d'aucun texte, ce qui lui a parfois valu l'appellation de *soft law*[566], l'assurance pour les entreprises de pouvoir mener leurs projets de concentration à terme sans avoir à essuyer de décision officielle négative constituait un argument suffisamment valable pour assurer l'engagement des entreprises envers la JFTC, et par conséquent la validité de

[563]八幡製鉄・富士製鉄合併事件（同意審決昭和 44・10・30）百選(第 6 版)118 頁以下.
[564] MURAKAMI, « 最近における企業結合規制とその課題―欧米並みの企業結合審査に向けて ― » (*Le contrôle des concentrations actuel et ses problèmes – vers un examen des opérations de concentration comparable à l'Amérique du Nord et à l'Europe* –), in 公正取引, N°654, Avril 2005, p. 15.
[565] JFTC, 企業結合計画に関する事前相談に対する対応方針, point 8.
[566] YAMANAKA, « 公正取引委員会の事前相談制度について―ソフトロー形成の観点からの考察 ― »(*Du régime de discussion préliminaire de la JFTC – Réflexions du point de vue de sa formation* –) In *Soft Law Discussion Paper Series*, Mars 2005, Tokyo University.

l'ensemble du système. Par conséquent, c'est grâce à l'alliance d'une procédure totalement confidentielle pour les entreprises, et de la garantie d'une réponse définitive et sur laquelle elle s'engageait à ne pas changer d'avis, que la JFTC a permis l'avènement d'une phase de pré-notification répondant aux principales exigences des entreprises à la matière, à savoir confidentialité et sécurité juridique, et qui a ainsi éclipsé la procédure de notification officielle pour les affaires les plus complexes.

631.- Le fait que l'ensemble de la procédure d'examen se déroule au niveau de la pré-notification porte aussi des conséquences positives en matière d'efficacité.

B. Les avantages de la pré-notification en matière d'efficacité.

632.- Un autre point positif d'une procédure reposant sur les discussions préliminaires est la meilleure efficacité générale du système par rapport à une procédure officielle. En sa qualité d'autorité administrative, la JFTC ne dispose que de peu de ressources, et doit organiser l'ensemble de son activité avec un budget limité, activité qui s'étend bien au-delà du contrôle des concentrations. En effet, la JFTC est non seulement en charge de l'ensemble des dispositions relatives à l'AML, mais également toute une série de lois et lignes directrices concernant diverses pratiques commerciales. Par conséquent, les ressources limitées de la JFTC, et en particulier de sa section consacrée au contrôle des concentrations, font que très peu de personnel est affecté à l'examen des opérations de concentration, et que les moyens mis à leur disposition lors de l'examen des opérations de concentration ne sont pas toujours optimaux. L'avantage de la coopération à la fois étroite et informelle avec les entreprises lors de la phase de pré-notification est qu'elle permet à la JFTC d'effectuer le travail de fond de l'examen de l'opération proposée, et de déterminer si cette opération est compatible avec les règles du contrôle japonais des concentrations sans avoir à se soucier des règles officielles de procédure et de publication qu'accompagnent une notification traditionnelle. Elle permet ainsi à la JFTC de gagner du temps et d'économiser ses ressources, le simple fait d'officialiser une procédure rendant celle-ci plus chronophage et plus coûteuse[567].

633.- Bien qu'il soit souvent mis en avant les avantages qu'un tel système présente pour les entreprises, il ne faut donc pas oublier que cette souplesse dans le rapport avec ces dernières est au moins aussi utile pour les autorités en charge du contrôle des concentrations,

[567] HAYASHI, op.cit., p.127.

qui sont généralement limitées en temps et en moyens. La pré-notification telle qu'elle a été pratiquée par la JFTC en est la meilleure illustration, puisque d'une part la simple pression initiale du secteur industriel dans les années 1970 n'aurait probablement pas suffi à faire basculer l'ensemble de l'examen des opérations en phase de pré-notification, et d'autre part, comme il sera vu en détail ci-dessous, la réforme de 2011 a surtout été réclamée par ce même secteur industriel, représenté par le *Keidanren*, et ce pendant plusieurs années avant que la JFTC ne finisse par réformer son système procédural.

634.- Par conséquent, contrairement à ce que l'on pourrait imaginer, c'est davantage l'attitude de la JFTC que la pression des entreprises qui a causé l'installation durable d'un système de pré-notification au sein duquel les opérations sont intégralement examinées. Toutefois, la question des coûts ne constitue pas uniquement un avantage pour la JFTC, puisque l'éventualité d'une décision défavorable pour les entreprises et prise dans le cadre de la procédure officielle impliquerait le recours à la procédure d'appel des décisions prises dans le cadre du contrôle des concentrations, procédure qui s'avèrerait extrêmement couteuse en termes de frais de justice à la fois pour la JFTC et surtout pour les parties notifiantes[568]. La pré-notification leur permet ainsi, en cas de refus d'autoriser l'opération par l'autorité japonaise, d'abandonner leur projet de concentration.

635.- On constate donc que la pré-notification telle qu'usitée par la JFTC entre la fin des années 1970 et 2011 offre de nombreux avantages, et ce aussi bien pour les entreprises parties à la concentration que pour l'autorité de contrôle elle-même. Cependant, force est de constater qu'une procédure officielle, de par l'ensemble des garanties qui l'accompagnent, reste nécessaire.

II. La nécessité d'une procédure officielle.

636.- Le fait de notifier officiellement un projet d'opération de concentration entraîne de nombreuses conséquences, dont certaines sont bénéfiques pour les entreprises, et peuvent compenser largement les désagréments induits par la rupture de la confidentialité. L'analyse des aspects négatifs de l'expérience japonaise (A) sera suivie des garanties apportées par l'examen d'une opération de concentration de manière officielle (B).

[568] OCHI, op. cit., p. 31.

A. Les aspects négatifs de l'expérience japonaise.

637.- Le côté officiel de la procédure de notification lui-même offre a bien évidemment des désavantages pour les entreprises, car celles-ci, quel que soit leur origine, sont très sensibles au secret des affaires, et ne tiennent pas spécialement à ce que leurs projets de concentration soient rendus publics. Un projet de concentration révèle en effet beaucoup de choses, non seulement sur l'évolution structurelle des entreprises impliquées, mais également sur leur stratégie future, de par les activités que ce projet rendra possible. Cependant, l'expérience japonaise a démontré que les discussions pré-notification sont certes d'une grande utilité, mais qu'elles ne sauraient se substituer totalement à une procédure officielle. Ainsi le système japonais tel qu'il était devenu avant la réforme de 2011 a fait l'objet de nombreuses critiques, aussi bien de la part des professionnels du droit que des représentants des entreprises elles-mêmes.

638.- En premier lieu, ce sont les débordements de la pratique japonaise qui ont été critiqués, plus que le système en lui-même. Bien que l'absence de procédure officielle ne soit utile quand les ressources imparties aux autorités en charge du contrôle des concentrations viennent à manquer, dans le cas de la JFTC, la volonté d'analyser une opération de concentration de la manière la plus profonde possible dès la phase « zéro », et avec un manque de personnel certain, a conduit à un certain nombre de dérives. Il n'y avait tout d'abord aucun délai venant limiter cette phase zéro, la fin de celle-ci étant prononcée par la JFTC lorsqu'elle estime avoir tous les documents et toutes les informations nécessaires à l'évaluation de l'opération[569]. Par conséquent, devant le nombre pharamineux de questions et de documents demandés par la JFTC selon les affaires, certaines ont pris presque un an avant que l'autorité ne soit satisfaite[570].

639.- L'autre conséquence directe du manque de personnel fut la différence nette des exigences en matière de documents à fournir et de questions posées selon la personne de la JFTC chargée de l'examen de l'affaire. Les avocats exerçant dans ce domaine ont ainsi constaté que la pratique de la JFTC, au-delà des spécificités propres à chaque affaire, n'était pas du tout cohérente d'un responsable à l'autre, ces derniers, probablement laissés à leur propre jugement, étant obligés de déterminer par eux-mêmes les informations nécessaires à

[569] JFTC, lignes directrices sur les discussions préliminaires, 3, (1) .
[570] KAWAI, op.cit., p. 41.

une évaluation approfondie des affaires qui leur étaient présentées[571]. Le fait que les affaires traitées en pré-notification ne soient pas analysées dans le cadre de la phase 2 était également problématique pour les entreprises dont le projet de concentration présentait des problèmes, car cela avait pour conséquence une absence de décision réellement motivée de la JFTC. Les entreprises notifiantes se retrouvaient parfois contrecarrées dans leurs projets de concentration avec pour seule justification de la part de la JFTC des « craintes sur les marchés aval », sans aucune autre forme de démonstration fondées sur des faits solides[572].

640.- Au-delà de ces problèmes, qui sont surtout liés aux méthodes employées par la JFTC pour répondre à cette situation, c'est l'absence d'une décision officielle qui a le plus porté préjudice aux entreprises ayant décidé d'avoir recours aux discussions préliminaires.

B. Les bénéfices de la procédure officielle.

641.- A la lecture des divers problèmes soulevés ci-dessus, on se rend compte que bon nombre d'entre eux auraient pu être évités si la procédure s'était déroulée comme prévu dans les textes. Le fait d'avoir recours à la procédure officielle fournit ainsi un calendrier strict aux entreprises et aux autorités qui peuvent ainsi établir une stratégie conciliant les contraintes de temps des entreprises et les exigences des autorités. Ce calendrier est cependant trop strict dans l'état actuel de la loi japonaise, et la possibilité d'allonger légèrement la procédure lorsque c'est nécessaire à l'image des dispositions de type « arrêt des pendules » telles qu'introduites originairement aux Etats-Unis et en droit européen semblerait adéquate[573]. Ce mécanisme existe également en droit français, et permet un allongement de la procédure de vingt jours maximum si les parties ont besoin de temps supplémentaires pour fournir à l'ADLC les documents qu'elle demande, ou encore pour finaliser des engagements[574]. Toutefois, les parties ne peuvent recourir à cette procédure qu'en cas de passage en phase II de procédure, ce qui limite grandement le nombre d'affaires où elle sera effectivement utilisée[575].

642.- Un autre point fondamental en matière de sécurité juridique, et auquel de plus amples développements seront consacrés plus bas, est celui de la capacité pour les tiers de

[571] Id, p. 42.
[572] Id, p. 42.
[573] OCHI, op. cit., p. 27.
[574] Article 430-7 du Code de Commerce.
[575] Lignes directrices de l'ADLC, point 223.

participer à la procédure. Une phase de pré-notification non officielle et confidentielle emporte en effet comme conséquence principale l'incapacité des tiers à être informés de l'examen d'un projet de concentration, et par extension, l'impossibilité pour la JFTC de procéder à des enquêtes et des auditions détaillées avec ces derniers, afin d'éviter de donner des indices quant aux parties impliquées dans le projet de concentration. Enfin, le plus important dans l'officialisation systématique de la procédure du contrôle japonais des concentrations tient à l'effet bénéfique que cela aura sur la pratique. Certains observateurs ont insisté à raison sur le fait que, contrairement à ce qu'il peut ressortir de la lecture des critiques adressées à la pratique de la JFTC, toutes les affaires de contrôle des concentrations n'ont pas recours aux discussions pré-notification, et la majorité des affaires sont autorisées via la procédure officielle[576]. Seulement, si une telle situation existe, c'est bien parce qu'il s'agit des affaires qui ne posent pas de problème manifeste, comme c'est le cas pour la majorité des opérations de concentration, au Japon ou ailleurs.

643.- En effet, un contrôle remettant systématiquement en question la majorité des opérations de concentration notifiées serait inadéquat avec une économie libéralisée. En revanche, lorsque les opérations de concentration semblaient poser problème, elles faisaient l'objet des discussions de pré-notification et étaient traitées dans ce contexte, avec deux conséquences regrettables. La première était le fait que certaines affaires n'étaient pas publiées par la JFTC une fois celles-ci achevées, la JFTC choisissant arbitrairement les quelques affaires à publier chaque année. La deuxième était la forme et le détail de ces publications. Ainsi, de nombreuses questions essentielles pour l'évolution de la théorie du contrôle japonais des concentrations, comme les critères précis de définition du marché ou encore les éléments concrets constituant la restriction concurrentielle de la concurrence étaient absentes ou très simplifiées, limitant grandement la portée et l'intérêt de cet effort de publication concédé par la JFTC[577]. En outre, une publication plus approfondie des décisions permettrait également à la JFTC d'uniformiser sa pratique, et de la rendre réellement transparente.

644.- Bien que les discussions de pré-notification existent à la fois en France, en Europe et au Japon, leur rôle et leurs limites ont connu une évolution bien différente, que l'on peut qualifier de dérive en ce qui concerne la pratique de la JFTC entre la fin des années 1970

[576] VOGL, *The 2011 Reform of Japan's Business Concentration Regulations*, in Journal of Japanese Law, n°32, 2011, p. 190.
[577] HAYASHI, op. cit., p. 137.

et 2011. Ces différences, pourtant extrêmement prononcées, ont cependant été modifiées en un laps de temps très court, à l'aide de réformes profondes des systèmes français et japonais. Ainsi, de par la réforme de 2008 en France créant l'ADLC et tournant la page d'un contrôle politique des concentrations, ainsi que l'abolition de la procédure non-officielle du contrôle japonais des concentrations en 2011, force est de constater que l'harmonisation de la pratique des deux pays a grandement avancé en très peu de temps. Toutefois, si à ce jour les deux systèmes ont réalisé une convergence sans précédent, et si le système français semble pour sa part fonctionner de manière satisfaisante, à la fois pour les entreprises et pour l'ADLC, il sera intéressant de voir si la pratique japonaise va évoluer dans une direction similaire, ou si une fois de plus de nouvelles pratiques officieuses vont se former au-delà des textes. Il convient désormais de se pencher sur la procédure d'examen en elle-même.

Chapitre II : La procédure d'examen.

645.- Une fois la notification officiellement reçue par les autorités en charge du contrôle des concentrations, le cas échant après une première phase de pré-notification, ces dernières se trouvent alors en possession d'un certain nombre d'informations sur les parties notifiantes et sur les marchés où ces dernières exercent leurs activités. Elles vont alors, dans un premier temps, devoir examiner l'ensemble de ces données, et les traiter selon les critères vus dans le titre II de la partie I de cette thèse afin de conclure quant aux effets potentiels de l'opération notifiée sur l'équilibre concurrentiel desdits marchés. Ces critères sont extrêmement nombreux, et d'une complexité fort variable. Il est donc primordial, pour que le contrôle des concentrations s'accorde avec les exigences de rapidité de la vie des affaires auxquelles les entreprises sont soumises, que l'analyse de ces critères soit structurée et hiérarchisée, afin de déterminer assez vite si l'opération pose des problèmes au regard du droit de la concurrence, et dans quelle mesure ces problèmes peuvent être résolus.

646.- On peut ainsi distinguer deux types d'informations concernant une opération de concentration donnée. Certaines informations, comme le positionnement des entreprises amenées à fusionner sur le marché concerné, permettent de conclure rapidement à la présence ou à l'absence de danger du point de vue concurrentiel, alors que d'autres, comme la présence sur le marché d'entreprises très compétitives (les « francs-tireurs »), servent d'avantage à confirmer ou infirmer une première impression générale sur l'environnement concurrentiel du marché. C'est dans cette optique que les autorités françaises comme japonaises ont été amenées à découper l'examen des opérations en deux phases : une première, privilégiant la vitesse de réponse, et connue sous le nom de phase I (Section I), et une deuxième, réservée aux affaires les plus complexes, et où la profondeur de l'analyse prime sur les délais, nommée logiquement phase II (Section II).

Section 1: La procédure légère dite de phase I.

647.- La procédure du contrôle des concentrations étant une procédure à priori qui se déroule avant que les parties à l'opération de concentration ne puissent concrétiser leur projet, elle doit logiquement faire attendre ces parties et mettre leurs projets en suspens. Il est donc

essentiel que la première analyse de l'opération se déroule assez rapidement, pour ne pas faire attendre inutilement les parties ayant déposé un projet de concentration ne posant pas de problème spécifique au regard de la concurrence. Ainsi, bien que le contrôle des concentrations prévoie deux phases d'examen des opérations notifiées, son but est de traiter la majorité des affaires durant la phase I, la phase II étant envisagée comme une procédure exceptionnelle réservée aux affaires les plus complexes, et les plus susceptibles de déséquilibrer la concurrence sur un marché donné. Les délais de cette dernière étant relativement courts (30 jours pour la JFTC [578], 25 jours ouvrés maximum avec une prolongation de 15 jours ouvrés en cas de réception d'engagements pour l'ADLC [579]), l'efficacité est de mise pour évaluer les dangers potentiels de l'opération sans mener une analyse approfondie. Cette efficacité tient à la définition des objectifs de cette phase (I), phase à l'issue de laquelle un certain nombre de décisions peuvent être prises (II).

§1. Les objectifs de cette phase.

648.- Les autorités en charge du contrôle des concentrations, bien qu'elles aient des services de veille économique, et une expertise grandissante dans une multitude de secteurs à mesure que s'accumulent notifications et décisions, ne sauraient connaître en détail la situation concurrentielle de toutes les entreprises notifiantes à l'avance. Si l'on excepte les cas de figure où l'opération de concentration a fait l'objet d'une pré-notification approfondie (cf. Section 2 de la section précédente) elles n'ont ainsi guère d'avis particulier sur une opération donnée lorsque celle-ci leur soumise pour notification. Cela implique que durant le court laps de temps de la phase I, les autorités de contrôle vont devoir prendre connaissance d'un maximum de données, les analyser et rendre leur avis. Afin de rendre une première décision suffisamment fondée en faits et en droit, elles doivent donc coopérer avec les parties notifiantes (I) et bénéficier de pouvoirs d'enquête suffisants (II).

I. La coopération des parties notifiantes.

649.- Les parties à l'opération de concentration examinée vont devoir se montrer coopératives si elles souhaitent que leur projet de concentration soit autorisé dès la fin de la

[578] JFTC, lignes directrices sur la notification des opérations de concentration, point 3.
[579] Article L.430-5 I et II du Code de commerce ; Lignes directrices de l'ADLC, points 179 à 181.

phase I. Pour plus d'efficacité, les modalités concrètes de cette coopération ne sont pas laissées au soin des parties, et sont disposées dans les textes de loi et les lignes directrices (A), bien que la pratique prenne parfois quelques libertés, surtout au Japon (B).

A. Une coopération organisée par la loi.

650.- Même si les entreprises impliquées dans l'opération sont réputées avoir transmis un certain nombre d'informations aux autorités de contrôle lors de la notification, cela ne signifie pas pour autant que celles-ci doivent attendre passivement la décision desdites autorités. Ainsi, la procédure française de phase I tient à associer les parties notifiantes au processus d'examen de leur opération et ce à l'aide de plusieurs moyens différents. Tout d'abord, l'ADLC peut demander de manière relativement informelle des informations supplémentaires qui ne seraient pas prévues par les textes généraux sur les documents à fournir lors du dépôt du dossier de notification[580]. Ensuite, un investissement plus personnel peut être demandé à ces dernières, en participant à des réunions informelles durant la phase I, et qui vont permettre de préparer la décision rendue à la fin de cette phase, notamment si l'autorité pressent déjà la possibilité d'une atteinte potentielle à la concurrence et qui pourrait être résolue à l'aide d'engagements par exemple. Bien que ces réunions doivent dans l'idéal être le fruit d'une démarche active des parties, l'ADLC peut en être à l'origine selon les affaires[581].

651.- On constate en outre que cette pratique est ancienne, et existait déjà bien avant la réforme apportée par la loi LME en 2008, la DGCCRF ayant l'habitude d'organiser de tels groupes de travail à l'époque où la phase I du contrôle français des concentrations était aux mains des services du ministère de l'économie[582]. Par ailleurs, ladite réforme a eu pour conséquence un raccourcissement certain de la durée de cette première phase. Alors que celle-ci durait cinq semaines sous l'empire de la loi NRE[583], le législateur français a procédé à une harmonisation de la procédure de contrôle avec celle en vigueur au niveau européen. Celle-ci dure désormais 25 jours ouvrés.

[580] Lignes directrices de l'ADLC, point 191.
[581] Id., point 192.
[582] COT et LA LAURENCIE, op. cit., p.378.
[583] Ancien article L-435-I du Code de Commerce.

652.- Le contrôle européen des concentrations prévoit également la coopération des parties avec la Commission. Cette coopération a lieu non seulement durant la phase de pré-notification, mais également après réception de la notification, dans des modalités similaires à celles prévues en droit français. Ainsi, la durée de la phase I peut également être prolongée pour laisser le temps aux parties de proposer des engagements, prolongation toutefois moins longue que dans le système français, puisqu'elle ne dure que dix jours. Cet allongement de la procédure peut également être demandé par un Etat au titre de l'article 9 (2) du règlement (CE) n°139/2004. Les *best practices* publiées par la Commission contiennent également des dispositions organisant des rencontres entre les parties notifiantes et la *case team* chargée de l'examen de l'opération notifiée. Ces rencontres, appelées State of Play, interviennent à des moments précis de la procédure, souvent lorsque l'opération présente des doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun, et que le besoin de faire prendre des engagements aux parties se fait sentir[584]. Le point de vue de la Commission européenne rejoint ainsi celui de l'ADLC, en ce qu'il privilégie la souplesse et les arrangements à l'amiable[585].

653.- Il semble par ailleurs que les dispositions japonaises en matière de coopération entre les entreprises et la JFTC après la notification se soient inspirées de ces dispositions européennes, dans la mesure où elles évoquent de manière similaire la transparence et la rapidité pour exposer à la fois la possibilité pour la JFTC de demander des informations supplémentaires aux parties notifiantes, et pour exhorter celles-ci à lui fournir spontanément de nouvelles informations si elles en ressentent l'intérêt[586]. La coopération à ce stade est toutefois plus restreinte qu'en France et en Europe, car elle n'inclut pas de rendez-vous physiques entre les entreprises et la JFTC, les textes n'évoquant que des échanges de documents, ce qui représente une différence assez regrettable, surtout lorsque l'on voit l'intérêt de telles rencontres en matière de négociation d'engagements. De plus, la procédure japonaise prévoit que l'interruption de la phase I au profit de la phase II peut s'effectuer avant que la durée impartie à celle-ci ne prenne fin, et ce lorsque la JFTC estime que l'opération examinée risque de provoquer une restriction substantielle de la concurrence. Un tel passage forcé en phase II nécessite par conséquent davantage de documents pour effectuer une enquête approfondie. De ce fait, les demandes de documents après la notification durant la phase I sont relativement rares, et ne se produisent généralement qu'en début de phase II.

[584] Commission Européenne, Best Practice Guidelines: the Commission's model texts for divestiture, commitments and the trustee mandate under the EC Merger Regulation, 2 May 2003, partie 5.1.
[585] Règlement 802/2004 de la Commission concernant la mise en œuvre du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE L 133 du 30 avril 2004, p.1, point 11.
[586] JFTC, lignes directrices sur la notification, point 4.

654.- Bien que la comparaison des textes ne semble montrer une pratique japonaise moins développée que les pratiques françaises et européennes, le contrôle des concentrations tel que pratiqué jusqu'en 2011 par la JFTC offrait parfois des options supplémentaires.

B. Une pratique différente des dispositions légales au Japon.

655.- Il ne faut pas oublier que jusqu'à présent, il y a eu une très grande différence entre la procédure du contrôle des concentrations telle qu'envisagée par la loi et celle qui se déroulait dans le cadre des discussions préliminaires. Comme remarqué dans la section précédente, afin d'éviter le recours à la phase II, que ce soit la phase II officielle comme la phase II de la pré-notification, les autorités japonaises avaient pour habitude de demander un volume extrêmement important d'informations dès la phase zéro, et ce n'était qu'une fois que la JFTC, ou plus exactement l'employé de la JFTC en charge du dossier, estimait être en possession de suffisamment de données pour évaluer l'opération de concentration de manière approfondie qu'elle enclenchait la phase I de la pré-notification. Cette pratique a eu diverses conséquences plus ou moins graves sur l'ensemble de la procédure. Tout d'abord, la phase I de la pré-notification ne démarrant qu'une fois que les documents jugés nécessaires à l'examen de l'opération étaient réunis, la disposition concernant la transmission d'informations durant cette première phase I est devenue inutile, puisque la JFTC n'avait fort logiquement plus besoin d'informations supplémentaires pour régler cette dernière. La deuxième conséquence, plus regrettable, de ce système fut finalement la perte d'intérêt de la phase I officielle lorsque les entreprises notifiantes avaient recours à la pré-notification, puisque l'avantage principal de cette phase, à savoir la rapidité, était contrebalancé par une phase zéro n'offrant aucune visibilité et pouvant s'étaler sur plusieurs mois. Sur ce point, la JFTC a semble-t-il privilégié la rapidité de l'examen à la profondeur de l'évaluation, sans que ses résultats n'apparaissent meilleurs que ceux des autres autorités en charge du contrôle des concentrations.

656.- Le deuxième reproche qui a été fait à cette procédure particulière était son absence de proportionnalité. En effet, le volume d'information exigé par la JFTC dépendait essentiellement de l'appréciation subjective de l'employé de la section « concentration » chargé de l'examen de l'affaire, et non de l'hypothétique atteinte à la concurrence causée par l'opération examinée. Le contrôle japonais des concentrations a ainsi été parfois qualifié de

contrôle disproportionné, voire de contrôle excessif[587]. De plus, la longueur que pouvait atteindre la phase zéro a suscité nombre d'interrogations concernant les entreprises n'ayant pas choisi d'avoir recours aux discussions préliminaires. En effet, alors que la pré-notification pouvait s'étirer durant plusieurs mois dans les pires situations, la phase I officielle auprès de la JFTC était, et est toujours beaucoup plus courte (25 jours seulement). La question qui s'est alors posée est celle de la qualité de l'examen mené par la JFTC lorsqu'une opération était notifiée directement sans pré-notification. En d'autres termes, la question se posait de savoir si le contrôle réellement effectué par la JFTC en phase I officielle était qualitativement identique à celui pratiqué en phase de pré-notification. Le nombre extrêmement faible de procédures de phase II officielles a ainsi amené des doutes sérieux quant à la capacité de l'autorité japonaise à analyser en seulement 25 jours une opération de concentration comparé aux délais exigés lors des discussions préliminaires[588]. La réforme de la procédure n'ayant qu'un an à l'heure nous écrivons ces lignes, il est difficile de fournir une réponse précise à cette question, toujours est-il qu'en seulement un an trois affaires ont fait l'objet d'un examen de phase II[589], et qu'à l'heure actuelle trois autres affaires sont simultanément examinées dans le cadre de cette deuxième phase[590].

657.- La coopération est sans aucun doute le meilleur moyen, à la fois pour les parties notifiantes de voir leur projet autorisé dans les plus brefs délais, et aussi pour que les autorités de contrôle puissent faire leur travail. Cependant, ces dernières ne peuvent pas uniquement se fier aux informations délivrées par les parties, et doivent donc bénéficier de pouvoirs d'enquête étendus afin d'avoir une conception de l'état concurrentiel du marché la plus objective possible.

II. L'étendue des pouvoirs d'enquête.

658.- Pour déterminer avec une certaine précision les risques d'atteinte à l'équilibre concurrentiel d'un marché donné dans le court laps de temps qui leur est imparti, les autorités en charge du contrôle des concentrations doivent avoir la possibilité d'obtenir d'elles-mêmes des informations sur ce marché, ne serait-ce que pour vérifier l'exactitude des données

[587] UESUGI et al., op. cit., p. 319.
[588] OCHI, op. cit., p. 32.
[589] JFTC, 平成２３年度における主要な企業結合事例について, note 4.
[590] Situation au 9 aout 2012. La liste des affaires faisant l'objet d'un examen de phase II auprès de la JFTC est consultable sur le site de la JFTC (en japonais uniquement) à cette adresse : http://www.jftc.go.jp/ma/nijishinsa.html

fournies par les entreprises notifiantes, et au-delà, pour les compléter. Alors que l'ADLC possède dans ce cadre des pouvoirs d'enquête étendus (A), ceux de la JFTC sont au contraire inexistants (B).

A. Les capacités d'enquête larges de l'ADLC.

659.- En droit français, ces pouvoirs d'enquête sont confiés au(x) rapporteur(s) désigné(s) pour administrer une affaire donnée[591], et sont relativement larges. Non seulement ces derniers peuvent se faire aider des services juridiques et économiques internes de l'ADLC, mais ils bénéficient également d'une excellente mobilité sur l'ensemble du territoire national ainsi que de l'accès à une grande variété de documents et de services, comme des expertises réalisées par des professionnels par exemple[592] . L'accès à ces informations est garanti par la loi, et l'obstruction à ces enquêtes par le refus de coopérer ou encore en fournissant des informations inexactes se verra sévèrement puni par toutes sortes de dispositions. Le Code de Commerce prévoit ainsi à la fois une amende dont le montant peut aller jusqu'à 1% du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours de l'un des exercices clos depuis l'exercice précédent celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre en cas d'obstruction réalisée par une entreprise (art. L.464-2), et punit d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 7 500 euros le fait pour une personne de s'opposer, de quelque façon que ce soit, à l'exercice des fonctions dont les agents mentionnés à l'article L. 450-1 dudit code (art. L.450-8). Il semblerait toutefois qu'à l'époque où les services de la DGCCRF assuraient les enquêtes pour le compte du ministre de l'économie, ils n'avaient, dans les faits, quasiment jamais recours aux enquêtes de terrain, et encore moins aux méthodes d'investigation extrêmes telles que la perquisition par exemple[593].

660.- Outre la possibilité d'obtenir des documents, celle de coopérer avec des tiers à l'opération, comme des concurrents, des clients ou des fournisseurs des entreprises notifiantes, constitue un avantage non négligeable pour cerner la réalité du marché concerné. Comme c'est le cas pour les entreprises notifiantes, les entreprises tierces détenant des informations sont vivement incitées à les communiquer directement à l'ADLC, et peuvent le faire dans la limite de 15 jours ouvrés à partir de la publication de la notification. L'autorité se réserve

[591] Article L. 450-1 du Code de Commerce.
[592] Article L.450-3 du Code de Commerce.
[593] COT et LA LAURENCIE, op. cit., p. 379.

toutefois le droit d'utiliser et de publier ces informations et témoignages comme elle le souhaite, en privilégiant avant tout les intérêts du marché dans son ensemble[594]. Elle peut également, si la nécessité se présente, réaliser des « tests de marché » consistant à faire remplir des questionnaires à la fois aux concurrents, aux fournisseurs et aux clients des entreprises concernées, afin d'avoir une idée globale des dynamiques et des enjeux d'un marché donné. Ce type de test s'avère particulièrement utile pour des marchés liés à de nouvelles technologies, et d'une manière générale lorsqu'il s'agit de marché sur lesquels l'autorité n'a pas encore eu l'occasion de se pencher[595]. Enfin, il est à noter que la Commission européenne dispose de pouvoirs d'enquête et de sanction similaires, et ce dès la phase I[596], ce qui démontre une fois de plus à quel point l'harmonisation entre les droits français et européen des concentrations est importante.

661.- Alors même que de nombreux efforts ont été fournis par la JFTC pour harmoniser son contrôle des concentrations avec les pratiques européennes et américaines, ses pouvoirs d'enquête en phase I sont tout simplement inexistants.

B. Les pouvoirs d'enquête restreints de la JFTC.

662.- Ces capacités d'enquête, ce dès la phase I, constituent la principale différence entre les procédures de phase I française et japonaise. En effet, bien que cela ne soit pas explicité clairement dans les textes, il est toutefois indiqué que la JFTC ne se prononce en phase I que sur les documents fournis par les parties. En d'autres termes, la JFTC ne dispose d'aucun pouvoir d'enquête lors de la phase I du contrôle. Toutefois, cette absence de pouvoirs d'enquête ne concerne que la phase I, et la JFTC a la possibilité de mener des enquêtes de marché et des auditions de tiers à partir de la phase II[597]. De plus, même en cas de discussions préliminaires, dans le cadre de la phase zéro, du fait de l'anonymat préservé des parties ainsi que de l'absence de publication de l'examen de l'opération en cours, il est impossible pour les autorités de recourir efficacement à la fois à des documents et à des témoignages émanant de tiers. Comme il a été vu plus haut, la procédure adoptée par la JFTC jusqu'en 2011 était tellement axée sur la confidentialité et l'anonymat qu'elle en est arrivée à négliger les aspects positifs d'une procédure publique, et à ce titre l'impossibilité de consulter les tiers en phase de

[594] Lignes directrices de l'ADLC, point 193.
[595] Id., point 196.
[596] Commission Européenne, Règlement (CE) n°139/2004, article 23.
[597] JFTC, lignes directrices sur la notification, points 4 et 5.

pré-notification, où se déroulait l'essentiel du processus d'acquisition d'informations par la JFTC, constituait un handicap certain. Maintenant que l'autorité japonaise de contrôle a mis en place une procédure plus transparente, il serait souhaitable qu'elle renforce ses pouvoirs d'investigation dès la phase I.

663.- La phase I telle qu'envisagée par la JFTC est ainsi extrêmement superficielle, et basée uniquement sur les informations fournies par les parties notifiantes. Bien que celles-ci aient l'obligation de fournir des informations exactes à l'autorité japonaise lors de la notification sous peine de sanction[598], le fait que l'autorité japonaise n'ait que très peu de moyens de vérification contradictoire de ces données laissent perplexes quant à la valeur réelle de cette phase I. De plus, alors que le fait de ne pas notifier, ou encore d'inscrire des informations fausses au sein de la notification est condamnable, la simple omission n'est pas punie, et les entreprises fautives doivent simplement en informer la JFTC si elles s'en aperçoivent, ce qui montre que la JFTC est tout de même relativement souple dans ses rapports avec les entreprises notifiantes. On comprend également mieux pourquoi la JFTC demandait autant d'informations aux entreprises lorsque la phase zéro existait encore: au vu de la limitation de ses capacités d'investigation en phase I, elle avait alors tout intérêt de réunir un maximum d'informations en phase zéro si son objectif était d'éviter un recours à la phase II. Toutefois, maintenant que la phase zéro a été remplacée par le système de discussion de pré-notification, il apparaît important que la JFTC dispose de meilleures capacités d'enquête en phase I.

664.- La comparaison de l'examen de phase I en France et au Japon montre que, si dans les deux pays, celle-ci a pour but d'évaluer dans un délai relativement court si l'opération notifiée est dangereuse ou non pour le marché concerné, la profondeur que peut atteindre celle-ci est très différente d'un pays à l'autre. Alors que les autorités japonaises misent sur une quantité importante d'informations émanant des parties notifiantes, les autorités françaises et européennes cherchent à obtenir des informations peut-être moins importantes en volume, mais émanant de sources différentes, ce dès la phase I, afin de se faire une idée globale de la situation sur le marché en cause, solution qui nous semble la plus efficace pour avoir une idée la plus proche possible de la réalité des marchés, mais qui exige des pouvoirs d'enquête plus importants pour être réalisé. Cette différence a fort logiquement un impact certain sur l'issue de cette phase I.

[598] L'article 91 de l'AML condamne les entreprises ayant failli à leur devoir de notification ou ayant fait une fausse notification à une amende pouvant s'élever à deux millions de yens (environ vingt mille euros).

§2. L'issue de cette phase.

665.- La fin de la phase I intervient finalement assez vite, puisqu'en moins d'un mois les autorités en charge du contrôle des concentrations se doivent de fournir une première réponse. Toutefois, en dépit de cette rapidité de la réponse donnée, la plupart des opérations de concentrations étant autorisées dès la fin de la phase I, l'issue de celle-ci est une étape importante, et souvent la dernière avant que les parties notifiantes puissent mettre leur projet à exécution. Il faut par conséquent que les autorités de contrôle apportent le plus grand soin à la réponse qu'elles fournissent en fin de cette phase, et aussi que la procédure elle-même leur permette un éventail de solutions suffisamment conséquent et adapté à l'importance de la situation. Ainsi, l'issue de cette phase I marque l'avènement d'une première réponse officielle apportée aux parties (I), et peut, suivant les juridictions, être accompagnée d'une prise d'engagements (II).

I. Une première réponse apportée aux parties.

666.- Le mécanisme divisant la procédure d'examen en deux phases successives, où la deuxième phase n'est pas systématique, a pour objectif de faire gagner du temps aux parties notifiantes si leur opération de concentration ne pose pas de problèmes, et à l'inverse d'éviter que les décisions néfastes pour ces dernières ne soient prises trop rapidement. Par conséquent, la fin de la phase I est généralement marquée par une autorisation de l'opération par les autorités de contrôle (A), mais peut parfois déboucher sur d'autres décisions plus ou moins favorables (B).

A. les décisions d'autorisation de l'opération en phase I.

667.- A la fin de l'examen de phase I, les autorités françaises comme japonaises rendent un premier avis sur l'opération de concentration qu'elles ont eu le soin d'analyser durant cette brève période. Dans les deux pays, la grande majorité des opérations contrôlées est autorisée à l'issue de cette phase[599], et par conséquent il est possible d'affirmer que celle-

[599] EN 2010, sur 198 opérations contrôlées en France, 190 ont été autorisées en phase I (source : rapport d'activité de l'ADLC pour l'année 2010, p.24) ; Au Japon, pour la même année, sur 265 opérations notifiées, aucune n'a fait l'objet d'une phase II officielle (source : JFTC, 平成２２年度における主要な企業結合事例について, pp.73-75).

ci constitue la norme en matière de décisions de contrôle des concentrations. Auprès de l'ADLC, Cette autorisation peut intervenir de deux manières. Soit de manière explicite par le président ou le vice-président de l'ADLC qui notifiera ensuite cette décision d'autorisation aux parties et au ministre de l'économie, soit de manière tacite. En effet, le délai de 25 jours mentionné ci-dessus est extrêmement strict, et l'ADLC, quelle que soit sa décision, doit absolument se prononcer avant la fin de ce délai. Si elle ne le fait pas, elle devra alors notifier son absence de décision au ministre de l'économie, et cette absence de décision vaudra alors autorisation par accord tacite dans un délai de 5 jours ouvrés[600]. Toutefois, cette possibilité est extrêmement rare en pratique, et depuis sa création, l'ADLC n'a encore jamais autorisé de projet de concentration de manière tacite.

668.- De plus, la procédure actuelle en cas de dépassement des délais de la phase I par l'ADLC nous paraît assez étrange, puisqu'au lieu de statuer d'elle-même, l'ADLC doit d'abord notifier ce dépassement au ministre de l'économie, et c'est ce dernier qui autorisera *in fine* l'opération. A titre de comparaison, la procédure d'autorisation tacite en droit européen est beaucoup plus simple, puisque l'absence de prise de décision par la Commission avant la fin de phase I équivaut automatiquement à une décision d'autorisation[601]. Alors même que la loi LME est intervenue pour conférer un pouvoir décisionnel plus important à l'ADLC par rapport au Conseil de la concurrence, et pour l'émanciper vis-à-vis du ministre de l'économie, cette disposition semble davantage être une adoption littérale des dispositions antérieures à la LME que le fruit d'une réflexion quant à sa pertinence, et montre que dans les situations exceptionnelles, le ministre de l'économie garde un droit de regard sur les opérations de concentration.

669.- Dans la majorité des affaires passées, la JFTC prenait des décisions d'autorisation en fin de phase I « officielle », puisque l'examen des opérations se déroulait durant la phase de pré-notification. Bien que l'abolition des discussions de pré-notification ait eu pour conséquence une recrudescence relative des affaires autorisées en phase II, la majorité des décisions restent des autorisations dès la phase I. Le déroulement de cette phase au Japon est légèrement différent de ce que l'on trouve en France ou en Europe, dans la mesure où le délai de cette phase ne correspond pas au délai de l'examen, mais à ce que les autorités appellent une « période d'interdiction [602]». En effet, les parties n'ont pas le droit de procéder à

[600] Articles L.430-5 IV et L.430-7-1 I. du Code de Commerce.
[601] Commission européenne, règlement (CE) n°139/2004, article 10 (6).
[602] En japonais 禁止期間

l'exécution de leur projet de concentration dans la période de 30 jours suivant la notification de leur opération, ce même si la JFTC rend une décision d'autorisation avant la fin de cette période. Ainsi, la durée de la phase I est totalement fixe, indépendamment de la vitesse à laquelle la JFTC rend sa décision. Enfin, contrairement aux dispositions françaises et européennes, ni l'AML, ni les lignes directrices de la JFTC ne prévoient l'éventualité d'une absence de réponse de cette, et par extension d'un quelconque accord tacite. La JFTC est toutefois assez libre pour organiser la procédure lorsque l'AML ne se prononce pas (à titre d'exemple, c'est la JFTC qui a mis en place, réformé puis finalement aboli les discussions préliminaires), et on peut donc en déduire qu'aucun mécanisme d'acceptation tacite n'existe. Ainsi, en cas de retard de la JFTC, celle-ci prononcera simplement son autorisation ou un passage en phase II.

670.- D'autres types de décision sont toutefois envisageables à la fin de la phase I, mais leur variété diffère grandement d'un pays à l'autre.

B. Les autres décisions prises en fin de phase I.

671.- Un certain nombre de décisions différentes peuvent toutefois être prises à ce niveau de la procédure, la variété de ces décisions n'ayant pas la même ampleur en France et au Japon. En droit français, c'est l'article L.430-5-III du Code de Commerce qui dispose l'ensemble des décisions susceptibles d'être prises par l'ADLC en fin de phase I. Tout d'abord, une décision d'inapplicabilité du contrôle est toujours possible, notamment du fait du faible recours des parties notifiantes à la pré-notification. Ce type de décision ne saurait en effet survenir lorsque les parties choisissent la pré-notification, l'un des objectifs premiers de cette procédure étant la vérification de la contrôlabilité de l'opération en cause[603]. On peut considérer qu'il s'agit de décisions bénéfiques pour les entreprises, car cela leur évite les désagréments d'une procédure au titre du contrôle des concentrations.

672.- Toutefois, les décisions d'inapplicabilité du contrôle sont relativement fréquentes, puisqu'on en dénombre 14 rendues par l'ADLC depuis sa création en 2009[604]. En outre, le raisonnement menant à l'inapplicabilité est parfois plus complexe que des seuils non remplis par exemple. Ainsi, une entreprise commune réalisant la majorité de ses ventes auprès

[603] Lignes directrices de l'ADLC, point 116.
[604] Chiffres provenant du site internet de l'ADLC, situation au 10 aout 2012.

de ses entreprises-mères n'étant pas considérée comme une entreprise commune de plein exercice en droit français et européen, le contrôle des concentrations ne lui est donc pas applicable, et une décision d'inapplicabilité a été rendue en ce sens pour l'entreprise commune constituée entre Euralis Coop, SAS Aramis et Agro Participations AB[605]. L'ADLC peut également autoriser une opération de concentration sous réserve d'engagements dès la phase I, possibilité intéressante pour les entreprises puisqu'elle permet de faire en sorte que l'opération qu'elles envisagent soit autorisée sans avoir à subir un examen de phase II, évitant ainsi une extension de leur calendrier d'échéances. Enfin, si les résultats de l'examen de la phase I laissent des doutes sérieux à l'ADLC quand à la compatibilité de l'opération avec l'équilibre concurrentiel du marché, celle-ci peut prendre la décision d'entamer la procédure approfondie de phase II.

673.- Comme vu précédemment, le dispositif de phase I au Japon est conçu de façon beaucoup plus superficielle que son homologue français, avec pour résultat un éventail moins important de décisions potentiellement délivrées. Première différence procédurale, il n'y a pas de décision de passage à un examen de phase II à proprement parler. Si, à la fin de l'examen de l'opération en phase I, la JFTC estime qu'elle doit se pencher davantage sur l'opération, elle procèdera à une demande de documents ou à des convocations de tiers pour procéder à leur audition, et ce n'est qu'une fois ces données réunies que ne commence officiellement la phase II (les parties notifiantes sont toutefois notifiées lorsque la procédure est étendue à la phase II).

674.- En ce qui concerne la fin de la phase I devant la JFTC, aucune décision officielle d'absence de contrôlabilité n'est prévue ni évoquée. Selon toute vraisemblance, la procédure s'arrête dès lors que le contrôle japonais des concentrations n'est pas applicable au projet notifié, mais une fois encore, l'absence de communication de la JFTC à ce niveau couplé à l'hégémonie des discussions préliminaires jusqu'à présent ne permet pas de vérifier cette hypothèse. Enfin, la JFTC, comme l'ADLC, ne peut prononcer ni l'interdiction d'une opération, ni d'injonctions dans le but de résoudre les atteintes à la concurrence[606] à la fin de la phase I, ces décisions extrêmes étant réservées à la fin de la phase II. Elle peut autoriser des

[605] ADLC, Lettre n° 12-DCC-13 du 1er février 2012 relative à la création d'une entreprise commune de plein exercice par les sociétés Euralis Coop, SAS Aramis et Agro Participations AB

[606] en japonais 排除措置命令

opérations sous réserve d'engagements dès la phase I, si ces derniers lui sont soumis dès la notification de l'opération[607].

675.- La possibilité pour les parties notifiantes de prendre des engagements dès la fin de la phase I est un excellent moyen à la fois d'impliquer les parties dans la procédure, et de donner à la phase I la profondeur nécessaire pour ne pas avoir à franchir l'étape de la phase II.

II. L'éventuelle prise d'engagements.

676.- Pour tenter de résoudre les restrictions concurrentielles provoquées par une opération de concentration, les parties elles-mêmes sont parfois amenées à prendre des dispositions venant contrebalancer ces restrictions. La diversité et les spécificités techniques de ces engagements faisant l'objet de la section suivante, les développements ci-après se préoccuperont de l'implémentation de ces prises d'engagements au sein de la procédure du contrôle des concentrations. L'implémentation temporelle des engagements est ainsi différente en France (A) et au Japon (B).

A. La prise d'engagements en France.

677.- La prise d'engagements peut donc se faire, selon la procédure française, dès la phase I de l'examen de l'opération, et ce à divers moments au sein même de cette phase[608]. Tout d'abord, cette prise d'engagements peut avoir lieu avant même que l'opération ne soit notifiée, puisque la phase de pré-notification compte parmi ses objectifs celui d'identifier les éventuels problèmes du projet de concentration proposé, et par extension de commencer à préparer des solutions. Ensuite, indépendamment du recours à la procédure de pré-notification, si les parties estiment d'elles-mêmes qu'elles doivent assortir leur dépôt de notification de précisions concernant des engagements à prendre, elles peuvent joindre leurs projets d'engagements dès le dépôt de ladite notification. Enfin, la prise d'engagements peut advenir après que la notification n'ait été déposée, aussi bien à l'initiative des parties que sur recommandation de l'ADLC, pouvoir de recommandation qui n'est pas à sous-estimer[609].

[607] JFTC, lignes directrices sur la procédure du contrôle des concentrations, article 5 (2).
[608] Lignes directrices de l'ADLC, points 201 à 206.
[609] GLAIS, op. cit., p.484.

678.- Quel que soit le moment auquel les engagements sont proposés, cette proposition a pour conséquence un allongement de la durée de la phase I de 15 jours ouvrés (celle-ci durant alors 40 jours ouvrés), et doit faire l'objet d'une procédure spécifique. En effet, les engagements seront consignés dans une lettre d'engagements remise par les parties aux autorités, lettre qui devra à la fois lister de manière exhaustive lesdits engagements, justifier en quoi ceux-ci permettront d'éviter les effets restrictifs de concurrence de l'opération de concentration envisagée, et détailler précisément par quels moyens ces engagements seront mis en place[610]. Dans leur nature, il n'y a pas de différence faite entre les engagements pris en phase I de ceux pris en phase II, ce qui montre que la procédure a été pensée de façon à ce qu'une atteinte à la concurrence détectée dès l'examen de phase I puisse être corrigée dès cette étape, et avec tous les moyens à disposition des parties notifiantes.

679.- La procédure de proposition d'engagements en droit européen est quant à elle très précisément organisée. En effet, les parties notifiantes peuvent, comme c'est le cas en France et au Japon, proposer des engagements pour leurs opérations de concentration dès la phase I de la procédure de contrôle, mais doivent le faire dans la limite de 20 jours ouvrés après le dépôt de la notification[611]. De plus, la Commission européenne dispose d'un formulaire spécifique dénommé formulaire « RM » afin que les parties puissent exprimer de façon détaillée et structurée les engagements qu'elles souhaitent prendre pour permettre l'autorisation de l'opération de concentration qu'elles envisagent. Ainsi, la procédure européenne est finalement très similaire à celle qui existe en France, mais est encadrée par davantage de formalisme.

680.- La question de la coopération entre les autorités de contrôle et les parties notifiantes pour élaborer les engagements est claire, que ce soit en France et au Japon. Elle est toutefois moins évidente au Japon.

B. La prise d'engagements au Japon.

681.- La question de l'implémentation procédurale des engagements au Japon est beaucoup moins claire qu'en France. Si les lignes directrices de la JFTC exposent fort bien le

[610] Lignes directrices de l'ADLC, point 205.
[611] Règlement (CE) n°802/2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE du 30 avril 2004 n° L, article 19 (1).

principe et la nature des engagements[612], et si les lignes directrices sur la notification affirment[613] que les entreprises peuvent, à tout moment de la procédure, présenter des engagements, aucune d'elles n'explique en revanche à quel moment précis les entreprises doivent proposer ces engagements, et encore moins quelle forme ceux-ci doivent présenter pour être recevables. De par l'importance des discussions préliminaires jusqu'à présent, il est évident que c'est au cours de cette procédure officieuse qu'étaient élaborés et acceptés les engagements, mais de ce fait aucune information n'a été publiée, que ce soit au niveau du moment où ils ont été proposés, de l'influence de la JFTC dans cette décision, et, pour les décisions les plus anciennes, de leurs modalités d'implémentation[614].

682.- Il semblerait que leur introduction dans la notification garantisse leur valeur juridique[615], ce qui impliquerait donc que ces engagements doivent être prêts au moment de la notification, et rendrait plausible la thèse selon laquelle la procédure japonaise actuelle n'a prévu aucune disposition spécifique pour leur élaboration en dehors du cadre des discussions de pré-notification[616]. Par conséquent, même sous le nouveau régime ayant aboli les discussions préliminaires en tant que procédure concrète du contrôle japonais des concentrations, les entreprises désireuses d'avoir recours à des engagements doivent avoir malgré tout recours aux discussions pré-notification pour pouvoir en bénéficier. Les entreprises n'étant pas toujours au fait de ce type de procédure, il y a fort à parier que certaines affaires vont aller jusqu'en procédure de phase II, de par l'absence d'information disponible à ce sujet et de par le manque de souplesse de la nouvelle procédure japonaise du contrôle des concentrations.

683.- Au final, là où le système français parvient à concilier une procédure rapide avec une certaine richesse dans la variété des décisions potentielles dès la fin de la phase I, le système japonais est ici plus rigide, avec une optique très binaire pour la fin de cette dernière : soit l'opération ne semble pas poser de problème, et elle est autorisée en phase I, soit la JFTC a suffisamment de doutes pour ne pas autoriser ladite opération, et indépendamment des solutions à envisager pour effacer ces doutes, enclenche la phase II. En matière d'engagements, alors qu'il est possible, lors d'une notification auprès de l'ADLC ou de la Commission européenne, de les négocier sans avoir eu nécessairement recours à la pré-

[612] Lignes directrices de la JFTC, 第 6.
[613] JFTC, lignes directrices sur la notification, point 4.
[614] HAYASHI, op. cit., p.137.
[615] Id., p. 690.
[616] UESUGI et. al., op. cit., p.321.

notification, la JFTC, bien qu'ayant réformé sa procédure et réduit l'importance des discussions préliminaires, continue indirectement à privilégier les discussions de pré-notification en ayant peu aménagé sa procédure de phase I pour que celle-ci permette de négocier des engagements.

685.- Il convient désormais d'analyser en détail les modalités de cette phase II en France et au Japon.

Section II : La procédure approfondie dite de phase II.

686.- Cette procédure, si elle reste extrêmement rare[617], est un rouage nécessaire de la procédure du contrôle des concentrations dans son ensemble. Si en matière de contrôle des concentrations, la rapidité est le maître mot, du fait de la multiplicité des marchés existant au sein de l'économie mondiale, et de la vitesse toujours plus accrue des échanges, il est parfois nécessaire aux autorités en charge du contrôle des concentrations de prendre du recul sur certains marchés, soit de par leur nouveauté, soit de par les changements que des marchés à première vue connus ont subi. Tout d'abord, la phase II permet de prendre une décision mûrement réfléchie pour une affaire donnée, et laisse à la fois la chance aux parties de réunir suffisamment de preuves de la viabilité de l'opération qu'elles envisagent au regard de l'équilibre concurrentiel du marché donné, et aux autorités le temps nécessaires de prendre en compte un certain nombre d'éléments résultant de l'opération à priori secondaires, mais dont l'accumulation peut résulter en une restriction concurrentielle.

687.- De plus, les analyses approfondies nécessaires à l'élaboration de cette décision de phase II vont nourrir la pratique décisionnelle des autorités pour ce marché, et permettra par la suite de traiter une affaire similaire avec davantage de rapidité et d'expertise. En ce sens, on peut considérer que la procédure de phase II est le véritable moteur de l'évolution de la pratique du contrôle des concentrations. L'examen minutieux qu'elle requiert (§1) permet à l'autorité de délivrer sa décision finale (§2).

[617] Pour l'année 2010, seules 2 décisions ont fait l'objet d'un examen de phase II en France : la décision 10-DCC-11 relative à la prise de contrôle exclusif par le groupeTF1 des sociétés NT1 et Monte-Carlo Participations (groupe AB), et la décision 10-DCC-198 relative à la création d'une entreprise commune entre Veolia Environnement et la Caisse des dépôts et consignations. Au Japon, aucune décision n'a atteint la phase II officielle en 2010, seule une décision a fait l'objet d'un examen en phase II de pré-notification, à savoir l'affaire de création d'entreprise commune entre BHP Billington et Rio Tinto (平成 22 年度主要事例).

§1. Un examen minutieux de l'opération de concentration.

688.- Comme il a été vu précédemment, les délais en phase II sont considérablement plus longs que ceux prévus en phase I, l'objectif n'étant plus de fournir une réponse rapide aux parties notifiantes, mais de s'assurer que la décision rendue sera réellement la meilleure possible pour l'équilibre concurrentiel du marché pris dans son ensemble. Ainsi, ce laps de temps supplémentaire permet non seulement d'améliorer la profondeur de l'analyse menée par les autorités en charge du contrôle des concentrations, mais aussi d'enrichir les informations à disposition des autorités en variant les différentes sources d'information consultées, et en approfondissant les méthodes d'investigation. En ce qu'elle demande un déploiement important de moyens financiers et humains à des autorités limitées en budget et en personnel, cette procédure se doit de rester exceptionnelle (I) consiste ainsi principalement à une analyse précise du marché (II).

I. Une procédure exceptionnelle.

689.- La procédure de phase II ne concerne que les opérations de concentration posant le plus de problèmes aux autorités de contrôle, ce qui lui confère un caractère extraordinaire. Par conséquent, elle obéit à des modalités procédurales particulières (A), et entraîne un allongement substantiel de l'examen des opérations par les autorités (B).

A. Les modalités de déclenchement de la phase II.

690.- Que ce soit dans le système français ou japonais du contrôle des concentrations, l'examen en phase II n'est ni une procédure ordinaire, ni une procédure automatique. Le déclenchement du recours à cette procédure obéit toutefois à des règles procédurales différentes selon le pays. En France, c'est tout d'abord à l'ADLC elle-même qu'il appartient de déclencher la phase II[618]. Il s'agit là d'une décision relevant de la discrétion de l'autorité française, puisqu'elle peut décider d'ouvrir un examen de phase II à partir du moment où elle estime qu'un doute sérieux quant à l'atteinte à la concurrence subsiste à la fin de la première phase, critère vague dans sa formulation et qui, en dépit des efforts de définition fournis dans

[618] Article L.430-5 III du Code de Commerce.

les lignes directrices de l'ADLC[619], donne finalement une certaine liberté à l'autorité. En outre, les parties n'ont pas de moyens de recours contre cette décision.

691.- Le système français prévoit également un certain nombre de prérogatives pour le ministre de l'économie et en relation avec la phase II. Ainsi, Après avoir reçu un exemplaire de la décision d'une opération de concentration donnée (ou après avoir été informé de ladite décision par l'ADLC), le ministre de l'économie peut faire une demande d'ouverture de phase II en dépit de l'autorisation de phase I délivrée par l'ADLC pour ladite affaire[620]. Cette possibilité laisse, ici aussi, planer nombre d'interrogations quant à son utilité réelle. En effet, l'introduction d'une telle disposition par le législateur signifie que ce dernier estime que, dans certaines situations, dont l'évaluation est laissée à la discrétion du ministre de l'économie, celui-ci peut décider qu'une opération doit être analysée en profondeur, indépendamment des analyses menées par l'ADLC en phase I. Si on pousse plus loin le raisonnement, il s'agirait alors vraisemblablement d'une opération que les services du ministère de l'économie ont surveillé en amont de sa notification, et que le ministre souhaite soit interdire, soit autoriser à l'aide d'engagements, voire d'injonctions.

692.- En d'autres termes, il s'agit d'un « droit de regard » du ministre de l'économie qui, s'il n'a désormais plus la responsabilité du contrôle « ordinaire » des concentrations, peut malgré tout avoir recours à une procédure extraordinaire s'il le juge utile. Toutefois, le fait que, d'une part, l'ADLC peut refuser la demande du ministre de procéder à un examen de phase II, couplé à l'inutilité pratique de cette démarche de la part du ministre[621] laisse à penser que cette disposition ne sera probablement pas utilisée. Alors même que l'un des objectifs de la réforme apportée par la loi LME en matière de contrôle des concentrations était d'octroyer à l'autorité de concurrence davantage de liberté et ce, à tous les niveaux de la procédure, conférer ainsi la possibilité au ministre de l'économie de forcer l'ADLC à analyser en profondeur une opération donnée, alors même que ledit ministre n'a aucune attribution particulière durant cette phase II laisse perplexe quant à une réelle utilisation de cette prérogative.

693.- La procédure de déclenchement de la phase II en droit japonais est certes moins rigide, mais aussi moins structurée qu'en droit français. En premier lieu, le début de la phase II au Japon n'intervient pas obligatoirement à la fin de la phase I, mais peut intervenir à tout

[619] Lignes directrices de l'ADLC, point 220.
[620] Article L.430-7-I du Code de Commerce.
[621] GLAIS, op.cit., p. 132.

moment au cours de celle-ci. En effet, si la JFTC, pendant l'examen de phase I, estime qu'elle ne dispose pas des informations nécessaires pour évaluer l'étendue de la restriction concurrentielle de l'opération de concentration notifiée, elle va alors faire une demande écrite[622] des documents qu'elle souhaite examiner aux parties notifiantes[623]. Cette demande doit être motivée et fait figurer la liste des documents demandés par la JFTC. En outre, l'ouverture d'une procédure de phase II fait l'objet d'une publication[624], et les tiers voulant donner leur avis peuvent en faire la demande par écrit dans les 30 jours suivant la publication afin que la JFTC puisse recueillir leur témoignage[625]. Une fois lesdits documents reçus, la JFTC envoie un accusé de réception aux parties notifiantes[626] , et c'est à compter de cet envoi que débute la phase II[627].

694.- Les délais en phase II sont très différents et beaucoup plus longs qu'en phase I, et imposent par conséquent une gestion particulière de leur calendrier par les entreprises notifiantes.

B. Les délais en phase II.

695.- En ce qui concerne la procédure de phase II devant l'ADLC, celle-ci dure 65 jours ouvrés, et peut être allongée de 20 jours supplémentaires si les parties notifiantes envoient à l'autorité française des engagements moins de 20 jours avant la fin de ladite phase. Il existe toutefois une procédure particulière, dite « d'arrêt des pendules » (en anglais « stop the clock »), et qui peut être demandée soit par les parties, si elles estiment manquer de temps pour fournir des informations ou des remèdes à l'ADLC, soit par l'ADLC elle-même lorsqu'elle demande des informations aux parties[628]. Il y a toutefois une légère différence de traitement selon l'auteur de la demande. Là où les parties ne bénéficient que de 20 jours ouvrés maximum lorsqu'ils utilisent cette procédure, lorsque l'ADLC en fait la demande, l'arrêt des pendules ne prendra fin que lorsque le motif de cette demande aura disparu (par exemple, si l'ADLC demande des documents supplémentaires aux entreprises notifiantes, la suspension des pendules s'arrêtera lorsque celle-ci accusera réception desdits documents).

[622] En japonais 報告等要請書
[623] Règles sur la notification, article 8-1.
[624] Lignes directrices sur la notification, point 6 (1).
[625] Id., point 6 (2).
[626] En japonais 報告等受理書
[627] Règles sur la notification, article 8-2.
[628] Article L.430-7 du Code de Commerce.

696.- On distingue ici un effet coercitif de la procédure d'arrêt des pendules. Pour l'ADLC, c'est un moyen de pression efficace afin obtenir les informations qu'elle souhaite : les parties notifiantes, cherchant en général à obtenir une décision le plus rapidement possible, auront alors tout intérêt à se plier aux exigences de l'autorité dans les plus brefs délais. Par ailleurs, si la JFTC ne dispose pas d'une telle procédure d'arrêt des pendules, le mécanisme japonais d'ouverture de la phase II, en ce qu'il exige des parties qu'elles fournissent les documents demandés par la JFTC pour être enclenché, constitue un moyen de pression similaire, mais intervenant plus tôt dans la procédure.

697.- En ce qui concerne le déroulement de la phase II auprès de la JFTC, le fait que la durée de la phase I puisse varier selon le moment de déclenchement de la phase II emporte plusieurs configurations possibles. Ainsi, soit la durée de la procédure totale, à savoir des phases I et II cumulées, sera de 120 jours à compter de la date de notification, soit la durée de la phase II seulement sera de 90 jours à compter de la réception des documents exigés pour initier cette phase, la JFTC prenant par principe le plus tard des deux[629]. En d'autres termes, la phase II dure 90 jours, mais lorsqu'elle est entamée en cours de phase I, la durée de cette dernière (habituellement 30 jours) est incompressible. On remarque que la procédure japonaise ne connaît pas de disposition de type « arrêt des pendules », mais l'arrêt de la procédure provoqué par la demande écrite de documents, la phase II ne commençant qu'à la réception desdits documents, ressemble d'une certaine façon à cette disposition.

698.- Comme indiqué plus haut en matière d'engagements, les parties notifiantes peuvent transmettre tous les documents qu'elles estimeront nécessaires à l'avancée du dossier, sans que cela n'ait d'influence sur la longueur de la procédure, possibilité qui semble être positive du point de vue de la rapidité, mais qui pose certaines interrogations quant à la capacité de la JFTC à absorber le contenu de ces documents en temps limité. En effet, si les parties transmettent une information importante ou des engagements en fin de procédure, on peut se demander si la JFTC aura le temps de traiter ces documents avec toute l'attention qu'ils méritent. Ici aussi, on ne peut s'empêcher de rapprocher ce qui peut s'apparenter à un manque de réalisme procédural au fait que jusqu'à présent, les affaires les plus complexes, soit celles qui nécessitent habituellement le recours à la phase II de la procédure, étaient traitées dans le cadre des discussions préliminaires, au sein desquelles aucun délai spécifique

[629] Lignes directrices sur la notification, point 3.

n'était prévu, ce qui permettait évidemment aux parties de soumettre des documents importants ou des engagements à n'importe quel moment.

699.- Dans l'ensemble, la phase II est à priori plus longue au Japon (sauf en cas d'arrêt des pendules de plus de 30 jours en France), et semble davantage servir les intérêts de recherche de la JFTC que les intérêts de défense des parties notifiantes, notamment à cause de l'absence de procédure d'arrêt des pendules, qui n'est pourtant pas une exception française[630]. Cette différence dans la longueur de la procédure ne semble toutefois pas avoir d'impact sur la profondeur des analyses menées en phase II.

II. Une analyse précise du marché.

700.- Que ce soit en France ou au Japon, la phase II de la procédure existe pour permettre aux autorités de contrôle de prendre la meilleure décision possible pour l'équilibre concurrentiel, compte tenu des difficultés posées par l'opération. Toutefois, alors que l'ADLC ne dispose pas réellement de pouvoirs supplémentaires au cours de cette phase (A), la JFTC voit ses pouvoirs d'enquête considérablement accrus (B)

A. Un simple approfondissement de l'analyse pour l'ADLC.

701.- La raison d'être de la procédure de phase II est simple dans son principe : elle doit permettre aux autorités en charge du contrôle des concentrations d'approfondir davantage les divers aspects de l'opération qui n'ont pu apporter de conclusions satisfaisantes lors de la phase I. Selon l'article L.430-6 du Code de commerce, l'ADLC examine alors si l'opération est de nature à porter atteinte à la concurrence, et cite deux exemples de ces atteintes, à savoir « la création ou le renforcement d'une position dominante » et « le création ou le renforcement d'une puissance d'achat plaçant les fournisseurs en situation de dépendance économique ». Le choix de ces mots n'est pas anodin, puisqu'il s'agit du même vocabulaire que celui employé à l'article L.420-2 du Code de Commerce. Le lien entre contrôle des structures et contrôle des comportements apparaît ici clairement, car bien que l'état même de position dominante ou de puissance économique ne soient pas prohibés (seul leur abus l'est),

[630] Cette procédure existe en effet en droit européen, ainsi que dans plusieurs pays d'Europe (Royaume-Uni, Finlande)

le législateur français nous dit ici que le but final du contrôle des concentrations est d'éviter que les situations évoquées ci-dessus ne se produisent ou prennent de l'ampleur[631].

702.- On constate également que l'état d'esprit de l'ADLC en phase II est différent, plus axé sur la recherche des problèmes posés par l'opération. Cette recherche passe par le recours à diverses sources d'information pour effectuer une analyse en profondeur du marché. Comme il a été vu précédemment pour la JFTC, l'ADLC peut ainsi faire appel à des témoignages apportés par des tiers dans les mêmes modalités qu'en phase I[632]. Elle peut également faire appel aux autorités de régulation sectorielles correspondant à l'affaire qu'elles ont à examiner pour avoir une meilleure idée à la fois du fonctionnement du marché en cause et des régulations spécifiques à ce dernier, lesdites autorités ayant alors un mois pour fournir un rapport répondant aux questions de l'ADLC[633].

703.- A part ces dispositions, l'ADLC ne dispose donc pas réellement de pouvoirs supplémentaires d'investigation lors de l'examen de phase II, mais surtout de temps pour traiter les données recueillies en profondeur. Les résultats de ces recherches obéissent à un formalisme spécifique, puisqu'ils feront l'objet d'un rapport reprenant l'ensemble des éléments de l'opération. Ce rapport contient des éléments à la fois à charge (restrictions concurrentielles susceptibles d'être provoquées par l'opération) et à décharge (efficiences, engagements pris par les parties), et sera transmis aux parties afin qu'elles puissent transmettre leurs observations dans les 15 jours ouvrés[634]. Cette disposition est intéressante, puisqu'en plus de résumer le point de vue de l'ADLC sur l'ensemble de l'opération, cela permet aux parties notifiantes de bénéficier d'une sorte de « droit de défense », leur octroyant l'occasion de manifester leur désaccord ou d'ajouter des précisions si elles le souhaitent, à tel point que certains observateurs l'ont qualifiée de procédure contradictoire[635]. Bien que la procédure de phase II se fasse dans une optique plus accusatoire qu'en phase I, l'esprit de coopération avec les entreprises notifiantes reste donc présent.

[631] Pour de plus amples développement sur le critère de contrôle d'une entreprise, voir Partie I, Titre I, Chapitre I.
[632] Lignes directrices de l'ADLC, point 231.
[633] Article 41-4 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 pour le CSA, L. 5121-4 du code monétaire et financier pour l'AMF, ainsi que l'ensemble des autorités de régulation énoncées à l'article R-463-9 du Code de Commerce.
[634] Lignes directrices de l'ADLC, point 235.
[635] DECOCQ et LAQUIEZE, chronique « droit de la concurrence », in La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 16, 21 Avril 2011, 1325.

704.- La JFTC en revanche gagne des capacités d'enquête qu'elle n'avait pas lors de la phase I de la procédure.

B. Un gain de pouvoirs d'enquête pour la JFTC.

705.- La pratique officielle de la phase II ayant été au Japon quasiment absente jusqu'à présent, les lignes directrices sur les concentrations comme celles sur les notifications ne donnent aucune information concrète sur le déroulement de celle-ci, hormis le fait, mentionné plus haut, de procéder à des auditions. Il semble toutefois que cette possibilité, et d'une manière générale la demande d'informations auprès des tiers constitue la différence principale entre la phase I et la phase II. En effet, dans l'une des premières décisions comportant un examen de phase II et publiée depuis la réforme de 2011[636], la JFTC a pour la première fois explicité en quoi avait consisté son enquête menée en phase II. Dans cette décision, concernant une acquisition d'actions et un transfert d'actifs sur le marché japonais des lecteurs de disque dur (en anglais *hard disk drive*, ci-dessous « HDD »), la JFTC affirme ainsi avoir procédé, suite aux doutes qu'elle entretenait à l'égard d'une éventuelle restriction de concurrence causée par l'acquisition d'actions, à une série d'auditions ainsi qu'à des enquêtes, à la fois auprès des clients et des concurrents de l'entreprise acquéresse.

706.- Elle a ainsi pu déterminer que ladite acquisition d'actions avait bel et bien eu pour effet une restriction concurrentielle, mais que celle-ci n'affectait que le marché des HDD de 3,5 pouces destinés aux ordinateurs personnels et à des produits d'électroménager (pages 4 et 5 de la décision). Il n'y a pas, en droit japonais, de rédaction d'un rapport donnant lieu à des observations de la part des parties, mais on constate dans la décision précitée que les entreprises concernées ont continué à fournir des documents à la JFTC jusqu'au 28 août 2011, alors même que la phase II a été officiellement déclenchée le 5 juillet de la même année, ce qui montre que les entreprises peuvent coopérer avec la JFTC même à un stade avancé de la procédure. Toutefois, en l'absence de procédure d'arrêt des pendules, comme évoqué plus haut, il convient de se demander si la JFTC a eu le temps de considérer ces documents avec toute l'attention qu'ils méritent. L'opération ayant été autorisée sous réserve d'engagements, il ne semble pas que ces courts délais n'aient porté préjudice aux parties notifiantes.

[636] JFTC, ハードディスクドライブの製造販売業者の統合計画に関する審査結果について, 平成２３年１２月２８日.

707.- La phase II, telle qu'elle est conçue en France, constitue ainsi un approfondissement au sens propre du terme. L'ADLC travaille sur des éléments auquel elle avait ou aurait pu avoir accès dès la phase I, mais en leur consacrant plus de temps. Au Japon, elle constitue une dimension nouvelle de l'examen de l'opération, en donnant à la JFTC des pouvoirs d'investigation accrus qui lui permettent d'affiner son jugement, comme le montre l'affaire exposée ci-dessus. Il est malgré tout regrettable que ses pouvoirs d'investigation soient volontairement bridés en phase I, et peut être que la possibilité d'interroger des tiers dès celle-ci pourrait éviter un recours à la phase II selon les affaires.

708.- Une fois l'examen de phase II achevé, les autorités doivent prononcer leur décision finale.

§2. La décision finale de l'autorité de contrôle.

708.- En raison du caractère complémentaire de la phase II, qui augmente considérablement la durée de la procédure, la fin de cette dernière s'accompagne nécessairement d'une décision finale rendue par l'autorité ayant procédé à l'analyse de l'opération. Ces décisions offrent souvent l'avantage d'un grand détail de l'ensemble des interactions concurrentielles se produisant sur le marché en cause, et de par la richesse des données recueillies pour l'élaboration desdites décisions, sont souvent riches d'enseignements quant aux méthodes d'analyse des autorités en charge du contrôle. De plus, la phase II ayant été enclenchée pour des raisons de doute concernant la compatibilité entre l'opération envisagée et l'équilibre concurrentiel d'un marché donné, cette décision est souvent délicate pour les entreprises concernées (I). Cette décision est d'autant plus délicate dans ses répercussions qu'elle fait l'objet d'une publication plus ou moins extensive (II).

I. Une décision souvent délicate pour les entreprises.

709.- Lorsqu' une opération de concentration fait l'objet d'un examen de phase II, cela signifie en général que celle-ci soulève de nombreux problèmes concurrentiels qui nécessitent au moins une prise d'engagements pour autoriser l'opération et on imagine difficilement une autorisation sans conditions à un tel stade de la procédure. Les décisions prononcées sont ainsi assez sévères (A) et répondent à un formalisme spécifique (B).

A. La sévérité des décisions prises en fin de phase II.

710.- Lorsque l'ADLC prend la décision de procéder à un examen approfondi de l'opération de concentration, c'est qu'elle estime que l'opération ne peut être autorisée telle qu'elle a été présentée par les parties notifiantes, et souvent parce que ces dernières n'ont pas su trouver d'engagements convaincants en fin de phase I[637]. Par conséquent, l'ensemble des décisions prévues par les textes français en fin de phase II reflètent cette sévérité à l'égard de l'opération qui en a fait l'objet. L'article L.430-7 III du Code de Commerce mentionne avant tout qu'à l'issue de cette phase, l'ADLC a le choix entre trois types de décisions. Tout d'abord, elle peut interdire l'opération, décision extrême qui n'a jamais été prise depuis la création de l'ADLC. Il s'agit d'un dispositif peu utilisé par le passé également, puisque la dernière interdiction en date remonte à l'affaire Sara Lee/Benckiser de 2000[638]. Ensuite, elle peut autoriser l'opération sous réserve d'engagements pris par les parties, ce qui est généralement le dispositif le plus fréquent. Ainsi, sur les six opérations de concentration ayant fait l'objet d'un examen de phase II depuis la création de l'ADLC, cinq ont fait l'objet d'une autorisation sous réserve d'engagements[639].

711.- Enfin, l'autorité française peut également prononcer des injonctions, décision presque aussi rare que les décisions d'interdiction tant son principe va à l'encontre de l'esprit général de coopération de la procédure. Il n'existe à l'heure actuelle qu'un seul un exemple de décision d'injonction prononcé par l'ADLC, dans le cadre de la nouvelle notification de l'opération de concentration entre Vivendi et Canal +[640] suite à l'annulation de l'autorisation de ladite opération en septembre 2011, décision justifiée par l'insatisfaction de l'ADLC quant à l'efficacité des engagements proposés par les parties. Cette décision faisant actuellement l'objet d'un recours en Conseil d'Etat, il se peut que ces injonctions soient modifiées ou annulées par la suite. Ce n'est que le IV de l'article L.430-7 qui précise la possibilité d'autoriser l'opération, autorisation qui devra alors être motivée. Cet article fait ainsi prendre

[637] Lignes directrices de l'ADLC, point 220.
[638] Ministre de l'économie, arrêté du 3 mai 2000, Sara Lee/ Benckiser, BOCCRF du 5 décembre 2000, p.673.
[639] ADLC, décision 10-DCC-11 relative à la prise de contrôle exclusif par le groupe TF1 des sociétés NT1 et Monte-Carlo Participations (groupe AB) ; décision 10-DCC-198 relative à la création d'une entreprise commune entre Veolia Environnement et la Caisse des dépôts et consignations ; décision 11-DCC-187 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Quartier Français Spiritueux par la Compagnie Financière Européenne de Prise de Participation ; décision 12-DCC-101 relative à l' acquisition par Vivendi et Groupe Canal Plus des sociétés Direct 8, Direct Star, Direct Productions, Direct Digital et Bolloré Intermédia.
[640] ADLC, décision 12-DCC-100 relative à l'acquisition de TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Canal Plus.

conscience de la relative gravité de la procédure de phase II à l'échelle du contrôle des concentrations, et permet de comprendre pourquoi ce dispositif est si rarement usité en pratique.

712.- Le système français prévoit en outre un pouvoir très important accordé au Ministre chargé de l'économie, et nommé pouvoir d'évocation. Celui-ci peut, en effet, être amené à se prononcer sur une opération de concentration indépendamment de la décision prise par l'ADLC à la fin de la phase II[641]. La rédaction de cet article est relativement floue, dans la mesure où elle ne détaille pas précisément dans quel sens le Ministre de l'économie peut se prononcer. Sachant que l'article évoque que « Cette décision peut éventuellement être conditionnée à la mise en œuvre effective d'engagements », on peut imaginer que le pouvoir du Ministre serait d'autoriser, avec prise d'engagements de la part des parties si besoin est, une opération de concentration que l'ADLC aurait interdite pour cause de restriction concurrentielle trop importante. D'autres interprétations estiment cependant qu'en l'état actuel de la rédaction du texte, le Ministre pourrait au contraire interdire une opération préalablement autorisée par l'ADLC. Toutefois, l'absence d'utilisation de ce pouvoir par le ministre jusqu'à présent limite fortement son intérêt pratique.

713.- Cette interprétation semble toutefois se fonder sur le fait que, jusqu'à présent, dans les affaires où l'avis du conseil de la concurrence et celui du ministre ont divergé, le Ministre s'est montré en général plus sévère, soit en demandant plus d'engagements, comme par exemple dans l'affaire CCI-Unibail[642], voire en interdisant une opération autorisée, comme ce fut le cas pour l'affaire Sara Lee/Benckiser citée plus haut. Il semble toutefois que cet état de fait soit davantage le fruit du contrôle politique tel qu'il était établi avant la loi du 4 août 2008, le Ministre étant, à l'époque, au centre du contrôle des concentrations. La procédure actuelle conférant à ce dernier un rôle purement exceptionnel, et exigeant une décision dûment motivée de ce dernier, le recours réel à cette disposition pour autoriser une opération, et à fortiori, pour l'interdire ou la juger plus durement que ne l'aurait fait l'ADLC, apparaît peu plausible.

714.- La fin de la phase II, telle qu'envisagée par les autorités japonaises de contrôle, est beaucoup moins sujette au formalisme, et semble aussi davantage dénuée de gravité. Les

[641] Article L-430-7 II du Code de Commerce.
[642] C 2007-14, Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'emploi du 13 novembre 2007, aux conseils de la société CCIP, relative à une concentration dans le secteur de l'organisation de foires et salons, BOCCRF 9 bis du 6 décembre 2007.

possibilités de décision sont similaires à celles que l'on trouve en droit français. Dans la pratique, hormis lors de l'affaire Yawata Fuji la JFTC n'a jusqu'à présent jamais prononcé d'interdictions d'opérations de concentration. Depuis la réforme de la procédure de 2011, on a assisté à une recrudescence des affaires faisant l'objet d'un examen de phase II, et pour le moment, toutes ces affaires[643] ont fait l'objet d'une autorisation sous réserve d'engagements. Lors de l'examen des affaires en deuxième de pré-notification, comme c'était le cas avant 2011, le fait de savoir l'opération sujette à des engagements lourds, voire à un risque d'interdiction avait souvent pour conséquence un abandon du projet de concentration par les parties, comme ce fut le cas dans l'affaire BHP/ Billington.

715.- Non seulement les décisions prises en phase II sont exigeantes en matière d'engagements à prendre pour les parties, mais elles sont soumises à un formalisme différent des décisions de phase I.

B. Le formalisme spécifique des décisions de phase II.

716.- En ce qui concerne l'autorité française, le prononcé même de la décision fait l'objet d'une procédure spécifique, puisque celle-ci est examinée par une formation spécifique du collège des membres de l'ADLC[644], et donne lieu à une à séance durant laquelle les rapporteurs exposent d'abord leurs conclusions, ce après quoi des tiers peuvent être entendus, et laissant en fin de séance la parole aux parties notifiantes[645]. Les décisions d'accord tacite sont également prévues en phase II[646], mais sachant que cette éventualité est déjà rarissime en phase I, sa survenance en phase II serait totalement contradictoire avec le caractère grave de cette phase. Ainsi, la prise de décision après une procédure de phase II auprès de l'ADLC bénéficie de la constitution d'une sorte de tribunal permettant à l'autorité de communiquer clairement aux parties ses intentions concernant le projet de concentration, et qui laisse aux parties une dernière possibilité de défense et de justification dudit projet avant la prise de décision finale. Une telle procédure convient bien au caractère exceptionnel de la phase II de

[643] JFTC, 新日本製鐵株式会社と住友金属工業株式会社の合併計画に関する審査結果について (Projet de fusion entre Shin Nippon Steel et Sumitomo Kinzoku Kôgyô), et ハードディスクドライブの製造販売業者の統合計画に関する審査結果について (Projet d'intégration de fabricants de lecteurs de disques durs).
[644] Article L.461-3 al. 2 du Code de Commerce.
[645] Lignes directrices de l'ADLC, point 237.
[646] Article L.430-7 I du Code de Commerce.

notification, mais poserait probablement des problèmes de temps et de moyens si le nombre de procédures de phase II venait à augmenter.

717.- La JFTC pour sa part peut soit estimer que l'opération ne pose finalement pas de problème au regard de l'AML, et l'autoriser, avec ou sans engagements, soit estimer au contraire que celle-ci pose problème, et en conséquence envisager la prononciation d'un ordre de mesures d'annulation (en japonais 排除措置命令)[647]. Cette prononciation enclenche ainsi une procédure de contradictoire qui ressemble quelque peu au dispositif français dans ce domaine. En effet, la prononciation d'un tel ordre est précédée d'une « communication préliminaire[648] » par laquelle la JFTC va notifier aux parties concernées son intention d'interdire toute ou partie de l'opération. Les parties peuvent alors présenter leurs observations par écrit[649] , fournir des preuves ou encore proposer des engagements afin de sauver leur opération de concentration[650]. Une fois ceux-ci réceptionnés, la JFTC prendra sa décision finale, c'est-à-dire soit autoriser l'opération à la lumière des preuves et autres engagements fournis par les parties, soit rester sur son impression première et prononcer un ordre d'annulation. Ainsi, la JFTC laisse également aux parties notifiantes une dernière opportunité de défendre leur projet de concentration avant de rendre sa décision finale, seulement là où la procédure auprès de l'ADLC emprunte certains aspects du procès civil ordinaire, l'autorité japonaise préfère limiter les échanges directs et organiser l'ensemble de la procédure par correspondances successives.

718.- On constate ainsi que du strict point de vue de la procédure, la décision prise en phase II ne diffère guère de celle prise en phase I pour ce qui est du contrôle japonais des concentrations. La décision est certes plus murie, et fait nécessairement l'objet d'engagements de la part des parties, mais son prononcé n'a pas le caractère de gravité et de solennité que l'on trouve en droit français. Il offre aussi une possibilité de défense contradictoire aux parties, sans pour autant ancrer celle-ci dans une audience aux allures de tribunal. Enfin, bien que l'ADLC ne soit une autorité administrative indépendante, le contrôle des concentrations est encore conçu en France comme un instrument de politique économique, et même s'il ne s'agit que de prérogatives exceptionnelles, le Ministre de l'économie conserve encore la possibilité de faire échapper aux règles de droit commun une opération de concentration qu'il estime

[647]JFTC, lignes directrices sur la notification, point 6 (3).
[648] En japonais 事前通知
[649]En japonais 意見書
[650] Article 49-5 de l'AML.

importante pour l'économie française et le bien-être de ses citoyens. A ce titre, le contrôle japonais des concentrations est un contrôle purement administratif dans sa procédure, les éléments politiques de ce dernier relevant davantage de la conception de ses règles, que de l'intervention directe du pouvoir politique.

719.- Une fois la procédure achevée, il reste à publier la décision qui en résulte.

II. La publication de la décision finale.

720.- La publication des décisions prises dans le cadre du contrôle des concentrations est une étape importante permettant aux tiers de prendre non seulement connaissance des projets de concentrations autorisés, mais également d'en apprendre plus sur les raisonnements appliqués par les autorités en charge du contrôle lorsqu'elles sont face à une affaire donnée. Alors que la publication des décisions par l'ADLC fait l'objet de règles strictes (A), la JFTC dispose d'une grande liberté de publication, et ce à tous les niveaux (B).

A. Une publication par l'ADLC soumise à des règles strictes.

721.- Qu'il s'agisse d'une autorisation intervenant en phase I ou de toute autre décision intervenant en fin de phase II, celles-ci font l'objet de règles précises de publication par l'ADLC. Lorsque la décision intervient en phase I, quel que soit le contenu de celle-ci, y compris l'ouverture d'une procédure de phase II, l'ADLC publie le sens de la décision uniquement dans un délai de 5 jours sur son site internet[651]. Ce n'est qu'une fois que les parties ont reçu la décision et éventuellement mentionné, dans le délai de 15 jours qui leur est imparti, les éléments qu'elles souhaitent occulter que la décision sera publiée. Les parties notifiantes ne peuvent toutefois pas occulter toutes les informations qu'elles souhaitent, et devront systématiquement justifier leurs demandes[652]. En outre, les lignes directrices de l'ADLC prennent soin de mentionner en leur point 214 quelles sont les mentions qui ne peuvent traditionnellement pas être occultées, et vont jusqu'à dresser une liste non exhaustive des informations qui sont habituellement sujettes à occultation au point 215. On souligne une fois de plus l'effort pédagogique réalisé par l'ADLC en la matière, et qui permet aux parties

[651] Article R. 430-6 du Code de Commerce.
[652] Lignes directrices de l'ADLC, point 213.

notifiantes de préserver leurs informations stratégiques de manière encadrée. Toutefois, si l'autorité française accorde une certaine importance au secret des affaires, elle ne semble pas pour autant en faire une priorité, et privilégie malgré tout l'information des tiers[653], ce qui dénote de l'importance de la notion de publication des décisions dans le système français du contrôle des concentrations.

722.- En ce qui concerne les tiers, l'article R.463-15-1 du Code de Commerce dispose que lorsque ceux-ci apportent des informations concernant un projet d'opération de concentration, ils peuvent préciser quelles parties de ces informations sont sujettes au secret d'affaires. De cette façon, ces parties ne figureront pas dans les publications officielles, et ne seront connues que des services de l'ADLC en charge de l'examen de l'opération. Dans l'éventualité, encore non avérée, d'une décision prise par le ministre de l'économie en fin phase II dans le cadre de son pouvoir d'évocation, les règles de publication sont identiques à celles que l'ADLC doit respecter, à ceci près que la publication n'intervient alors pas sur le site internet de celle-ci, mais au BOCCRF, et que les règles spécifiques relatives au secret des affaires mentionnées ci-dessus sont remplacées par celles, plus générales, de l'article D.430-8 du Code de Commerce.

723.- On en déduit logiquement que lorsque ce type de décision interviendra, les parties bénéficieront certes d'une protection légale de leur secret d'affaires, mais que cette protection sera moins sensible à leurs demandes, et donc moins souple. D'une manière générale, il est raisonnable de penser qu'en matière de contrôle des concentrations, lorsque la question du secret des affaires est mise en balance avec celle du droit des tiers à l'information, le législateur français comme l'ADLC ont tendance à privilégier la liberté d'information, position utile non seulement pour les professionnels et les observateurs de la matière, qui vont pouvoir analyser et éventuellement critiquer les décisions prises, mais aussi pour l'autorité elle-même, qui va bénéficier de ces critiques et observations pour tenter d'améliorer sa pratique.

724.- En comparaison à toutes ces dispositions législatives encadrant la publication des décisions par l'ADLC, la JFTC conserve une grande liberté en la matière.

[653] Lignes directrices de l'ADLC, point 217.

B. Une publication des décisions libre par la JFTC.

725.- La publication des décisions sur le contrôle des concentrations au Japon a été pendant longtemps l'un des problèmes principaux de ce dernier. Il existe bien évidemment des règles précises de publication pour les décisions prises dans le cadre de la procédure officielle, mais ces règles ne proviennent pas de textes de lois. Ainsi, c'est la JFTC qui fixe ses propres règles de publication. Tout d'abord, doivent faire l'objet d'une publication les demandes de documents supplémentaires adressées aux parties notifiantes et indiquant par la même l'intention de la JFTC de procéder à un examen de phase II[654]. Cette publication sert également à demander aux tiers leur avis sur le projet de concentration destiné à être examiné en phase II. Ensuite, La décision prise en phase II, quelle qu'elle soit, fera également l'objet d'une publication. La publication se fait traditionnellement sur le site internet de la JFTC, mais il n'existe pas de règles précises concernant ses modalités.

726.- En effet, l'article 43 de l'AML donne à la JFTC un large pouvoir de publication, puisqu'il y est disposé simplement que la JFTC peut publier les informations qu'elle estime nécessaires à l'application de l'AML, à l'exception des secrets des parties. Cette notion de secret n'est par ailleurs pas définie, mais dans la mesure où, jusqu'à présent, les décisions publiées par la JFTC étaient assez avares en informations précises sur les parties, certaines décisions anciennes allant jusqu'à ne pas préciser le nom de ces dernières. Il semble donc que la JFTC ait une conception très extensive et respectueuse de cette notion, et que le problème se situe davantage pour les personnes désireuses d'avoir des détails sur les opérations analysées que pour les parties ayant fait l'objet de cette analyse.

727.- Autre point important, les décisions rendues en fin de phase I ne font pas systématiquement l'objet d'une publication. La JFTC se contente de préciser que les décisions susceptibles de présenter un intérêt pour les entreprises en général, comme par exemple celles faisant l'objet d'une autorisation sous engagements en fin de phase I, pourront éventuellement être publiées[655]. Une fois encore, et ce en dépit de la réforme de 2011 censée améliorer la transparence de la pratique de la JFTC, celle-ci se refuse à une publication systématique des décisions. Bien évidemment, le point de vue de la JFTC n'est pas totalement dénué de bon sens. Ainsi, lorsque l'on consulte par exemple les décisions d'autorisations en phase I sans prise d'engagements de l'ADLC par exemple, force est de constater que cette publication est

[654] Lignes directrices sur la notification, point 6 (1).
[655] Id., point 5 (2).

souvent succincte, et ne présente guère d'intérêt pour l'avancée doctrinale du contrôle des concentrations.

728.- Toutefois, en ce qu'elles sont l'illustration de la pratique ordinaire, et donc de la majorité des affaires traitées, ces décisions sont utiles pour constater les tendances et les raisonnements des autorités. Elles permettent également de voir les usages de la pratique décisionnelle selon le marché concerné, et sont donc une source d'information digne d'intérêt pour les entreprises de ce même marché et qui envisagent à leur tour une opération de concentration. Il semble que la raison officieuse de cette publication sélective soit là encore le manque de moyens de la « division concentration » de la JFTC, qui préfère logiquement consacrer ses ressources à l'examen des décisions en cours qu'à la publication des décisions prononcées.

728.- La comparaison du déroulement des procédures françaises et japonaises offre plusieurs perspectives intéressantes. Force est de constater que grâce aux réformes d'envergures menées par la France le 4 aout 2008, et par le Japon le 14 juin 2011, il est indéniable que les procédures usitées dans les deux pays se sont considérablement rapprochées. Les différences se situent désormais dans les détails, et selon toute vraisemblance, la notification simultanée en France et au Japon d'une même opération de concentration aurait de très grandes chances d'aboutir à une décision similaire dans des délais quasi-identiques. Il ressort toutefois de cette comparaison que les deux pays, en dépit des efforts importants qu'ils ont concédés, ne sont pas totalement débarrassés de leurs vieux démons.

729.- Même si l'éventualité est anecdotique, le ministre de l'économie conserve toujours un pouvoir de décision dans le contrôle français des concentrations, et bien qu'il mette en avant une transparence et une efficacité renouvelées, le contrôle mené par la JFTC conserve des caractéristiques propres à un contrôle administratif des concentrations, empreint de prérogatives de puissance publique, notamment en ce qui concerne la publication des décisions. Malgré tout, l'harmonisation reste le maître-mot, et bien qu'elles aient résisté à des réformes en profondeur, il se peut que ces dernières petites particularités nationales ne subsistent que symboliquement dans des textes non usités, voire disparaissent dans les années à venir.

730.- Après avoir étudié en détail le déroulement de la procédure, il convient de se pencher sur le contenu des décisions rendues par les autorités de contrôle, ainsi que sur les moyens de recours prévus contre ces dernières.

TITRE II : L'EVENTAIL DES DECISIONS.

731.- Le titre précédent a permis de constater l'abondance de décisions différentes dont peut faire l'objet une opération de concentration. Bien que l'écrasante majorité des décisions soient des autorisations en phase I et sans engagements, il convient toutefois de se pencher en détail sur les décisions qui ont posé des problèmes aux autorités en charge du contrôle des concentrations, et de quelle manière ceux-ci ont été résolus. En effet, que ce soit en France, avec la notion d'atteinte à la concurrence, ou au Japon, avec celle de restriction substantielle de la concurrence, force est de constater que ces notions sont extrêmement abstraites[656], en ce qu'elles impliquent de nombreux facteurs juridiques, économiques et parfois politiques. Par conséquent, ce n'est qu'avec l'accumulation de décisions et l'analyse approfondie et concrète de ces dernières qu'il devient possible d'en cerner les contours, et de comprendre réellement ce qui est autorisé de ce qui est réprimé par le contrôle des concentrations. De plus, l'analyse des décisions d'autorisation en phase I sans engagements présente certes l'avantage du nombre de décisions, mais ce n'est finalement que dans les rares décisions où les autorités françaises, européennes et japonaises de contrôle se sont montrées plus circonspectes à autoriser un projet de concentration donné que les principes qui guident les analyses n'apparaissent réellement.

732.- En matière décisionnelle, le contrôle des concentrations vient poser une difficulté supplémentaire, à savoir l'absence de binarité des décisions[657]. Le but du contrôle des concentrations étant non pas d'interdire, mais d'assurer la compatibilité des opérations de concentration avec les règles de concurrence, lorsqu'une opération pose problème, celle-ci peut être sauvée grâce à la coopération entre les parties à la concentration et les autorités en charge du contrôle. Ainsi, il existe toute une variété de décisions envisageables entre la simple autorisation, et la rarissime interdiction d'une opération, et c'est l'analyse de ces diverses possibilités qui permet de réellement saisir la rigueur du contrôle des concentrations. En effet, les parties à une opération de concentration, guidées par leur intérêt, vont le plus souvent essayer de négocier des solutions pour que leur projet soit accepté. Toutefois, la décision finale appartenant aux autorités de concurrence, c'est finalement le degré de coopération de

[656] HAYASHI, op.cit., p.697.
[657] BOUGETTE, *Les procédures négociées en droit de la concurrence*, in Revue internationale de droit économique, 2011, dossier spécial 4, p. 111.

ces dernières qui va fixer le niveau de sévérité du contrôle des concentrations dans un Etat donné.

733.- L'analyse de l'éventail des décisions possibles passe donc par un examen attentif de la diversité proposée en matière d'engagements, de leur suivi par les autorités de contrôle et des éventuelles mesures prévues en cas d'irrespect de ces derniers en France, en Europe et au Japon (Chapitre I). En dépit de leur rareté, il conviendra toutefois de se pencher également sur les décisions d'abandon d'une opération par les parties et d'interdiction prononcée par les autorités afin d'en extraire les motivations profondes, pour finalement aborder les voies de recours offertes aux sociétés insatisfaites par la décision des autorités de contrôle (Chapitre II).

Chapitre I : Les mesures correctives.

734.- L'une des nombreuses conséquences d'un contrôle des concentrations intervenant avant la concrétisation effective d'une opération de concentration donnée est la capacité de négociation alors offertes aux parties à la concentration[658]. Dans le monde des affaires, la souplesse des autorités de contrôle constitue une opportunité intéressante pour les entreprises ayant pour projet une opération de concentration susceptible de poser des problèmes concurrentiels, et plutôt que d'y renoncer totalement, apporter des modifications à ce projet ou renoncer à certains actifs ou droits détenus pour qu'il soit finalement autorisé permet aux parties notifiantes une gestion intelligente de leur puissance concurrentielle en fonction de leurs objectifs de développement. L'opération de concentration envisagée ayant pour effet une distorsion négative de l'équilibre concurrentiel sur un marché donné, les parties peuvent alors, sur proposition des autorités de concurrence concernées ou de leur propre initiative, proposer des mesures de promotion de la concurrence pour en quelque sorte « rétablir la balance » et revenir à un état concurrentiel acceptable au regard des règles de concurrence.

735.- La pratique s'est vite répandue dans l'ensemble des juridictions adoptant un contrôle des concentrations *ex ante*, et les autorités françaises, européennes et japonaises ont également vite compris l'intérêt d'adopter un tel système. Ainsi, Dès la première décision française en matière de contrôle des concentrations, à savoir l'affaire Vallourec/ les tubes de la Providence citée précédemment, l'opération a été autorisée sous conditions. Au Japon, la célèbre affaire Yawata Fuji citée plus haut a également été autorisée *in fine* grâce aux engagements pris par les parties à la concentration pour participer à la « création d'un concurrent doté d'un pouvoir de contestation efficace »[659]. La Commission européenne forte de l'expérience d'autres juridictions, a également incorporé cette pratique aussitôt le contrôle des concentrations adopté par le biais du règlement (CE) 4064/89. Ainsi, dès les premiers projets de concentration notifiés et posant des problèmes concurrentiels, des engagements ont été prescrits, comme par exemple dans l'affaire de création d'une entreprise commune entre Varta et Bosch en 1991, affaire dans laquelle la constitution de ladite entreprise commune a

[658] OCDE, "Merger Remedies", in *Competition Policy Roundtables*, 2003, p.237, disponible à cette adresse:
http://www.oecd.org/dataoecd/61/45/34305995.pdf
[659] (en japonais 有効な牽制力のある競争者).

été autorisée sous réserve de la cessation de certains contrats de licence, ainsi que de certains doubles emplois de dirigeants[660].

736.- Au fur et à mesure de la pratique, une dichotomie s'est imposée dans la variété de mesures possibles, dichotomie aux frontières pas toujours évidentes à cerner mais qui structure généralement les raisonnements en la matière. On distingue ainsi traditionnellement les mesures structurelles (Section I) des mesures comportementales (Section II).

Section I : Les mesures structurelles.

737.- Les mesures structurelles sont, comme leur nom l'indique, celles qui visent à modifier la structure du groupe procédant à l'opération de concentration. Cette modification structurelle peut revêtir de nombreuses formes différentes, et ce notamment grâce aux diverses méthodes d'acquisition et de cession issues du droit des sociétés. Le groupe de l'entreprise partie à la concentration va ainsi accepter de se débarrasser d'actifs, dans l'acception la plus large que cette notion peut connaître (infrastructures, filiales, mais aussi droits de propriété intellectuelle, contrats, etc.) afin d'affaiblir volontairement sa puissance de marché, et parfois de renforcer celle de ses concurrents. En effet, comme il sera examiné par la suite, l'identité du repreneur de l'actif cédé et sa capacité à concurrencer l'entreprise cessionnaire importent autant que la valeur du point de vue concurrentiel de l'actif en question. Que ce soit en France, en Europe ou au Japon, les mesures structurelles ont les faveurs des autorités en charge du contrôle des concentrations pour leur caractère définitif et l'effet certain qu'elles ont sur l'équilibre concurrentiel du marché concerné[661]. Dans la majorité des affaires, les engagements pris par les sociétés consistent en des cessions matérielles (§1) ou immatérielles (§2).

§1. Les cessions matérielles.

738.- Les cessions matérielles sont probablement celles dont l'effet direct est le plus facile à comprendre de par leur caractère physique et concret, et constituent donc un engagement convaincant auprès des autorités de concurrence. Elles sont également

[660] Commission européenne, affaire M. 12 Varta/Bosch, JOCE L 320du 22 novembre 1991, p. 26.
[661] Lignes directrices de l'ADLC, point 298 ; Lignes directrices de la JFTC, 第 6, 1.

l'engagement le plus lourd à supporter par les entreprises notifiantes, qui vont devoir se séparer d'attributs dont la valeur sur le plan concurrentielle est avérée. De plus, contrairement à des engagements comportementaux dont les effets futurs sont incertains et demandent des vérifications périodiques de la part des autorités de contrôle, le caractère définitif des cessions matérielles permet de modifier durablement la structure du groupe auquel appartient l'entreprise notifiante, et a par conséquent un effet constant sur sa puissance concurrentielle. Les cessions matérielles peuvent consister en la cession d'activités (I), ou plus simplement en la cession d'infrastructures (II).

I. Les cessions d'activités.

739.- Toute cession d'activité ne constitue pas nécessairement un remède efficace contre les effets négatifs d'une opération de concentration. Pour qu'une cession d'activité puisse être acceptée en tant qu'engagement, elle doit remplir des conditions quant à la nature de l'activité cédée (A) et il faut que l'acquéreur présente une réelle menace concurrentielle (B).

A. Les conditions tenant à la nature de l'activité.

740.- La cession d'activités, qui est en pratique la plus usitée par les entreprises parties à une concentration[662], voit le groupe partie à la concentration céder une activité autonome à une entreprise tierce à l'opération. Bien évidemment, il ne s'agit pas de céder n'importe quelle activité à qui voudra bien la reprendre, et dans cette optique les autorités françaises comme japonaises de contrôle des concentrations ont des critères bien précis pour définir les modalités de cette cession d'activité. On note toutefois une très nette différence en matière d'exigences pour cette cession d'activités selon l'autorité, à tout le moins au niveau théorique, dans le contenu des lignes directrices. Tout d'abord, les lignes directrices françaises exigent une définition claire et précise de l'activité cédée, et demandent aux entreprises cédantes de maintenir l'activité en bonne santé économique jusqu'à sa reprise[663], exigence qui ne se retrouve pas dans les lignes directrices japonaises. La même remarque peut être faite concernant la procédure de la cession, les lignes directrices japonaises ne mentionnant à

[662] GLAIS, op. cit., p.485.
[663] Lignes directrices de l'ADLC, points 531 à 533.

aucun moment les délais de cession ou la nomination d'un mandataire chargé de la cession. On peut toutefois tirer certaines conclusions de la rédaction de ces lignes directrices. Ainsi, les mesures correctives doivent être de préférence exécutées avant la réalisation de l'opération de concentration notifiée[664], ce qui implique des délais relativement courts eu égard aux délais usuels de traitement des opérations de concentration par la JFTC, ainsi que la nécessité de négocier de tels engagements dans le cadre de discussions préliminaires.

741.- Comme le montre l'affaire de prise de contrôle exclusif de la société Quartier Français Spiritueux (QFS) par la Compagnie Financière Européenne de Prise de Participation (Cofepp)[665], société active sur le marché du rhum produit dans les DOM (principalement en Martinique et en Réunion), la cession d'actifs peut consister en la cession de filiales entières, QSF ayant, entre autres, concédé l'intégralité du capital de la société d'assemblage et de conditionnement de boissons SOGIM, ainsi que les filiales de celle-ci (point 332 de la décision). Ce genre de décision est toutefois exceptionnel (dans le cas présent, il s'agit d'ailleurs d'une autorisation de phase II), et on ne trouve d'ailleurs pas d'exemple de cessions de filiales d'un groupe dans la pratique japonaise. En outre, les lignes directrices françaises semblent faire une distinction entre les notions d'activité et d'actif, la première incluant la nuance de fonctionnement autonome grâce à l'inclusion de capital humain, alors que l'autre semble désigner uniquement les outils de production quand il s'agit d'actifs matériels. En pratique, cette distinction ne semble pas avoir de répercussions, et c'est principalement le terme d'actif qui se retrouve dans les décisions.

742.- A ce titre, la pratique japonaise montre que la JFTC exige une définition précise des caractéristiques de l'activité à céder afin que cette cession ait des dimensions adéquates en termes d'atténuation de la puissance concurrentielle des entreprises parties à l'opération, sans pour autant leur imposer des conditions excessives. Par exemple, dans l'affaire d'intégration entre les sociétés Dai Nihon Ink Chemicals et Asahi Kasei Life & Living[666], les entreprises se sont engagées à céder une de leurs activités de production d'une capacité de 9000 tonnes, ce qui montre que la JFTC évalue la puissance concurrentielle de l'activité cédée entre autres grâce à la capacité de production de celle-ci. Ainsi, bien que les lignes directrices japonaises

[664] Lignes directrices de la JFTC, 第 6, 1

[665]ADLC, Décision n° 11-DCC-187 du 13 décembre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Quartier Français Spiritueux par la Compagnie Financière Européenne de Prise de Participation.

[666]大日本インキ化学工業株式会社と旭化成ライフ＆リビング株式会社による二軸延伸ポリスチレンシート事業の統合について (Affaire de l'intégration de l'activité polystyrène expansé des sociétés Dai Nihon Ink Chemicals et Asahi Kasei Life & Living) 平成 16 年度主要事例３.

n'apportent que les informations minimales en matière d'engagements, la pratique de la JFTC montre que les engagements sont scrupuleusement étudiés pour résoudre les problèmes de concurrence. On regrettera toutefois l'absence de documents supplémentaires concernant les engagements pris par les parties, comme par exemple les lettres d'engagements que l'ADLC publie sur son site, et qui permettent d'établir l'évolution chronologique des engagements en fonction des exigences de l'autorité de contrôle.

743.- Si l'activité cédée est soumise à certaines conditions, le repreneur de cette activité doit également satisfaire certains critères.

B. Les conditions concernant l'acquéreur de l'activité.

744.- Les autorités françaises et japonaises ont comme point commun de s'intéresser à l'acquéreur potentiel de l'activité cédée. Ainsi, pour qu'une cession d'actifs soit considérée comme une mesure corrective valable, il faudra que le repreneur s'avère être un concurrent motivé et à même d'assurer une concurrence réelle sur le marché où évoluent les entreprises parties à la concentration[667]. La pratique décisionnelle européenne, dont on connait l'influence sur celle de l'ADLC, montre clairement la sévérité dont fait preuve la Commission vis-à-vis des repreneurs proposés par les parties. Par exemple, lors de la prise de contrôle de Socpresse par le groupe GIMD en 2004, affaire concernant le secteur de la presse[668], les parties avaient tout d'abord suggéré de céder l'une de leur publication « La Vie Financière » sans toutefois préciser la nature du repreneur. La Commission ayant jugé l'engagement en question trop vague, les parties ont ensuite précisé qu'il devait s'agir d'une entreprise active dans le secteur de la presse.

745.- Il semble toutefois que les entreprises soient conscientes des exigences de l'autorité française de contrôle en la matière, et lorsqu'elles proposent des engagements consistant entre autres en une cession d'activités, elles s'efforcent d'inclure une description des conditions que devra remplir l'éventuel repreneur. Ainsi, dans la lettre d'engagements de Tereos dans le cadre de la prise de contrôle exclusif de la Société Sucrière du Quartier

[667] Lignes directrices de l'ADLC, points 535-536 ; lignes directrices de la JFTC, 第 6, 2, (1).
[668] Par exemple, COMP/M.3420 -GIMD / Socpresse du 16 juin 2004, point 48.

Français[669], les parties spécifient que le repreneur de la société Mascarin cédée avec ses actifs propres (stockage, conditionnement, chocolaterie, négoce et marques) « […] devra être une entreprise viable, indépendante du groupe Tereos, n'entretenant avec ce dernier aucun lien capitalistique et présentant des garanties financières et professionnelles de nature à assurer raisonnablement qu'il sera un concurrent actif du groupe Tereos sur la commercialisation de sucre sur l'île de La Réunion ». Le résultat d'une telle précision de la part des parties notifiantes a semble-t-il porté ses fruits, puisque lesdits engagements ont été accepté sans modification par l'ADLC (point 107 de ladite décision).

746.- Malheureusement, le caractère succinct des explications fournies au sujet des mesures correctives dans les publications de la JFTC, qui n'indiquent que la version finale des engagements pris par les parties, ne permettent pas toujours d'apprécier la sévérité de la JFTC en la matière. Si la JFTC reste muette à ce sujet dans ses lignes directrices, on note toutefois que les parties notifiantes ont conscience de l'importance de la qualité du repreneur lorsqu'un engagement prend la forme d'une cession. On trouve ainsi la trace de ce genre de considération dans l'affaire Dai Nihon Ink Chemicals et Asahi Kasei Life & Living citée plus haut, puisqu'il est alors précisé que le repreneur de l'activité de production doit être « une entreprise tierce du même secteur », et qu'il est choisi « en prenant en compte son efficacité, et sa capacité à faire fonctionner et à gérer [l'activité cédée] »[670]. Il est par conséquent raisonnable de considérer que les autorités françaises et japonaises ont des exigences similaires sur ce point.

747.- En outre, les lignes directrices japonaises ajoutent à la possibilité de renforcer la compétitivité d'un concurrent celle d'en créer un nouveau, en donnant les moyens à une entreprise exerçant sur un marché différent la possibilité de venir contester le marché de l'entreprise résultant de cette concentration. Bien que l'on puisse saluer cet effort d'inventivité, il semble toutefois peu probable qu'une telle solution soit viable pour constituer une mesure corrective efficace, le renforcement d'un concurrent existant apparaissant comme une mesure plus réaliste.

[669] ADLC, décision n° 10-DCC-51 du 28 mai 2010 relative à la prise de contrôle exclusif du Groupe Quartier Français par Tereos. La lettre d'engagements est disponible sur le site de l'ADLC à l'adresse suivante : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/10DCC51decisionversionpublication.pdf

[670] JFTC, décision Dai Nihon Ink Chemicals et Asahi Kasei Life & Living précitée : « 譲渡の候補対象は，運転・管理面や実効性を考慮して同業他社とする。 »

748.- Ainsi les cessions d'activité, si elles s'avèrent efficaces en tant que mesure corrective, ne sont pas forcément aisées à mettre en place de par la combinaison de capital matériel et humain qu'elles représentent. En conséquence, les cessions d'actifs matériels sont le plus souvent des cessions d'infrastructures.

II. Les cessions d'infrastructures.

749.- La différence entre les cessions d'activités et les cessions d'infrastructures en pratique tient essentiellement au caractère autonome de l'activité, qui inclut non seulement les capacités de production, mais aussi l'aspect de gestion et de vente de cette production, alors que l'infrastructure ne concerne en général que la capacité de production elle-même. L'ADLC et la JFTC ont une vision commune de ces cessions (A), et acceptent la cession des mêmes types d'infrastructures pour un secteur donné (B).

A. Une vision commune des cessions d'infrastructures.

750.- Les cessions d'actifs matériels comme des infrastructures sont une forme de mesure corrective extrêmement fréquente, et ce pour deux raisons principales. Premièrement, elles représentent une mesure très efficace pour rétablir la concurrence à un niveau correct. En effet, comme il a été vu dans le titre II de la première partie de cette thèse, les capacités de surproduction des concurrents sont un facteur important lors de l'analyse du bilan concurrentiel, en tant qu'élément constitutif de la substituabilité du point de vue de l'offre. Par conséquent, la cession de ses propres capacités de production excédentaires à un concurrent est un acte résolument positif de promotion de la concurrence. Deuxièmement, leur cession est comparativement plus facile à mettre en place et à exécuter que celle d'une activité, puisqu'elles offrent souvent à la fois le capital matériel et humain de l'unité de production sans avoir à intégrer une unité de gestion spécifique.

751.- Selon les marchés concernés, la notion de capacité de production peut prendre des aspects très différents en fonction du type de produits ou de services commercialisés. Lorsqu'il s'agit de matières premières, la cession d'infrastructures de production peut ainsi se chiffrer précisément en fonction de la capacité totale des entreprises parties à la concentration. Par exemple, dans l'affaire japonaise d'intégration dans une holding commune impliquant les

sociétés Nihon Seishi et Dai Shôwa Seishi[671], sociétés actives dans la production de divers types de papier, ces dernières se sont engagées à céder à un tiers, dans les trois ans suivant l'opération de concentration, les infrastructures de production correspondant à 8% de leur production annuelle de papier de haute qualité pour imprimantes. Celle-ci s'élevant à 590 tonnes par an, la cession représentait alors l'équivalent de 50 tonnes de production de papier par an. Le choix du type de papier concerné par la cession n'était pas anodin, puisque le sous-marché du papier pour imprimantes était alors en pleine expansion. Dans le domaine alimentaire, la notion de capacité de production est parfois envisagée de manière très pragmatique. Ainsi, en France, dans l'affaire de prise de contrôle exclusif de la société Socopa par la société Bigard[672] dans le secteur de la viande, les mesures structurelles acceptées par le ministre de l'économie furent la cession d'infrastructure d'abattage du bétail et de transformation de la viande.

752.- Par extension, on constate que certains types d'engagements sont systématiquement utilisés dans certains secteurs, et qu'une pratique des mesures correctives s'établit au fil des décisions. Probablement sous l'influence de la décision concernant l'entreprise Bigard citée ci-dessus, l'ADLC a autorisé l'acquisition de la société Arrivé par la société LDC Volailles, actives sur le marché de l'alimentation animale et de la volaille, sous réserve, entre autres, de la cession d'abattoirs[673]. Il semble en outre que dans ce domaine, la construction d'un abattoir soit sujette à de hautes barrières à l'entrée, faisant logiquement de la cession d'abattoir un engagement de choix pour favoriser une opération de concentration[674]. Au Japon, dans le domaine du ciment, très propice aux opérations de concentration, la cession à des tiers à l'opération d'infrastructures concernant indirectement la production, tel que des silos de conservation a été ainsi utilisée à plusieurs reprises en tant que mesure corrective[675].

753.- De plus, lorsque les mêmes secteurs d'activité sont impliqués, les autorités françaises et japonaises adoptent des engagements très similaires.

---

[671] JFTC, 日本製紙および大昭和製紙の持株会社の設立による事業統合 (affaire d'intégration par constitution d'une holding entre les sociétés Nihon Seishi et Dai Shôwa Seishi) , 平成１２年度主要事例２.

[672] Lettre du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi du 17 février 2009, au conseil de la société BIGARD, relative à une concentration dans le secteur de la viande, C 2008/100, BOCCRF N°2 bis du 2 Avril 2009.

[673] ADLC, Décision n° 09-DCC-67 du 23 novembre 2009 relative à l'acquisition de la société Arrivé par la société LDC Volailles, point 113.

[674] Id, point 111.

[675] Voir par exemple JFTC, 小野田セメントと秩父セメントとの合併、平成６主要事例４ ; 住友セメントと大阪セメントとの合併、平成６年度主要事例５.

B. Une pratique commune en matière de cessions d'actifs.

754.- Il convient de préciser tout d'abord la difficulté de trouver des affaires ayant à la fois impliqué les mêmes secteurs, et ayant fait l'objet d'une autorisation sous réserve d'engagements par la JFTC et l'ADLC. En effet, la comparaison de ces pratiques entre la France et le Japon est relativement problématique, dans la mesure où les industries sujettes à des opérations de concentration et pouvant soulever des problèmes sont assez différentes, le Japon possédant traditionnellement de nombreuses industries lourdes (chimie lourde, aciérie) alors que la majeure partie des opérations de concentration réalisées en France concernent en premier lieu le secteur de la distribution(notamment des supermarchés) et, directement ou indirectement, l'industrie agro-alimentaire. Il semble toutefois que lorsque des secteurs similaires sont impliqués, les engagements retenus par la France et le Japon suivent une même logique. Ainsi, dans le secteur des services de transport et de fret aérien, il est possible de faire le parallèle entre la décision du ministre de l'économie de 2004 concernant l'opération de concentration entre Vinci Services Aéroportuaires et France Handling[676] d'une part, et l'intégration entre JAL et JAS au Japon d'autre part (décision déjà mentionnée).

755.- Dans le domaine des services liés au transport aérien, qu'il s'agisse de transport de fret ou de voyageurs, les infrastructures, à savoir les aéroports, existent en quantité limitée et leur surface est difficilement extensible. Ainsi, pour assurer un niveau de concurrence suffisant suite à une opération de concentration dans ce domaine (l'acquisition réalisée par Vinci lui conférait près de 80% de la surface d'entrepôts de l'aéroport de Roissy, tandis que la fusion de JAL avec JAS réduisait à deux le nombre de compagnies aériennes assurant des vols nationaux au Japon), les autorités françaises comme japonaises ont exigé la restitution d'infrastructures, à savoir d'entrepôts pour Vinci, et des comptoirs d'aéroport pour JAL-JAS. En outre, dans les deux affaires, les sociétés en cause se sont engagées à mettre à la disposition de concurrents existants ou potentiels des créneaux horaires de décollage (souvent désignés par le terme anglais « time slot ») afin de permettre à ces de les utiliser par la suite, sorte de cession sans repreneur direct, mais permettant une promotion efficace de la concurrence si l'opportunité se présente.

[676] Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 25 juillet 2005, aux conseils du groupe Vinci, relative à une concentration dans le secteur des services aéroportuaires, C 2004/132, BOCCRF n°6 bis du 22 juin 2006.

756.- On constate par ailleurs que cette solution en matière de transport aérien a également été utilisée par le passé par la Commission européenne dans le cadre de la prise de contrôle de KLM par Air France en 2004[677]. En effet, l'opération avait été autorisée sous réserve de la mise à disposition de créneaux horaires à la fois à des entreprises concurrentes, mais éventuellement à des nouveaux arrivants sur ce marché si ces derniers en font la demande. En outre, la Commission s'est montrée plus précise que les autorités françaises et japonaises en la matière, puisqu'il est fait mention que ces nouveaux concurrents potentiels doivent faire montre de la capacité à exploiter convenablement ces créneaux de décollage[678], ce qui correspond aux exigences vis-à-vis de la qualité du repreneur vues plus haut.

757.- Les cessions d'actifs matériels sont certes une solution appréciée des autorités françaises comme japonaises de concurrence, mais lourdes à supporter pour les entreprises, qui souhaitent le plus souvent être en mesure de réaliser leurs projets de concentration sans commettre un tel sacrifice. Celles-ci essaient alors, lorsque l'opportunité se présente, de procéder à des cessions de diverses catégories de droits qu'elles détiennent.

§2. Les cessions de droits.

758.- Bien que les actifs matériels constituent des ressources importantes des entreprises, qui leur octroient un certain poids concurrentiel sur le marché où elles exercent leur activité, la réalité économique de notre époque ainsi que la complexité des montages juridico-financiers font qu'une partie importante du patrimoine d'une entreprise se situe désormais dans la sphère immatérielle. La notion d'actif immatériel peut ainsi recouvrir un grand nombre de réalités juridiques différentes, mais pour que la cession d'un tel actif soit pertinente au regard des engagements pris dans le cadre du contrôle des concentrations, il faut non seulement que l'actif en question représente une arme concurrentielle efficace, mais qu'il soit aisément transférable par les parties notifiantes à d'éventuels repreneurs, sans détérioration de sa qualité ni de ses attributs concurrentiels. C'est le cas notamment pour les prises de participation (I) et les cessions de licence (II).

[677] Commission européenne, affaire n° COMP/M.3280, Air France/KLM, JOUE C60 du 9 mars 2004.
[678] Id, point 13 de la section « Commitments Package »

I. Les cessions de participation.

759.- Les cessions de participation sont le moyen le plus efficace de remodeler un groupe de sociétés, mais contrairement aux cessions d'actifs, qui servent autant à affaiblir la puissance concurrentielle des entreprises parties à la concentration qu'à augmenter celle du concurrent repreneur, ici le but recherché est principalement la diminution de la taille du groupe. Ce type d'engagement est relativement peu usité par l'ADLC (A), alors qu'il est fréquemment employé par la JFTC (B).

A. Une pratique peu courante en France.

760.- La prise de participation d'une société dans une autre, selon son importance et les droits qui y sont attachés, est constitutive d'une relation concentrative en droit japonais, et permet d'exercer une influence déterminante, voire un contrôle commun en droit français. Ainsi, dans les deux systèmes, la cession de toute ou partie des actions détenues dans une autre société peut suffire à faire disparaître la relation de concentration qui les unit, et réduit d'autant plus l'influence du groupe détenteur de ladite participation. L'intérêt d'une cession de participation dans le cadre des mesures correctives d'une opération de concentrations est alors évident. Si une entreprise se débarrasse de ses participations dans des entreprises exerçant sur le même marché, celles-ci redeviendront des concurrents indépendants les uns des autres, favorisant ainsi la concurrence sur ledit marché et permettant ainsi de limiter les effets de l'opération envisagée.

761.- Les lignes directrices françaises connaissent ainsi ce type de mesures correctives sous le nom de suppression de liens structurels entre concurrents[679], et évoquent plusieurs cas de figure différents. Le moyen le plus simple et le plus radical pour qu'une telle mesure soit appliquée est la cession des participations minoritaires détenues par une des entreprises parties à la concentration, mais la cession des seuls droits de vote et autres prérogatives attachées à des participations, afin de faire perdre à la société partie à la concentration le contrôle qu'elle détient sur la société-cible des participations, et d'éventuellement permettre aux sociétés libérées de l'emprise du groupe de devenir des concurrents à part entière si leurs dimensions leur permet.

[679] Lignes directrices de l'ADLC, points 545 à 547.

762.- Ce type de mesure corrective semble toutefois être assez rare en France, en ce qu'il implique généralement des grands groupes influents sur plusieurs entreprises, à la fois de manière horizontale et verticale, groupes dont le chiffre d'affaires important fait que les opérations les impliquant tombent souvent dans les seuils communautaires de contrôle. Depuis sa création, l'ADLC n'a que très rarement eu recours à des engagements relatifs à des cessions de participation, mais en a tout de même fait l'expérience dans l'affaire de création d'une entreprise commune entre Veolia Environnement et la Caisse des dépôts et consignations[680]. Bien que l'engagement principal souscrit par les parties dans cette affaire fût la création d'un fonds d'animation de la concurrence, les parties ont également dû céder les participations, parfois majoritaires, qu'elles détenaient dans des sociétés régionales de transport routier pour convaincre l'ADLC de leurs efforts en matière de transparence et de liberté concurrentielle pour que leur opération de concentration soit autorisée.

763.- La Commission européenne, de par la complexité et les dimensions importantes des groupes dont elle examine les opérations de concentration, a eu l'occasion à plusieurs reprises d'utiliser cette mesure corrective. Ainsi, lors de la prise de contrôle de Vivendi-Canal plus dans Seagram[681], société canadienne active sur les marchés du divertissement audiovisuel, Vivendi a été obligé de céder l'intégralité de sa participation, soit 25% dans BSkyB, une chaîne de télévision payante anglaise. Bien que Vivendi n'exerçât alors aucune forme de contrôle sur BSkyB pars le biais de cette participation, le fait que BSkyB ait elle-même une participation dans Fox, studio de production de films américain et fournisseur potentiel de programmes à Vivendi d'une part, et que d'autre part BSkyB soit un concurrent potentiel de Vivendi sur le marché de la télévision payante en Europe, ont constitué un argument suffisant sur les plans horizontaux et verticaux pour que la Commission accepte cette cession en tant que mesure corrective valable. Comme le montre cette affaire, bien que la plupart du temps, les cessions de participation soient perçues comme des mesures correctives d'atteintes à la concurrence sur le plan vertical[682], elles peuvent aussi s'avérer utiles sur le plan horizontal.

764.- D'une manière générale, les cessions de participation, quel que soit leur niveau, sont largement plus employées en tant qu'engagement devant la JFTC.

[680] ADLC, décision n° 10-DCC-198 du 30 décembre 2010 relative à la création d'une entreprise commune par Veolia Environnement et la Caisse des Dépôts et Consignations.
[681] Commission Européenne, COMP/M.2050, Vivendi / Canal+ /Seagram, JOCE N°311, 31 octobre 2000.

[682] GLAIS, op.cit., p.501.

B. Une utilisation fréquente par la JFTC.

765.- Les cessions de participations sont un type de mesures correctives fréquemment utilisé par l'autorité japonaise de concurrence, les lignes directrices de la JFTC évoquant d'ailleurs celles-ci comme un moyen d'extinction de la relation concentrative[683] . Les participations croisées étant une pratique très courante dans le capitalisme japonais, il arrive souvent qu'une opération de concentration à priori horizontale ait des implications verticales, que ce soit sur les marchés amont ou aval des parties à l'opération. On peut citer par exemple l'affaire de création d'une entreprise commune entre Polychem et Polyolefin[684], opération ayant pour but la mise en commun de leur activité de production de polyéthylène. Ce rapprochement, bien que limité à la création de ladite entreprise commune, avait pour conséquence une augmentation importante de la concentration sur ce marché, Polychem étant détenue à 35% par la société Tônen Kagaku, société détenant également à 50% d'une société B (restée anonyme dans la décision) concurrente directe de Polychem et Polyolefin.

766.- Pour que l'opération de concentration soit autorisée, il a donc fallu que Tônen Kagaku cède les 35% de parts qu'elle détenait dans Polychem à Mitsubishi Chemicals, qui détenait alors les 65% restants. Grâce à cette cession, intervenue en amont des entreprises parties à l'opération de concentration contrôlée, non seulement le lien concentratif entre Polychem et sa concurrente directe B a été rompu, mais celui entre Mitsubishi Chemicals et Tônen Kagaku a également été supprimé, ce qui fait que la mesure a été bénéfique à l'équilibre concurrentiel de deux niveaux de marché différents. Sans aller jusqu'à la rupture totale du lien concentratif, certaines décisions de la JFTC mentionnent des abaissements du niveau de participation des entreprises parties à la concentration dans certaines sociétés afin de réorganiser les groupes auxquelles elles appartiennent pour conserver un niveau de concurrence suffisant sur les marchés aval[685].

767.- Outre le cas de figure d'une cession totale d'une participation détenue, il arrive également que les entreprises proposent une simple diminution de leur participation afin de réduire leur influence au sein d'une entreprise concurrente, sans pour autant renoncer totalement à cette dernière. Ce fut par exemple le cas dans l'affaire de double emploi de

[683] Lignes directrices de la JFTC, 第 6, 2 (1).
[684] JFTC, 日本ポリケム㈱及び日本ポリオレフィン㈱のポリエチレン事業の統合について (Affaire d'intégration de l'activité polyéthylène entre les sociétés Nihon Polychem et Nihon Polyolefin), 平成１４年度主要事例１２.
[685] On peut citer par exemple l'affaire d'intégration entre Mitsui Kagaku et Sumitomo Kagaku Kôgyo (JFTC, 三井化学および住友工学の統合平成１４年度主要事例６).

dirigeants entre les sociétés Bridgestone et Bekaert, sociétés concurrentes sur le marché des cordes métalliques servant à la confection de pneus [686]. Les deux entreprises étaient originairement unies par un contrat de fusion, et lorsque celui-ci a pris fin, elles se sont de nouveau retrouvées. Bekaert exerçait sur le marché belge, mais a décidé de venir concurrencer Bridgestone sur le marché japonais. Cependant, les deux entreprises avaient une participation dans une troisième entreprise, Metalfa, exerçant sur le même secteur. Afin d'éliminer les possibles problèmes de concurrence, Bekaert s'est alors engagé à réduire sa participation dans Metalfa à un niveau maximal de 10% (elle était originairement de 27,6%.)

768.- On constate ainsi que, selon les autorités concernées, certains types d'engagements se retrouvent plus fréquemment dans la pratique que d'autres. Ainsi, tout comme les cessions d'actifs étaient en général plus usitées en France qu'au Japon, les cessions d'actions sont plus fréquemment employées devant la JFTC, alors qu'à ce sujet la pratique européenne ne semble pas démontrer de tendance particulière. Il semble cependant que cette différence s'explique principalement par les dimensions des groupes impliqués dans des opérations de concentration, et par leur secteur d'activité. En raison du renvoi par l'ADLC des affaires impliquant des groupes importants à la Commission, l'autorité française examine des opérations impliquant des acteurs nationaux de dimensions moyennes qui exercent dans des secteurs peu marqués par des prises de participation (comme l'agroalimentaire par exemple), et pour lesquelles les cessions d'actifs constituent un remède efficace. La JFTC, quant à elle, s'occupe d'opérations impliquant de grands groupes industriels japonais, où les prises de participation sont plus fréquentes, et où par conséquent leur cession est un engagement plus fréquemment envisageable.

769.- De par leur relative indépendance de la taille du groupe partie à l'opération de concentration, les cessions de licences constituent un engagement plus facile à implémenter.

II. Les cessions de licences.

770.- Une fois de plus, en matière de cessions immatérielles, on constate une forte disparité selon l'autorité concernée, et qui s'explique par les différences entre les secteurs concernés par les notifications reçues par l'ADLC, la Commission européenne, et la JFTC.

[686] JFTC, Ｎ．ＶベカルトＳ．Ａによるブリジストンメタルファの役員兼任 (Affaire de double emploi de dirigeants entre les sociétés N.V Bekaert S.A et Bridgestone Metalfa), 平成７年度主要事例６.

L'absence de précédent pour l'ADLC à ce sujet est en partie compensée par l'expérience de la Commission (A), alors que la JFTC y a régulièrement recours (B).

A. Une absence de précédent pour l'ADLC compensée par l'expérience européenne.

771.- Un brevet est traditionnellement considéré comme un droit de monopole attribué pour récompenser les efforts fournis par les sociétés qui en sont à l'origine, et en reconnaissance de l'innovation technique apportée par l'invention concernée. En fonction du produit couvert par un brevet donné, celui-ci est une arme concurrentielle de choix pour la société qui peut en faire l'exploitation. Par conséquent, la cession d'une licence permettant à un concurrent d'exploiter un produit aux forts volumes de vente servira à la fois à diminuer la puissance commerciale de l'entreprise cédante et à améliorer celle de l'entreprise licenciée. Partant de ce principe, de nombreuses entreprises se sont engagées par le passé à céder certaines de leurs licences à des concurrents spécifiques pour faire autoriser leur opération de concentration, et il semble que cette mesure soit en général bien reçue par les autorités françaises comme japonaises du contrôle des concentrations.

772.- Cette éventualité est traitée par les lignes directrices françaises comme une exception à la règle qu'est la cession d'activités autonomes lorsqu'elle intervient seule[687], les cessions de biens de propriété intellectuelle étant envisagées en premier lieu comme des engagements supplémentaires permettant de rendre efficace une mesure principale, comme une cession d'activité par exemple. Une fois encore, que ce soit à titre principal ou accessoire, ce type de mesure n'a pas été invoqué devant l'ADLC jusqu'à présent, ce pour des raisons similaires à celles invoquées plus haut, à savoir les marchés concernés par les opérations ayant posé problème. En effet, l'ADLC a traité une majorité d'affaires dans les domaines de la distribution et de l'industrie agro-alimentaire, secteurs marqués par une faible innovation technologique et dans lesquels la détention de certaines infrastructures ou de contrats de distribution constitue un atout concurrentiel supérieur à un brevet.

773.- A ce titre, la Commission européenne montre une analyse plus fine, et fait la distinction entre une licence temporaire et la cession définitive d'un actif de propriété

[687] Lignes directrices de l'ADLC, point 534.

intellectuelle[688]. La préférence de la Commission semble d'ailleurs aller vers la seconde option, car à part dans certaines situations bien précises, l'effet positif de ladite licence sur le pouvoir de marché de l'entreprise licenciée n'est pas aussi certain que pour une cession définitive. Cette position a été observée dans l'affaire DSM/ Roche Vitamine, dans laquelle l'opération de concentration a été autorisée en échange de la cession totale de la technologie, des brevets et licences et des projets de recherche et développement concernant toute une série d'enzymes et détenus par DSM[689]. Cette décision permet en outre de comprendre comment une cession d'un actif immatériel comme un brevet peut constituer un remède efficace. Lorsque la cession comporte tous les éléments permettant au repreneur de véritablement s'approprier cette technologie et le savoir-faire nécessaire pour la développer à l'avenir, on voit bien qu'une telle cession n'est finalement pas très éloignée d'une cession d'activités matérielles en termes d'effets positifs sur les capacités concurrentielles de l'entreprise repreneuse.

774.- Grâce à la variété sectorielle des affaires qu'elle examine, la Commission européenne vient ici apporter des solutions qui pourront être mises en œuvre par l'ADLC si le besoin se présente. L'autorité japonaise a en revanche l'habitude de se voir proposé de tels engagements.

B. Un type d'engagements maîtrisé par la JFTC.

775.- Le Japon est un pays qui s'est efforcé, depuis la fin de la seconde guerre mondiale, de privilégier l'innovation technologique pour s'assurer une compétitivité suffisante au niveau international. Même si sa capacité à innover a quelque peu décliné depuis la deuxième moitié des années 2000, le Japon restait en 2010 le troisième déposant mondial de brevets avec 17,4% du total des dépôts mondiaux[690]. Dans un environnement où l'avancée technologique est un facteur clé du pouvoir de marché des entreprises, la licence ou la cession de droits de propriété intellectuelle constitue un engagement convaincant pour la JFTC. Celle-ci montre pourtant une attitude peu encline envers ce type de cession en tant que mesure

[688] Commission Européenne, « Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission », points 37 et 38.
[689] Commission Européenne, Case No COMP/M.2972 DSM/Roche Vitamins, 23 juillet 2003, notamment points 81 à 85.
[690] Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, « World Intellectual Property Indicators – 2011 Edition » p.40.

corrective dans ses lignes directrices. En effet, pour l'autorité japonaise, les cessions d'actifs non matériels, regroupées sous le nom de « mesures visant à la promotion des imports et de l'entrée sur le marché », ne doivent intervenir que lorsque la diminution de la demande sur un marché rend difficile la cession traditionnelle d'une activité matérielle[691].

776.- Ainsi, même au sein des engagements structurels, la JFTC opère une hiérarchie entre les diverses mesures envisageables. Il est à noter que cette référence à la diminution de la demande au sein des lignes directrices est un ajout récent de la réforme du 23 juin 2011, le vieillissement de la population japonaise et la diminution des naissances ayant pour conséquence le rétrécissement du marché interne japonais. En pratique, de telles cessions accompagnent en général la cession de l'ensemble d'une activité de recherche et développement. Comme le montre l'affaire de rachat de Kyowa Hakkô par le groupe Kirin pour renforcer sa position dans le secteur des produits pharmaceutiques, la cession a porté sur l'ensemble des droits nécessaires à une entreprise tierce pour exercer à la fois des activités de recherche et de développement, mais aussi de fabrication et de commercialisation (incluant les autorisations gouvernementales) de neu-up, une molécule à usage thérapeutique stimulant la production de globules blancs[692].

777.- Par ailleurs, la notion de cession de licence peut prendre une acception extrêmement large, qui va parfois au-delà de la simple permission d'utiliser un brevet ou d'un quelconque transfert de technologie. On peut citer comme exemple l'affaire de fusion entre Mitsubishi Welfarma et Tanabe Pharmaceutics[693], dans laquelle les entreprises se sont engagées à céder à une entreprise tierce leur autorisation de distribution d'anticoagulants accordée par le Ministère de la Santé et du Travail. Cet engagement permet ainsi à la fois au repreneur de pénétrer ce marché, et aux entreprises parties à la concentration de le quitter définitivement, puisque cette autorisation gouvernementale est soumise à un numerus clausus, et sa cession implique de renoncer à la distribution de ces produits.

778.- Dans l'ensemble, les autorités françaises, européennes et japonaises en charge du contrôle des concentrations partagent une vision commune des engagements structurels, visant à privilégier autant que possible l'implémentation de ces derniers lorsqu'une opération

[691] Lignes directrices de la JFTC, 第 2, (2), ア.
[692] JFTC, キリングループと協和発酵グループの資本提携 (Affaire de mise en commun de capital entre le groupe Kirin et le groupe Kyôwa Hakkô), 平成２０年度主要事例１.
[693] JFTC, 三菱ウェルファーマ（株）と田辺製薬（株）との合併 (Affaire de fusion entre Mitsubishi Welfarma et Tanabe Pharmaceutics), 平成 19 年度主要事例２.

de concentration nécessite des mesures correctives. On constate toutefois en pratique une très nette spécificité de la nature des mesures correctives structurelles prises selon le système concerné, conséquence logique de la différence des industries fortes d'un pays à l'autre. A cet égard, il convient de souligner la richesse et la diversité de la pratique européenne, dont la position permet de dépasser les spécificités locales pour traiter des affaires de secteurs très variés. Cette richesse du « portefeuille » européen de mesures correctives est un atout pour la pratique française en devenir, et l'ADLC empruntera à n'en pas douter les mesures qui ont fait leurs preuves devant la Commission si elle se trouve confrontée à des marchés qu'elle n'a pas encore eu l'occasion de sonder en profondeur.

779.- Indépendamment du type de cession envisagé, il reste toutefois un domaine dans lequel les autorités de concurrence faisant l'objet de cette étude présentent d'importantes différences, à savoir les modalités de la cession. En effet, de par l'absence d'informations concernant à la fois le processus de négociation des engagements entre la JFTC et les parties à la concentration, ainsi que les détails concrets organisant la cession dans les décisions, comme les délais ou encore le montant de la cession, il est impossible de connaître les exigences de la JFTC en la matière, mais comme nous verrons par la suite, la question du suivi des engagements par l'autorité japonaise laisse passablement à désirer. En revanche, en France et en Europe, les conditions d'exécution de l'engagement prennent une place tout aussi importante que la nature de l'engagement lui-même, et les entreprises s'engagent non seulement à la cession, mais s'imposent un délai pour céder l'actif visé par la mesure.

780.- Bien qu'elles soient réticentes à leur implémentation, les autorités de concurrence sont pourtant amenées à intégrer les mesures comportementales dans leur pratique.

Section 2: Les mesures comportementales.

781.- Les mesures examinées jusqu'à présent consistaient en des engagements structurels fermes, c'est-à-dire dont l'exécution était en cours antérieurement, pendant la procédure de contrôle des concentrations, ou conclues à échéance fixe déterminée après la notification, et dont le caractère définitif assurait l'efficacité. Une fois qu'une activité a été cédée à un concurrent, sauf mauvaise gestion de ce dernier, ladite cession aura bien un effet positif sur le volume de production et sur les ventes de ce dernier, améliorant de ce fait sa

capacité à disputer des parts de marché au groupe issu de la concentration. Seulement, l'implémentation des mesures structurelles n'est pas toujours possible, que ce soit à cause de la difficulté à trouver des repreneurs sur certains marchés, ou encore pour des raisons liées à la nature de l'activité des entreprises notifiantes. Dans ce genre de situation, ces entreprises ont été amenées à négocier des engagements de nature différente avec les autorités de concurrence pour faire autoriser leurs opérations de concentration, engagements qui porteront sur la stratégie concurrentielle desdites entreprises à l'avenir. Ces engagements comportementaux sont extrêmement séduisants pour les entreprises, car ils peuvent être de nature extrêmement diverse (§1), mais posent de nombreux problèmes aux autorités de concurrence en raison de leur efficacité controversée (§2).

§1. La nature de ces mesures.

782.- Les mesures comportementales, de par leur nature de promesse faite par les entreprises aux autorités de faire certaines choses pour stimuler la concurrence sur le marché, où au contraire de ne pas adopter de stratégie réductrice de concurrence, sont difficilement classifiables dans une catégorie ou une autre. Comme leur nom l'indique, les engagements comportementaux consistent le plus souvent, pour les entreprises, à prendre sciemment un certain nombre de mesures non-optimales pour leur propre intérêt en termes de compétitivité, ou qui ont un effet bénéfique pour leurs concurrents. En d'autres termes, il s'agit pour les parties prenant un tel engagement de s'imposer un handicap concurrentiel dont les modalités seront suffisamment précises, et les effets prévisibles pour convaincre les autorités de concurrence. En dépit des possibilités à priori infinies d'un tel dispositif, on note malgré tout que certaines pratiques tendent à se répéter en la matière, et permettent certaines formes de classification. Parmi celles-ci, certaines sont plus adaptées à des restrictions concurrentielles horizontales (I), tandis que d'autres ont fait leur preuve dans le domaine des restrictions verticales et conglomérales (II).

I. Les mesures comportementales dans les opérations horizontales.

783.- Que ce soit en France, en Europe ou au Japon, les mesures comportementales dans les opérations horizontales ne sont pas les plus recommandées, la priorité étant donnée aux mesures structurelles. Toutefois, là où l'ADLC et la JFTC se montrent au final

relativement ouvertes à ce genre d'engagements (A), la Commission européenne montre davantage de fermeté à l'heure égard.

A. Des mesures fréquemment acceptées par l'ADLC et la JFTC.

784.- Lors d'une opération de concentration horizontale, le nombre de concurrents présents sur le marché diminue, et la restriction concurrentielle qui s'ensuit est d'autant plus forte que le marché comporte peu d'acteurs. Bien qu'il apparaisse difficile que des engagements comportementaux, dont les chiffres montrent une utilisation moindre que les engagements structurels[694], soient acceptés, l'évolution de la pratique décisionnelle en la matière montre en fait une certaine ouverture de la part des autorités françaises, européennes et japonaises du contrôle des concentrations. A ce titre, les lignes directrices de l'ADLC font preuve d'un grand pragmatisme, puisqu'elles envisagent le recours à ces mesures dans deux types de situation, à savoir en complément de mesures structurelles, pour en améliorer l'efficacité, et dans les situations où la cession est difficile[695]. Cette seconde éventualité s'apprécie dans l'acquisition d'Enerest par Electricité de Strasbourg, entreprises distribuant respectivement le gaz naturel et l'électricité dans la région de Strasbourg et du Haut-Rhin.

785.- En raison du monopole énergétique de fait induit par cette opération, et en l'absence de possibilités de cession sur ce genre de marché, les entreprises se sont engagées à ne pas faire d'offres combinées électricité/gaz et à continuer à offrir leurs services séparément, tout en constituant un fichier client accessible à d'éventuels concurrents pour des raisons de prospection commerciale [696] . D'une manière générale, le but des engagements comportementaux dans une opération horizontale sera de compenser au maximum les risques de barrières à l'entrée induits par l'opération. Si la garantie de l'accès à des facilités essentielles est une mesure envisagée par l'ADLC, certaines solutions plus originales ont été trouvées par certaines entreprises, comme par exemple dans l'affaire Caisse des dépôts/ Véolia évoquée plus haut, où la création d'un fonds d'animation de concurrence financé par les parties à l'opération et ayant pour but la participation de davantage d'opérateurs de transports aux appels d'offres a été acceptée par l'ADLC en tant que mesure corrective.

[694] Voir BOUGETTE, op.cit., p.115.
[695] Lignes directrices de l'ADLC, points 550 et 551.
[696] ADLC, Décision n° 12-DCC-20 du 7 février 2012 relative à la prise de contrôle exclusif d'Enerest par Electricité de Strasbourg.

786.- En ce qui concerne les mesures comportementales dans les opérations horizontales, l'accès aux facilités essentielles est d'ailleurs la seule situation exposée par la JFTC dans ses lignes directrices[697]. On sait qu'en droit japonais des concentrations, les mesures comportementales sont une exception au principe que sont les mesures structurelles, et de ce fait, lesdites lignes directrices restent très évasives à ce sujet. La pratique décisionnelle de l'autorité japonaise révèle pourtant un certain nombre de ces mesures. A l'instar de ce qui avait été prescrit par l'ADLC dans l'affaire Caisse d'Epargne / Banque Populaire, où les sociétés s'étaient engagées à maintenir une attitude concurrentielle entre leurs agences après l'opération réalisée[698], la JFTC a accepté des engagements relatifs à la stratégie commerciale de Mitsubishi Seitetsu et Shin Nihon Seitetsu[699], grandes entreprises sidérurgiques japonaises. Celles-ci se sont engagées à continuer à se comporter en concurrentes autonomes, à exercer leurs activités et à se développer individuellement après la réalisation de l'opération de concentration. Cet engagement comportemental était toutefois assorti d'autres engagements du même type, comme des limitations dans les échanges d'information entre les entreprises concernées ainsi que d'engagements structurels classiques tels que des abaissements de participation.

787.- Les décisions ne comportant que des mesures comportementales dans le cadre d'opérations de concentration horizontales sont très rares, mais pas inexistantes. Pour preuve, lors de la cession d'actifs de RJR Nabisco Holdings, entreprise américaine active entre autres sur le marché du tabac (celle-ci détenait à l'époque de la décision les marques Camel et Winston entre autres) à la société Japan Tobacco, troisième entreprise mondiale sur le marché du tabac, la JFTC a autorisé l'opération à la simple condition que Japan Tobacco n'apporte aucune coopération aux importations de Nabisco sur le marché interne japonais[700]. Bien que la décision soit intéressante, le contenu de sa publication est hélas beaucoup trop succinct pour comprendre complètement à la fois la nature exacte de l'atteinte à la concurrence, et en quoi cette mesure a permis de la compenser.

788.- Alors que les pratiques de l'ADLC et de la JFTC semblent évoluer favorablement à ce type d'engagements, la Commission européenne reste plus sévère.

---

[697] Lignes directrices de la JFTC, 第 2, (2), イ

[698] ADLC, Décision n° 09-DCC-16 du 22 juin 2009 relative à la fusion entre les groupes Caisse d'Épargne et Banque Populaire.

[699] JFTC, 三菱製鋼と新日本製鉄との合弁事業計画, 平成８年度主要事例３.

[700] JFTC, 日本たばこ産業（株）によるアール・ジェイ・アール・ナビスコ・ホールディングス社の米国外のたばこ事業の譲受け, 平成１１年度主要事例１３.

B. La fermeté de la Commission européenne en matière d'engagements comportementaux.

789.- Comme on peut le constater, la France et le Japon ont parfois recours à des engagements de nature comportementale dans le cadre d'opérations de concentration horizontales, bien qu'il s'agisse le plus souvent de cas exceptionnels. Cependant, alors que leurs lignes directrices respectives se montrent plus ou moins ouvertes à ce genre de pratique, la France se montrant très pragmatique dans ce domaine, il est difficile d'affirmer la même chose sur le plan européen. En effet, la Commission, dans sa communication sur les engagements, se montre plus que sceptique en matière d'engagements comportementaux dans les opérations horizontales. Celle-ci insiste non seulement sur le fait que les engagements structurels peuvent résoudre des restrictions concurrentielles horizontales, et dans certains cas verticales et conglomérales, mais elle affirme en plus que des engagements comportementaux sont inefficaces pour résoudre les problèmes de chevauchement d'activités, problèmes typiques des concentrations horizontales[701]. De manière générale, on peut affirmer que la Commission européenne est plus sévère que ses homologues japonais et français pour ce qui est de l'acceptation des engagements, sévérité qui s'explique par les dimensions importantes des opérations contrôlées.

790.- En pratique, la Commission est, semble-t-il, extrêmement fidèle à ce principe. S'il est possible de trouver aisément des exemples d'affaires dans lesquelles la Commission a admis des engagements purement comportementaux pour des opérations verticales ou conglomérales (se reporter au II suivant), il devient beaucoup plus compliqué de citer des exemples où l'autorité européenne a autorisé une opération horizontale sous réserve de tels engagements. Certaines exceptions à cette règle ont toutefois été observées par le passé. On peut tout d'abord citer l'affaire Total/Gaz de France[702] , affaire dans laquelle, suite à des restructurations importantes dans le secteur du gaz en France, la Commission craignait que l'acquisition du contrôle de capacités de stockage, de transport de portefeuilles de clients ainsi que la prise de participation de 30% de Total dans GSO, entreprise de fourniture et de stockage de gaz naturel détenue par GDF, ne conduise à une situation de quasi-monopole dans les régions centre et sud-ouest de la France. Il s'agissait ainsi d'une opération de concentration horizontale, et ce sont pourtant des engagements de nature comportementale qui ont été proposés puis acceptés par la Commission. En effet, les parties notifiantes se sont

[701] Commission Européenne, « Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission », point 17.
[702] Commission européenne, affaire n°COMP/M.3410, Total.C/GDF, JOUE 27 aout 2004, n°C.215, p.11.

seulement engagées à faciliter l'accès au réseau de distribution et de stockage de gaz aux tiers qui en feraient la demande, et n'ont concédé aucune cession d'actifs matériels ou immatériels.

791.- La Commission s'est toutefois montrée exigeante quant aux conditions de cette mise à disposition du réseau. Alors que les parties avaient suggéré, entre autres, dans la première version de leurs engagements, que les engagements seraient mis en œuvre deux à trois mois après la réalisation effective de l'opération, la Commission ne s'est pas montrée convaincue. Il a alors fallu que Total fournisse une nouvelle version d'engagements, plus précise dans les modalités de mise à disposition des infrastructures et dans le contenu du rôle du mandataire, et assortie d'une mise en œuvre immédiate dès réalisation de l'opération (points 76 à 79 de la décision). On sent toutefois que dans ce cas précis la Commission ne voulait ni interdire l'opération, en raison du caractère extrêmement localisé des marchés réellement concernés par une restriction de concurrence, mais que les possibilités de cession d'actifs étaient également limitées, comme souvent dans les industries de réseaux. La solution retenue apparaît donc comme juste et proportionnée, même si elle oblige ici la Commission à aller à l'encontre de ses principes.

792.- Une autre affaire pose cependant davantage d'interrogations de par la nature des industries impliquées. Ainsi lors de l'acquisition d'Aprilia par Piaggio[703], deux entreprises leaders sur le marché italien des deux roues, la Commission a fait part de ses inquiétudes quant à la situation de position largement dominante de la nouvelle entité sur le marché national italien des deux roues de faible cylindrée. Les parties ont alors proposé de fournir à leurs concurrents, et ce sans limitation de durée, une licence permettant la confection d'un moteur à quatre temps équipant le modèle phare de chez Piaggio. Bien qu'une telle mesure semblât légère, elle fut principalement due à l'absence d'engagements structurels viables. En effet, les concurrents de Piaggio (Honda, Suzuki, Yamaha, et Peugeot entre autres) disposant de fortes capacités de surproduction, la cession d'unités de production, même autonomes, n'aurait ni réellement affaibli Piaggio, ni renforcé ses concurrents, et n'aurait pas non plus permis l'entrée d'un nouvel arrivant sur un marché déjà trop saturé. Une cession de marque aurait pu, à la rigueur, constituer un engagement solide, mais en raison de l'importance stratégique des marques sur un marché considéré comme étant en déclin, un tel engagement se serait montré disproportionné par rapport à l'atteinte concurrentielle.

[703] Commission européenne, affaire n°COMP/M.3570, Piaggio/Aprilia, JOUE du 12 octobre 2004, n° C 252.

793.- On constate ainsi que des engagements purement comportementaux peuvent être acceptés par la Commission dans le cadre d'opérations horizontales, mais qu'il s'agit d'un phénomène extrêmement rare et nécessitant la réunion d'un certain nombre de conditions pour qu'il se produise. Il faut ainsi que l'atteinte à la concurrence causée par l'affaire soit suffisamment faible pour que la Commission n'envisage pas d'interdiction, mais assez forte pour que la nécessité d'engagements se fasse sentir, et que les engagements structurels généralement appliqués dans des opérations horizontales se montrent inefficaces ou impossibles à mettre en place. Plus généralement, il ne fait nul doute que la Commission est à ce propos bien plus sévère et exigeante que l'ADLC ou la JFTC.

794.- Les engagements comportementaux semblent toutefois avoir prouvé leur utilité dans les opérations verticales et conglomérales.

II. Les mesures comportementales dans les opérations verticales et conglomérales.

795.- Contrairement aux avis et pratiques des différentes autorités de concurrence faisant l'objet de cette étude en matière de mesures comportementales pour résoudre des restrictions horizontales de concurrence, on observe un véritable consensus quant à leur application aux restrictions verticales ou conglomérales. Ainsi, les engagements comportementaux, que ce soit en matière verticale ou conglomérale, sont traités de la même façon, que ce soit en France et en Europe (A), ou au Japon (B).

A. Les pratiques françaises et européennes en la matière.

796.- Lors d'une opération de concentration verticale ou conglomérale, le problème de concurrence posé n'est plus celui de chevauchements d'activité, mais au contraire celui d'une trop grande complémentarité entre les entreprises parties à la concentration, à cause des effets d'intégration verticale unissant un fournisseur et son client, ou des effets de portefeuille du conglomérat nouvellement formé. Ainsi, les engagements de nature comportementale semblent y avoir une efficacité plus convaincante, puisque les effets de ces opérations sont eux-mêmes liés au comportement des parties à la concentration. En effet, dans une opération verticale impliquant un client et son fournisseur, ceux-ci vont logiquement être amenés à traiter ensemble de manière privilégiée. Toutefois, l'entreprise client peut faire le choix de se

fournir ailleurs, et l'entreprise fournisseur peut décider de vendre à d'autres clients. Le même constat est encore plus flagrant dans les opérations conglomérales, où les entreprises ont des activités suffisamment différentes pour décider de ne pas faire d'offres combinées. Il est par conséquent utile de proposer dans ce genre de configuration des engagements susceptibles de promouvoir la concurrence, tendance constatée au début des années 2000 et qui semble se confirmer aujourd'hui[704].

797.- Les lignes directrices de l'ADLC visent indirectement l'utilité des mesures comportementales dans les opérations verticales lorsqu'elles évoquent « la résiliation ou la modification de contrats d'exclusivité », « l'aménagement des conditions de distribution et d'approvisionnement d'un produit », ou encore « la divulgation d'informations sur une base non exclusive »[705] . Elles prennent également le soin de les évoquer directement en leur point 553, montrant par la même occasion les façons d'éviter les risques de verrouillage du marché par des relations non exclusives entre les parties à la concentration. Ainsi, même si cette position n'est pas clairement exprimée par l'autorité française, on constate bien que dans les faits, celle-ci aura naturellement plus tendance à accepter des engagements comportementaux dans des opérations de concentration verticales. La pratique décisionnelle récente de l'autorité vient par ailleurs confirmer cet état de fait, comme le montre la décision concernant la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Louis Delhaize par la société Groupe Bernard Hayot[706]. Dans cette affaire concernant le rachat de supermarchés en Martinique, les parties notifiantes se sont engagées à ne pas réaliser d'accord d'exclusivité de droit ou de fait, et à allouer les budgets de coopération commerciale de manière transparente et non-discriminatoire. De par l'importance du marché de la distribution en France, des solutions similaires seront vraisemblablement adoptées à l'avenir.

798.- Comme constaté ci-dessus, la Commission européenne n'admet qu'à titre exceptionnel les mesures correctives comportementales dans les opérations horizontales, et par extension, se montre plus souple pour accepter ces derniers dans le cadre d'opérations verticales ou conglomérales. Par exemple, l'affaire de rachat de McAfee par Intel n'impliquait pas de chevauchements particuliers d'activités, puisque la première développe des logiciels de sécurité informatique alors que la seconde est leader mondial dans la fabrication de

[704] IDOT, Le rôle clef des engagements en matière de contrôle des concentrations : réflexions sur l'évolution de la pratique, in Revue Lamy de Droit des Affaires, supplément, 2001.
[705] Lignes directrices de l'ADLC, point 549.
[706]ADLC, Décision n° 11-DCC-134 du 2 septembre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Louis Delhaize par la société Groupe Bernard Hayot.

composants électroniques pour ordinateurs, constituant ainsi un exemple typique d'opération conglomérale[707]. La Commission entretenait toutefois de sérieuses inquiétudes quant à d'éventuelles combinaisons techniques entre les puces Intel et les logiciels de protection estampillés McAfee dans le but d'intégrer les solutions de protection directement dans les puces, ou encore concernant des obstacles intentionnels d'interopérabilité entre les puces Intel équipées de protection McAfee et les logiciels de protection des concurrents de ce dernier. Ces inquiétudes étaient d'autant plus grandes qu'Intel est en position dominante sur le marché des puces pour ordinateur. Pour rassurer la Commission, les parties ont du s'engager à fournir aux concurrents de McAfee les informations nécessaires à l'interopérabilité de leurs logiciels avec les puces Intel, ainsi qu'un mécanisme permettant de désactiver la protection McAfee incluses dans les puces Intel, et ce pour cinq ans. On remarque qu'Intel avait proposé des engagements beaucoup plus étroits dans leur portée, et de plus courte durée, mais après test de marché la Commission s'était montrée insatisfaite, poussant Intel à proposer des engagements plus convaincants.

799.- Alors qu'on a pu observer jusqu'à présent des différences marquées entre les pratiques françaises, européennes et japonaises, la pratique est ici identique.

B. Une pratique japonaise identique.

800.- Les mesures comportementales ne sont pas non plus au Japon les mesures privilégiées par l'autorité de contrôle des concentrations, mais sont toutefois très souvent utilisées en pratique dans les décisions portant sur les opérations verticales et conglomérales. Ainsi, dans une configuration similaire à celle de l'affaire de rachat de supermarchés citée ci-dessus, la JFTC a dû analyser les effets d'une intégration verticale entre le groupe Exxon et General Sekiyu sur le marché de fourniture de pétrole[708]. General Sekiyu détenant et fournissant Nansei Seikyu, entreprise de produits pétroliers à Okinawa, et sachant que Exxon détenait aussi Esso, également fournisseur de produits pétroliers, la JFTC craignait que cette opération ait pour effet de limiter les possibilités d'approvisionnement de Nansei Sekiyu, celle-ci n'ayant de surcroît qu'un seul concurrent sur le marché géographique d'Okinawa, et de fermer l'accès à ce marché. Les entreprises parties à la concentration ont par conséquent formulé l'engagement de laisser à Nansei Sekiyu le libre choix de son fournisseur de pétrole.

[707] Commission Européenne, COMP/M.5984 -Intel / McAfee, 26 janvier 2011.
[708] JFTC, エックソン・グループによるゼネラル石油の株式取得、平成９年度主要事例４.

La JFTC a alors estimé que les risques de verrouillage étaient levés, et a autorisé l'opération. Bien que la typologie de l'engagement pris dans cette décision soit conforme à ce qui se fait en France ou en Europe dans la matière, l'absence de détails dans la formulation de l'engagement et de conditions concrètes pour effectivement favoriser la concurrence sur le marché concerné est assez surprenante. Il se peut que dans les faits, la décision ait été assortie de conditions d'exécution précise, mais il est impossible de se prononcer sur ce point en l'état actuel de la publication.

801.- Au-delà, si l'on observe l'ensemble des opérations acceptées par la JFTC sous réserve d'engagements, on observe que, d'une part, une partie très importante de ces engagements sont de nature comportementale, et d'autre part que ceux-ci ont été prescrits dans des opérations impliquant la création d'entreprises communes. Comme analysé dans la première partie de cette thèse, les entreprises communes sont difficiles à classer formellement au sein de la distinction traditionnelle entre opération horizontales et opérations verticales et conglomérales, et de ce fait les mesures structurelles ne sont pas forcément adaptées à résoudre les problèmes concurrentiels qui en découlent. Les mesures comportementales utilisées pour résoudre les problèmes de concurrence au sein de ces dernières sont souvent des mesures servant à garantir l'absence de communication entre les sociétés mères[709], où à empêcher une des sociétés mères à utiliser sa puissance d'achat pour le compte de l'entreprise commune[710].

802.- Bien qu'il soit difficile d'établir une typologie des mesures comportementales, de par leur caractère sur mesure et par extension de par leur immense variété, force est de constater que les autorités françaises, communautaires et japonaises du contrôle des concentrations y sont réticentes sur le plan théorique, mais y recourent régulièrement en pratique, notamment dans le cadre d'opérations verticales et conglomérales. On remarque toutefois que dans le cas du Japon, des engagements comportementaux sont assez souvent prononcés pour des opérations horizontales[711], tendance que certains auteurs ont expliquée par

[709] Voir JFTC, 旭化成鉱業とトクヤマによる炭化水素系イオン交換膜の共同生産会社の設立 (Affaire d'établissement d'une entreprise commune de production de membranes d'échange de dioxyde de carbone ionisé entre Asahi Kasei Kôgyô et Tokuyama)、平成６年度主要事例３.

[710] Voir JFTC, 日本電信電話および NTT 移動通信網等による PHS サービスの共同事業会社の設立 (établissement d'une entreprise commune de service PHS entre Nihon Denshin Denwa et NTT)、平成６年度主要事例６.

[711] Selon un rapport de la JFTC sur l'examen à postériori des engagements, sur les 32 affaires ayant fait l'objet d'engagements entre 1996 et 2006, 16 étaient accompagnées d'engagements comportementaux, et sur les 24 affaires ayant présenté un risque de restriction concurrentielle horizontale, 9 d'entre elles ont été

le fort esprit d'appartenance des employés japonais à leur entreprise qui rend les cessions d'activité et d'actifs plus compliquées[712]. Dans une telle situation, les entreprises japonaises sont plus enclines à proposer des engagements comportementaux, et la JFTC se montre compréhensive à ce sujet.

803.- Qu'ils soient implémentés dans des opérations horizontales, verticales ou conglomérales, le principal inconvénient des engagements comportementaux est le caractère incertain de leur mise en œuvre et de leur efficacité.

§2. L'efficacité controversée de ces mesures.

804.- Que l'on traite des engagements comportementaux, et dans une moindre mesure des engagements structurels, la principale question qui se pose est celle de l'efficacité de ces engagements. Sur le plan théorique, les engagements structurels ont l'avantage de proposer une réorganisation définitive de l'environnement concurrentiel tel que souhaitée par les autorités, et ils sont donc censés fonctionner de manière convaincante[713]. La question est plus délicate pour les engagements comportementaux, puisque le problème posé est alors double. A la question de la pertinence de l'engagement en lui-même et de sa capacité à résoudre les restrictions concurrentielles de l'opération de concentration, s'ajoute celle du respect effectif de ces engagements par les parties. Ainsi, les engagements ne seront véritablement efficaces que si, d'une part, leur exécution fait l'objet d'un contrôle rigoureux (I), et d'autre part, s'il est procédé à vérification de l'effet de ces derniers sur la concurrence (II).

I. Le contrôle de l'exécution des engagements.

805.- La possibilité pour les entreprises de prendre des engagements pour faire autoriser leur opération de concentration n'aurait pas de sens si les entreprises pouvaient facilement se dédire de ces engagements. Afin de faire respecter leurs engagements aux entreprises, les autorités de contrôle françaises, japonaises et européennes doivent pouvoir à la

autorisée sous réserve d'engagements comportementaux, que ceux-ci soient exclusifs ou supplétifs. Source : JFTC, 企業結合審査の事後的検証調査報告書, 22 juin 2007, p.27.

[712] UESUGI, op.cit., p. 297.

[713] FRENAUX, L'efficacité du recours aux engagements en matière de contrôle des concentrations, 2007/1 t. XXI, 1, p. 43-67.

fois surveiller la bonne exécution de ces engagements (A), et disposer de mesures efficaces de sanction si lesdits engagements ne sont pas respectés (B).

A. La surveillance de l'exécution des engagements.

806.- L'existence de dispositions claires et rigoureuses concernant la bonne exécution des engagements est indispensable pour que ceux-ci ait une quelconque valeur. En France, la tâche du contrôle de la bonne marche de l'exécution des engagements est confiée à un mandataire indépendant de l'autorité, mais qui doit toutefois être validé par celle-ci[714]. Toutefois, en l'absence de dispositions légales concernant le mandataire, l'essentiel des instructions concernant le rôle de ce dernier se trouvent en partie dans les lignes directrices françaises, mais majoritairement dans la communication de la Commission sur les mesures correctives. Les rôles du mandataire sont très divers selon la nature des engagements proposés, et sont définis par les parties et la Commission au cas par cas, mais on peut toutefois les caractériser selon qu'il s'agisse d'engagements structurels ou comportementaux[715].

807.- Dans le premier cas, le mandataire sera chargé d'aider les entreprises à trouver un repreneur valable pour les activités qui doivent être cédées, tout en veillant à ce que lesdites activités ne soient pas dégradées avant la cession. Il s'assurera ensuite que les modalités de la cession soient bien respectées, et que celle-ci soit conforme à ce à quoi les parties notifiantes se sont engagées. Dans la deuxième éventualité, son rôle sera plus complexe, puisqu'il devra vérifier que les parties agissent conformément à leurs engagements, et ce pendant toute la durée de ces derniers, qui est en général de trois ans, mais peut être de cinq ans selon les affaires (cf. l'affaire Intel/ McAfee citée plus haut). Les autorités françaises et communautaires en charge du contrôle des concentrations ayant peu de temps à consacrer à la surveillance des engagements, et pour alléger la tâche des mandataires, un certain nombre de mécanismes sont prévus. On trouve ainsi les clauses de réexamen, clause insérée dans les engagements et dont le but est de permettre une modification desdits engagements en cas de

[714] Lignes directrices de l'ADLC, point 540.
[715] Commission Européenne, Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission, V, 4°.

changements dans la structure du marché, clauses ne fonctionnant que pour les engagements structurels et n'ayant que peu fonctionné jusqu'à présent[716].

808.- Dans le cas des engagements comportementaux, les tiers ont un rôle important à jouer, puisqu'ils sont les bénéficiaires de ces engagements. A cet effet, les décisions en matière d'engagements comportementaux font l'objet d'une publication ne dissimulant qu'un minimum d'informations. De plus, des clauses d'arbitrage peuvent également être insérées pour que les tiers qui estimeraient être lésés par la non-exécution d'un engagement puissent bénéficier d'une voie de recours efficace. Par exemple, dans l'affaire Piaggio/Aprilia mentionnée ci-dessus, les engagements de transfert de technologie sont assortis d'une clause d'arbitrage précisant que, si Piaggio ne respecte pas son engagement, les entreprises lésées par ce non-respect doivent d'abord essayer de trouver un accord avec Piaggio. En cas d'échec de ces négociations directes, elles ont alors le droit de faire appel à un arbitre pour déterminer si Piaggio respecte ou non ses engagements, et prendre les mesures adéquates. Il semblerait que ces dispositions aient été utilisées à plusieurs reprises avec un certain succès[717].

809.- Le contrôle japonais des concentrations connaît une organisation très différente en ce qui concerne la vérification de la bonne marche des engagements. La différence principale avec les autorités françaises et japonaises tient à l'absence de mandataires. En effet, la JFTC s'occupe elle-même de vérifier que les engagements ont été effectivement exécutés, et le cas échéant du suivi de ces derniers, notamment en ce qui concerne les engagements comportementaux. Ainsi, le choix du repreneur est fait par les parties, mais la reprise ne sera effective qu'une fois que la JFTC aura donné son accord préalable. Elle assure également l'exécution des engagements structurels et comportementaux, et le cas échéant, peut proposer aux parties de modifier les mesures si leur effet est insuffisant, ou au contraire d'annuler celles-ci si elles ne sont plus nécessaires[718].

810.- Grâce à la réforme de 2011 ayant amélioré la transparence des décisions rendues par la JFTC, des informations supplémentaires concernant le détail pratique de l'exécution des engagements et de leur vérification par la JFTC ont commencé à émerger Ainsi, dans l'affaire d'intégration dans le domaine des lecteurs de disques durs précédemment citée, l'autorité japonaise a également publié les modalités pratiques de la cession d'actifs comprenant une

[716] JALABERT-DOURY et NOUVEL, *Le suivi de l'exécution des engagements dans les concentrations françaises*, in Concurrences, n°2, 2007, p.32.
[717] BLANKE, *International Arbitration in EC Merger Control: a ''Supranational'' Lesson to be Learnt*, in European Community Law Review, Issue 6, 2006.
[718] Lignes directrices de la JFTC, 第６、１.

unité de production, les licences nécessaires pour produire les lecteurs de disques durs ainsi qu'une fourniture à prix concurrentiel des pièces nécessaires à la production au repreneur et exigées pour autoriser l'opération. L'opération consistant en une acquisition d'actions, les parties devront tout d'abord trouver un repreneur remplissant les critères d'indépendance et de compétence consignés dans les engagements, puis soumettre une copie du contrat de cession à la JFTC pour approbation. La JFTC se prononcera alors dans les trois mois suivant réception dudit contrat de cession, et si elle n'approuve pas le repreneur, l'acquisition d'action ne sera pas autorisée.

811.- On remarque ainsi dans cette affaire que l'opération envisagée est non seulement soumise à la prise d'engagements, mais ce n'est qu'une fois ces engagements effectivement réalisés que l'opération pourra effectivement être mise en œuvre. Bien qu'il s'agisse d'un moyen infaillible de s'assurer du respect des engagements par les parties, cela paraît assez contradictoire avec le caractère ex ante du contrôle des concentrations, et allonge d'autant plus une procédure de phase II déjà extrêmement chronophage. Dans l'affaire de concentration entre Shin Nippon Steel et Sumitomo Kinzoku, la méthode de surveillance des engagements comportementaux était au contraire trop peu sévère, puisque ce sont aux parties à la concentration d'adresser un rapport à la JFTC tous les ans pour informer cette dernière de la situation de ces engagements, ce qui pose alors des problèmes en matière de neutralité.

812.- Ainsi les autorités françaises et européennes bénéficient de modalités communes en matière de surveillance des engagements, principalement en raison de l'influence à la fois des textes et de la pratique de la Commission sur l'ADLC. Au regard de l'expérience accumulée par la Commission en la matière, ainsi que des études qu'elle a consacré à ce sujet, cette influence est bénéfique pour l'autorité française. La JFTC, plutôt que de recourir à des mandataires préfère superviser elle-même la réalisation des engagements, mais cette volonté de contrôler l'ensemble du processus pose des problèmes d'équilibre entre l'intérêt concurrentiel public et l'intérêt des entreprises, les deux extrêmes apparaissant déjà dans les deux affaires décrites ci-dessus.

813.- Une autre question essentielle concerne les sanctions des autorités de concurrence en cas de non-respect d'un engagement.

B. Les sanctions en cas de non-respect des engagements.

814.- Une mauvaise exécution, voire l'absence totale d'exécution des engagements par les parties ne peuvent rester incontrôlées ou impunies, sous peine de remettre en question la notion même d'autorisation d'une opération sous engagements. Le dispositif législatif français en la matière a le mérite d'être très détaillé, puisque en vertu de l'article L.430-8 IV du Code de Commerce, l'ADLC peut sanctionner le non-respect des engagements inclus dans une de ses décisions d'une annulation de ladite décision, obligeant les parties à notifier de nouveau leur opération sous peine de retour à l'état antérieur à la concentration. Elle peut également prononcer des injonctions et des astreintes pour faire exécuter les engagements en question, ou encore prononcer une amende dont les modalités sont fixées au I de l'article précité. Jusqu'à présent, l'ensemble de ces mesures ne connaissaient qu'une existence théorique, puisque jamais l'ADLC ou le ministre de l'Economie avant elle ne s'étaient rendus à de telles extrémités. Toutefois, L'autorité française a procédé, le 30 septembre 2011, à l'annulation de l'autorisation de concentration entre TPS et Canal+ qui avait eu lieu cinq ans auparavant, et au prononcé d'une amende de 30 millions d'euros[719].

815.- Le groupe Canal+ a tout d'abord adressé un recours en annulation de cette décision au Conseil d'Etat, et a par la même occasion ce dernier a, sur les recommandations du rapporteur public Vincent Daumas, adressé une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel[720]. Cette question porte sur deux contradictions alléguées : la première concerne l'organisation de l'ADLC qui, en cumulant les fonctions de poursuite (puisqu'elle peut s'autosaisir) et de prononcé des décisions, viole, selon Canal+, le principe d'impartialité de la justice. La deuxième vise à démontrer la contradiction entre l'article L.430-8 du Code de commerce permettant à l'ADLC de retirer une autorisation de concentration et le principe de liberté de commerce. La procédure devant le Conseil d'Etat est ainsi momentanément suspendue, mais selon les réponses à la fois du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat, l'actuel système d'autorisation des opérations de concentration sous conditions pourrait être soit consacré, soit totalement remis en question.

816.- Indépendamment du résultat de la procédure en cours, il est indéniable que les engagements intervenus dans cette affaire sont apparus dès le départ comme étant inhabituels

[719] ADLC, Décision n° 11-D-12 du 20 septembre 2011 relative au respect des engagements figurant dans la décision autorisant l'acquisition de TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus
[720] Conseil d'Etat, décision N° 353856, inédit au recueil Lebon (au 16 aout 2012), 17 juillet 2012.

et discutables [721], l'opération ayant été autorisée sous réserve de l'exécution de 59 engagements comportementaux, cette décision est extrêmement importante pour des raisons de coercition. Les entreprises savent désormais que l'ADLC est attentive aux rapports des mandataires, et surtout qu'elle n'hésitera pas à annuler une décision antérieure si les engagements ne sont pas respectés, conférant ainsi au système français une efficacité indiscutable.

817.- A l'instar des dispositions françaises, il existe dans l'AML une disposition selon laquelle tout élément contenu dans une décision prise dans le cadre du contrôle des concentrations à force obligatoire leur non-exécution étant alors sujette aux dispositions de l'article 17 de l'AML sur les injonctions et astreintes. Il semble toutefois qu'en réalité, ces dispositions ne sont tout bonnement pas appliquées. Pour les engagements structurels, la raison est simple. Jusqu'à présent, ces engagements étaient pris dans le cadre des discussions pré-notification, et comme l'indique les lignes directrices, ceux-ci étaient pris de préférence avant que l'opération de concentration ne soit réalisée. Comme le montre la décision dans le secteur des lecteurs de disques durs indiquée plus haut, la JFTC continue à demander aux parties de s'acquitter de leur engagement avant que l'opération ne soit effectivement réalisée, méthode extrêmement contraignante pour les entreprises du point de vue du calendrier.

818.- La question des engagements comportementaux reste toutefois entière, et aussi incroyable que cela puisse paraître, il semble que la JFTC n'ait pas spécialement procédé à la surveillance de la bonne exécution de ces derniers. On sait que la JFTC agit toujours avec une opacité administrative caractérisée, et l'absence d'informations à ce sujet ne signifie pas forcément une absence d'activité, mais au-delà de la vérification de la composante structurelle de certains engagements comportementaux, comme par exemple lors de promesses de mises à disposition de brevets, celle-ci n'a pas systématiquement vérifié si la mesure avait eu une quelconque utilité. Cette importante faiblesse, bien que remarquée par certains auteurs se tenant au courant de la pratique européenne et américaine [722], n'a pourtant pas connu d'améliorations concrète avec la nouvelle réforme de 2011.

819.- Bien qu'il soit important de contrôler l'exécution des engagements des parties, il est indispensable, pour que la pratique évolue, que vérification soit faite de l'efficacité des engagements pris.

[721] BOUGETTE, *Le premier retrait d'autorisation de concentration pour non-respect des engagements en France*, in Revue Lamy de la concurrence 2012 - n°30, janvier 2012.
[722] HAYASHI, op.cit., p. 693.

II. L'impact des engagements sur la concurrence.

820.- Le contrôle des concentrations étant basée sur une analyse prospective, il est important que les autorités de contrôle analysent à postériori la portée de leurs propres décisions sur l'équilibre concurrentiel afin d'améliorer leur pratique. De telles études ont été publiées par les autorités françaises et européennes (A), et japonaises (B).

A. L'analyse de l'efficacité des engagements par l'ADLC et la Commission européenne.

821.- La dernière question qu'il convient de se poser concernant les engagements comportementaux est celle, délicate, de leur utilité réelle. Par utilité, il est entendu le rapport entre l'effet voulu de l'engagement sur la concurrence au moment de sa validation par les autorités en charge du contrôle des concentrations, et l'effet réel de cet engagement sur la concurrence. La compréhension de l'efficacité d'une mesure a en effet un double intérêt. Non seulement elle permet de contrôler si les engagements proposés par les parties dans une affaire donnée ont réellement porté leurs fruits, et le cas échéant de proposer des modifications à ces engagements (dans la limite temporelle fixée à ces derniers), mais elle donne aussi aux autorités de concurrence des informations précieuses concernant la relation entre un type d'opération de concentration donné et les mesures réellement utiles pour corriger les restrictions concurrentielles qui les accompagnent en général. Ainsi, bien que le contrôle des concentrations soit, et doive rester un contrôle à priori, un examen à postériori de l'impact des décisions est nécessaire pour améliorer la pratique[723].

822.- Les autorités de concurrence mènent parfois ce type de démarche, et l'examen des rapports qui en découlent livrent de précieuses informations sur ce que doit être, à l'avenir, la pratique en la matière. La Commission européenne s'est livrée à une telle étude en 2005[724]. Les résultats de cette étude ont ainsi démontré que, contrairement à pas mal d'idées reçues, les mesures structurelles sont surtout adaptées en matière d'opérations horizontales, mais beaucoup moins pour les opérations verticales et conglomérales, ou encore dans certaines industries régulées (communications, énergie, médias). De plus, les logiques d'asymétrie d'information lors des cessions d'activités peuvent mener soit à la revente d'un actif finalement peu compétitif à un nouvel entrant sur le marché et encore peu informé des

[723] HAYASHI, op.cit., p.690 et s.
[724] DG COMP, "Merger Remedy Study", octobre 2005, disponible à cette adresse: http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/remedies_study.pdf

logiques qui y règnent, soit au contraire au rachat d'un actif capital de l'entreprise cédante qui va lui faire perdre trop de sa compétitivité, ce au détriment du principe de proportionnalité[725]. En ce qui concerne l'efficacité des mesures comportementales, nombre d'entre elles s'avèrent peu efficaces, sans toutefois être néfastes à l'équilibre concurrentiel. Par conséquent, le fait de soumettre une opération à un nombre inférieur d'engagements, mais en choisissant au mieux ces derniers, semble être une solution, et une fois de plus la décision Intel/McAfee citée plus haut illustre bien ce principe. Enfin, quelle que soit la nature des engagements, l'importance des mandataires indépendants semble capitale à leur fonctionnement.

823.- Une telle analyse doit nécessairement intervenir pour vérifier l'utilité du système d'engagements, et au-delà, sa légitimité. La JFTC s'y est donc livrée.

B. L'analyse de l'utilité des engagements par la JFTC.

824.- Probablement inspirée par cette démarche, il se trouve que la JFTC a établi un rapport similaire en 2007, et dans laquelle elle a procédé à l'analyse des décisions publiées ayant fait l'objet d'engagements entre 1996 et 2006[726]. Ce rapport a d'abord examiné l'effet sur les imports des engagements censés avoir un effet positif sur ces derniers, et a constaté que c'était le cas pour une majorité de produits, mais que cette mesure était cependant inefficace pour d'autres types de produits. L'analyse va donc au-delà des considérations liées au caractère horizontal, vertical ou congloméral de l'opération pour s'intéresser au rapport entre les produits concernés et les mesures prescrites. Les conclusions de la JFTC sont toutefois assez floues selon l'affaire analysée. Par exemple, lorsque le rapport conclut sur la pression concurrentielle des imports sur le marché du phénol, bien que le volume des imports n'ait pas augmenté, les prix pratiqués par les entreprises japonaises n'ont pas augmenté non plus, phénomène que la JFTC explique par la « pression potentielle des imports », sans aller plus loin dans la démonstration.

825.- L'autorité japonaise avoue toutefois que dans ce type de marché où la part des imports est faible, l'analyse minutieuse des données sur le marché alliée à des auditions de parties prenantes, en d'autres termes des tests de marché, pourraient être utiles pour échafauder de meilleurs engagements (il convient de rappeler que jusqu'à présent, le caractère

[725] PAPANDROPOULOS et TEJANA, *The Merger Remedies Study—In Divestiture We Trust*?, in European Community Law Review, 2006, issue 8.
[726] JFTC, 企業結合審査の事後的検証調査報告書, 22 juin 2007.

officieux de la procédure du contrôle japonais des concentrations limitait grandement l'utilisation de tests de marché précis). La deuxième analyse menée cette fois sur l'utilité de la mise à disposition des brevets en tant que mesure comportementale propose également des conclusions intéressantes. Il s'est avéré qu'en dépit de l'apparente bonne volonté des entreprises parties à la fusion de partager leurs brevets avec qui en ferait la demande, aucun concurrent n'ait manifesté le désir d'en profiter. Par conséquent, la mesure a eu un effet nul sur la concurrence, confirmant par la même la nécessité d'avoir davantage recours à des tests de marché pour être sûr que la mesure, aussi intéressante soit-elle, soit perçue comme réellement utile pour les acteurs qu'elle vise.

826.- La comparaison des mesures correctives et de leur efficacité entre la France et la Commission d'une part, et le Japon d'autre part, montre une différence notable en matière de précision, tant sur le fond des engagements que sur leur implémentation. Bien que les trois systèmes n'aient pas de législation extensive concernant ces derniers, on note du côté européen un effort soutenu en termes de *soft law* (lignes directrices, communications), et un recours toujours plus important aux mandataires ainsi qu'aux tests de marché pour s'assurer de l'efficacité théorique et pratique des engagements. Paralysée par une procédure trop longtemps opaque et freinant son évolution, la pratique japonaise en la matière a montré un manque de précision et de profondeur dans les analyses menées, tant pour la conception des engagements que pour leur contrôle à postériori, avec une absence notable de lignes directrices spécifiques, ou à tout le moins d'une section plus détaillée dans les lignes directrices sur le contrôle des concentrations. Il convient cependant d'apporter une note d'optimisme à ce bilan de la pratique japonaise, puisque les décisions de phase II publiées depuis la réforme de 2011 montrent des analyses beaucoup plus précises, critiques et livrent des informations jusque-là absentes des décisions de la JFTC. A ce titre, le système français a grandement bénéficié de la théorie et de la pratique communautaires, mais n'a pas hésité à montrer qu'elle devait être prise au sérieux par la récente décision concernant l'affaire Canal Plus / TPS.

827.- Il reste à étudier l'attitude de ces autorités face aux décisions extrêmes auxquelles une concentration peut être confrontée.

Chapitre II : Abandon, interdiction et voies de recours.

827.- Le phénomène concentratif comporte de nombreux effets positifs pour la politique industrielle d'un Etat, en ce qu'il permet de créer des entreprises fortes capables de prospérer dans un environnement concurrentiel international toujours plus hostile. Le maintien de l'équilibre concurrentiel à l'échelle d'un Etat, ou du marché européen dans le cas de la Commission, oblige parfois à apporter des modifications au projet original de concentration, dans le cadre des engagements et des injonctions par exemple. Les autorités de contrôle font malgré tout preuve de souplesse et de pragmatisme puisque les engagements sont proposés par les parties à la concentration et négociés de façon à ce que l'opération de concentration conserve un attrait pour ces dernières. En d'autres termes, le phénomène de concentration économique est par défaut considéré comme apportant davantage de bienfaits que d'inconvénient, et c'est pour cela que la majorité des opérations de concentration sont autorisées.

828.- Comme il a été dit à plusieurs reprises, le but du contrôle des concentrations n'est pas d'interdire, mais de vérifier la compatibilité d'une opération avec les règles de libre concurrence, et de faire en sorte que les opérations qui posent problème soient modifiées de façon à être rendues compatibles. Ainsi, l'éventualité de mettre un terme à un projet de concentration n'est pas la règle, mais plutôt une exception qui n'intervient qu'une fois que l'ensemble des dispositifs permettant à un projet d'être autorisé est épuisé. Cependant, dans de très rares cas de figure, en dépit des efforts de conciliation des autorités et des parties, l'opération proposée est fondamentalement néfaste pour l'équilibre concurrentiel, et le projet est alors voué à l'échec (Section 1). Les décisions prises par les autorités ne sont cependant pas absolues, et les parties insatisfaites disposent de voies de recours pour appeler de ces dernières (Section 2).

Section 1 : l'échec de l'opération de concentration.

829.- La réalisation d'une opération de concentration est avant tout motivée par l'intérêt des entreprises qui y sont parties. Le projet doit ainsi en théorie leur permettre une production plus efficiente, le renforcement de leur position sur un marché voire l'accès à de nouveaux marchés. Toutefois, que ce soit lors de la notification, ou même avant dans le cadre

des discussions préliminaires, les parties cherchent à connaitre la faisabilité de leur opération au regard des règles de concurrence. La réponse à cette question est fournie plus ou moins rapidement au cours de la procédure en fonction de la complexité de l'affaire, et selon les résultats des premières analyses effectuées par les autorités de contrôle, les parties vont se retrouver face à des choix stratégiques souvent difficiles à prendre. S'il se trouve que l'opération envisagée risque d'induire une forte restriction de la concurrence au point d'imposer des engagements drastiques, l'intérêt même de réaliser cette opération risque de disparaître. Dans ce cas, il sera stratégiquement préférable pour les entreprises parties à la concentration d'abandonner le projet (§1). Dans d'autres cas encore plus rares, il se peut que les entreprises essaient de porter leur projet jusqu'au bout de la procédure, résultant en une interdiction de la part des autorités en charge du contrôle des concentrations (§2).

§1. L'abandon d'un projet de concentration.

830.- L'abandon d'un projet de concentration est l'illustration parfaite de la dimension stratégique d'un projet de concentration. La prise en considération des coûts en cas d'interdiction d'un projet au terme d'une longue procédure, ou encore des pertes subies en cas de concession d'un engagement trop lourd à supporter pour les entreprises notifiantes peuvent amener à conclure relativement à différentes étapes de la procédure que l'abandon dudit projet est la solution la plus raisonnable. Ainsi, avant même le prononcé de la décision par les autorités de concurrence, il arrive que les parties renoncent d'elles-mêmes au projet de concentration qu'elles ont notifié. Bien que les parties aient tout à fait le droit de renoncer à poursuivre leur projet de concentration, elles doivent toutefois respecter une certaine procédure (I). Les raisons incitant les parties à abandonner leur projet sont diverses (II).

I. La procédure de retrait de notification.

831.- Bien que la notification doive porter sur un projet définitif de concentration, cela ne signifie pas pour autant que les parties sont contraintes d'aller jusqu'au bout de la procédure de notification. Ainsi, la faculté d'abandonner une opération de concentration en cours est ouverte à toutes les entreprises notifiantes indépendamment de l'avancée de la procédure, mais cet abandon peut être conditionné au respect de certaines démarches selon les

systèmes. Alors que l'ADLC et la Commission européenne ont une procédure de retrait des notifications bien définie (A), la JFTC ne propose pas de procédure claire (B).

A. Une procédure clairement définie en France et en Europe.

832.- En matière de retrait de notification, l'ADLC semble faire preuve d'une certaine souplesse. En effet, les lignes directrices de cette dernière affirment qu'un projet de concentration peut être abandonné à tout moment, et demande seulement de la part des parties un document prouvant cet abandon[727]. En outre, aucune disposition légale ne prévoit de procédure spécifique lorsqu'une entreprise souhaite retirer sa notification, et les lignes directrices elles-mêmes ne s'étendent pas sur le sujet, bien que les professionnels aient souhaité davantage de clarté sur les modalités et les conséquences de l'abandon[728]. La raison est très simple : l'abandon d'une opération notifiée était un fait rarissime en droit français jusqu'à l'adoption d'un système de notification obligatoire des opérations de concentration introduit en 2001 par la loi NRE. Ainsi, entre 1987 et 2002, il n'y a eu que 11 retraits de notification[729]. Toutefois, avec l'accroissement du nombre d'opérations notifiées, le nombre de notifications retirées a logiquement augmenté, et cette augmentation semble se poursuivre. Si l'on compare les résultats fournis par les rapports annuels de l'ADLC, alors que seulement deux notifications ont été retirées en 2009, ce sont plus de vingt notifications qui furent retirées en 2011. Bien qu'il soit compréhensible que les autorités ne se soient guère préoccupé de cette question jusqu'à présent, de par son caractère exceptionnel, il serait ainsi préférable que la procédure de retrait fasse désormais l'objet d'une définition plus précise.

833.- La pratique européenne en la matière semble ici plus riche. Tout d'abord, bien qu'il ne fasse pas l'objet d'un article propre, l'abandon d'une opération de concentration est mentionné indirectement au sein du règlement (CE) sur les concentrations dans le cadre de l'examen de la notification[730], et cette mention est précisée dans la communication de la commission sur ledit règlement. Contrairement à ce qu'on trouve dans les lignes directrices

[727] Lignes directrices de l'ADLC, point 248.
[728] Association des Avocats Pratiquant le Droit de la Concurrence, Observations sur le projet de Lignes Directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, 24 septembre 2009, disponible à cette adresse : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/obs_apdc_ld_concentrations_09.pdf .
[729] COT et LA LAURENCIE, op.cit., Annexe 11, p.506.
[730] Commission européenne, « Règlement CE sur les concentrations », article 6, 1, c : « […]"Sans préjudice de l'article 9, cette procédure sera close par voie de décision conformément à l'article 8, paragraphes 1 à 4, à moins que les entreprises concernées n'aient démontré, à la satisfaction de la Commission, à moins qu'elles n'aient démontré, à la satisfaction de la Commission, qu'elles ont abandonné la concentration ».

françaises, les exigences en termes de formalisme de la Commission européenne sont assez élevées, puisque les documents à fournir par les parties pour retirer leur notification doivent à la fois être au même niveau de précision que les documents contenus dans la notification, et les entreprises doivent également fournir les preuves du retour strict à l'état antérieur à l'opération de concentration[731].

834.- Ce n'est toutefois pas un hasard si la Commission se montre si stricte à l'égard des abandons d'opérations notifiées. En effet, les sociétés WorldCom et Sprint avaient soumis en 2000 un projet de concentration à la Commission, projet qui avait nécessité un examen de phase II au terme duquel le commissaire chargé de cet examen avait confié aux parties son intention de proposer l'interdiction de l'opération à la Commission. Les parties ont alors décidé d'abandonner leur projet de concentration, et ont notifié à la Commission qu'ils renonçaient à leur projet dans sa forme actuelle. Celle-ci a cependant prononcé l'interdiction de l'opération, estimant que la formulation des entreprises notifiantes n'était pas suffisamment explicite pour signifier un abandon de l'opération. Le TPICE, saisi par les parties, a estimé que l'abandon de l'opération privait la décision d'interdiction de son support juridique, et a en conséquence donné raison à ces dernières[732]. On peut donc raisonnablement penser que les précisions apportées par la communication et le lourd formalisme exigé par la Commission découlent de la volonté de celle-ci d'éviter une nouvelle affaire de ce type.

835.- Comme souvent en matière procédurale devant la JFTC, le retrait de notification ne fait pas l'objet d'une procédure clairement identifiable dans les textes.

B. Une procédure non définie dans les textes au Japon.

836.- En ce qui concerne le Japon, la situation est totalement inverse à celle que l'on connaît en Europe. Ni l'AML, ni les lignes directrices de la JFTC d'aucune sorte ne mentionnent, directement ou indirectement, la possibilité de l'abandon d'une opération de concentration. Pourtant, comme nous le verrons dans les développements suivants, l'abandon de la procédure est non seulement présent en droit japonais, mais c'est en plus une option très importante. Les raisons de l'importance pour les entreprises de pouvoir abandonner une

[731] Commission européenne, «Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises », JOUE C 95 du 9 avril 2008, points 117 à 121.
[732] TPICE, « MCI, Inc. contre Commission des Communautés européennes », Affaire T-310/00, 28 septembre 2004.

opération notifiée sont multiples, et tiennent aux particularités de la pratique japonaise jusqu'à la réforme de 2011 abolissant les discussions préliminaires au profit des discussions en phase de pré-notification. La JFTC a toutefois fait des efforts en publiant sur son site internet les affaires ayant fait l'objet d'un abandon par les parties.

837.- Le reproche principal que l'on peut faire à cette publication est qu'elle ne comprend que les affaires ayant fait l'objet d'un abandon par les parties en fin de phase II, et ne tient donc pas compte des affaires abandonnées plus tôt. De plus, sur les six affaires publiées par la JFTC, trois d'entre elles sont assez anciennes, et n'incluent ni le nom des entreprises parties au projet de concentration, ni de description précise de leur activité et des problèmes que l'opération soulevait en matière de concurrence. Une telle démarche est certes utile pour comprendre les raisons de l'abandon de ces projets de concentration par les parties, mais qui est hélas loin de représenter l'ensemble des affaires abandonnées. En effet, il ne faut pas oublier que de nombreuses affaires sont susceptibles d'être abandonnées en phase I, et que pendant de nombreuses années, les affaires complexes, et qui auraient d'être examinées fameuse « phase zéro » mentionnée plus haut[733].

838.- Si on constate des disparités importantes concernant l'implémentation de la possibilité de retrait d'une notification selon l'ordre juridique, cette possibilité existe malgré tout aussi bien en France qu'en Europe et au Japon. On trouve également des disparités dans les raisons motivant ces abandons.

II. Les raisons de l'abandon d'une opération de concentration.

839.- Les raisons exactes de l'abandon d'un projet de concentration dépendent essentiellement du moment auquel intervient cet abandon. Le contexte de retrait d'une notification avant ou pendant la phase I d'examen (A) est ainsi différent de celui d'un retrait en phase II (B).

[733] ISHIGAKI et al., 企業結合審査の手続、in 企業結合審査の舞台裏, NERA Economic Consulting, Février 2011, p.4, disponible à cette adresse : http://www.nera.jp/media/BH2011FebHIKFNK.pdf.

A. Les raisons du retrait d'une notification en phase I.

840.- Si la raison de l'abandon des opérations de concentration en phase II est principalement motivée par le désir des parties à la concentration d'éviter une décision d'interdiction, la question reste ouverte pour les notifications faisant l'objet d'un retrait avant de rentrer dans une phase de procédure approfondie. Ces abandons prématurés existent bel et bien, puisqu'on en dénombre par exemple quatre pour l'année 2010 et vingt pour 2011en France[734], augmentation assez importante à laquelle il est difficile de trouver une explication. En outre, la même augmentation se constate au niveau européen, puisqu'en 2010, quatre notifications avaient été retirées en phase I, contre neuf en 2011[735]. Il est toutefois possible que ce nombre croissant de retraits de notification en phase I au cours des deux dernières années, aussi bien auprès de l'ADLC que de la Commission européenne, n'ait un lien avec le climat économique actuel.

841.- En effet, la crise économique sévère qui touche l'économie mondiale depuis 2008, et qui s'est amplifié en Europe ces deux dernières années a obligé nombre d'entreprises à revoir leur stratégie d'expansion, et ce parfois dans des délais très rapide. De la sorte, certaines opérations notifiées ont pu être retirées avant même la fin de l'examen en phase I, car le projet de concentration lui-même s'est trouvé annulé indépendamment de ses éventuels effets sur la concurrence. Il s'agit toutefois là d'une simple hypothèse que l'absence de documents concernant ces retraits prématurés ne permet pas de confirmer. Toutefois, Du fait de la publicité dont fait l'objet les décisions concernant les opérations notifiées à la Commission européenne, il est possible d'avoir une certaine idée des raisons poussant les entreprises à abandonner prématurément une opération de concentration. Celles-ci sont multiples, mais peuvent tenir de circonstances économiques forçant les entreprises à abandonner leur projet indépendamment de l'avis de la Commission, de l'appréhension de certaines sociétés de voir que l'opération de concentration qu'elles ont soumise risque d'être examinée en phase II, ou encore de modification radicale de la nature de l'opération envisagée[736].

842.- Leur nombre précis n'est pas connu au Japon du fait de l'absence de données statistiques à ce sujet, et du problème récurrent de publication lié à la procédure non-officielle

[734] ADLC, Rapport d'activité pour l'année 2010, p.15 ; Rapport d'activité pour l'année 2011, p. 16.
[735] Statistiques de la Commission européenne, disponibles à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf
[736] GLAIS, op. cit., p.481.

en vigueur jusqu'à présent, mais il est certain que ce type de retrait de notification existe également auprès de la JFTC. Bien qu'il n'y ait pas de données pour étayer cette hypothèse, il semble vraisemblable que de nombreuses affaires aient été abandonnées au Japon en « phase zéro » ou en fin de phase I de discussion préliminaire. Comme il a été constaté précédemment, les entreprises japonaises ont eu massivement recours aux discussions préliminaires pour ne pas avoir besoin de publier leurs projets de concentration. De plus, les décisions faisant l'objet d'un examen de phase II sont publiées par la JFTC dès l'ouverture de celle-ci. Si aucun engagement n'avait été accepté en phase zéro ou en phase I, il est tout à fait envisageable que dans certains cas, les entreprises aient abandonné une opération à l'issue incertaine et à la publication forcée, théorie compatible avec le très faible nombre d'opérations ayant été examinées en phase II, ainsi qu'avec l'absence d'abandons de phase II constatés depuis 2005[737]. Par ailleurs, cette absence d'informations à ce sujet était voulu tant par la JFTC que par les parties à la concentration, et constituait l'objectif principal des discussions préliminaires. En cas de projet de concentration difficilement réalisable au regard des règles de concurrence, les parties pouvaient ainsi très simplement abandonner leur projet soit durant la phase zéro, soit durant la phase I, avec la garantie de la JFTC que le projet en question ne soit pas révélé.

843.- L'abandon d'une opération de concentration correspond toutefois à des motivations différentes lorsqu'il intervient durant la phase II de l'examen

B. L'abandon en phase II d'examen.

844.- L'abandon d'une opération de concentration en phase II, compte tenu des efforts fournis par les parties à cette concentration, et pour lesquelles la notification est finalement la dernière étape en vue de la concrétisation est par conséquent un phénomène exceptionnel. Ce caractère exceptionnel se constate d'ailleurs dans les chiffres, puisqu'on dénombre 20 retraits en phase II pour la Commission européenne entre 1990 et 2009, seulement un cas en France depuis 2000[738] et donc six cas au Japon. Lorsque l'abandon d'une opération de concentration intervient aussi tard dans la procédure, la cause est très souvent l'anticipation d'une décision d'interdiction ou d'autorisation assortie d'engagements très lourds, si bien que l'opération ne présente plus d'intérêt. On constate cependant que ce type d'abandon est quasi inexistant en

[737] NAKANO, op.cit., p.80.
[738] GLAIS, op. cit., p.478.

France, et ce depuis de nombreuses années, et que le Japon n'a également pas connu d'abandons de procédure depuis 2005[739].

845.- A l'inverse, ce type d'abandon, même s'il reste rare, est pratiqué régulièrement en droit européen. Tout récemment, la Commission européenne a ainsi publié la clôture de l'examen approfondi qu'elle menait concernant la prise de participation dans la société Tirrenia par la société Compagnia Italiana di Navigazione, et ce suite la décision de ces entreprises d'abandonner la procédure[740]. Celles-ci occupaient une position dominante sur plusieurs trajets de croisières en Méditerranée, principalement dans les îles italiennes, et par conséquent cet abandon montre clairement que ces sociétés ont réalisé que leur projet de concentration allait être probablement interdit. En effet, la phase II de cette affaire avait été enclenchée en janvier 2012, puis les délais avaient été interrompus, ce qui signifie que la Commission européenne avait demandé un certain volume d'information que les entreprises n'arrivaient pas à fournir, ou alors que celles-ci n'arrivaient pas à proposer d'engagements convaincants.

846.- Le même constat peut être fait dans les décisions d'abandon publiées par la JFTC, puisque les six affaires publiées ont toute pour point commun le fait que l'opération envisagée allait avoir pour conséquence une restriction substantielle de la concurrence. Le fait que ces opérations aient été examinées dans le cadre des discussions préliminaires montrent que l'abandon, qui a pour conséquence une absence de notification officielle de l'opération, a la même valeur qu'une interdiction, une telle restriction constituant le critère de l'AML pour interdire les opérations de concentration. On regrettera une fois de plus le manque de détail dans la publication de ces décisions, qui ne font pas figurer les engagements proposés par les parties avant que celles-ci n'abandonnent le projet de concentration, et qui aurait révélé de précieuses informations quant aux exigences de la JFTC en matière d'engagement lorsque l'opération envisagée présente de sérieux problèmes en matière concurrentielle.

847.- A titre d'exemple, dans l'affaire d'intégration entre PS Japan et Dai Nihon Inki, concentration affectant le marché du polystyrène, la JFTC, après avoir relevé que l'opération amènerait à la naissance d'une entreprise détenant 50% de part de marché, marché ne

[739] NAKANO, 企業結合審査をめぐる最近の動き, in 立法と調査, 参議院事務局企画調整室編集・発行, septembre 2011, disponible à cette adresse : http://www.sangiin.go.jp/japanese/annai/chousa/rippou_chousa/backnumber/2011pdf/20110905079.pdf .

[740] Commission européenne, « Concentrations: la Commission clôt son enquête suite à l'abandon par Compagnia Italiana di Navigazione de la transaction notifiée », Communiqué de presse, 27 avril 2012.

comptant que quatre entreprises avant l'opération[741]. La pression des imports ayant été considérée comme très faible, et les risques de constitution d'un oligopole sur ce marché importants, l'autorité japonaise a conclu que l'opération poserait problème d'un point de vue concurrentiel, avant de mentionner brièvement qu'au vu de ladite conclusion les parties ont décidé d'abandonner leur projet. Si cette décision a le mérite de confirmer que l'abandon du projet par les parties est bien lié aux résultats négatifs de l'analyse de la JFTC, elle ne permet pas de connaître quelles étaient les autres alternatives de ces entreprises pour faire autoriser leur projet de concentration.

848.- En conclusion, l'abandon d'une opération de concentration, que ce soit en France, en Europe ou au Japon, est motivée par deux raisons principales. La première, intervenant en général tôt dans la procédure, est celle de l'abandon du projet de concentration non pas pour les risques concurrentiels qu'il présente, mais plutôt car le projet lui-même n'est plus intéressant du point de vue stratégique pour les entreprises qui y sont parties. La deuxième, qui constitue le cœur des abandons fin de phase I, voire en phase II, est une manœuvre stratégique dont le but est de ne pas avoir à affronter une interdiction certaine, et ainsi procéder à une économie de temps et de frais de justice[742]. Cependant, toutes les entreprises rencontrant des difficultés à faire autoriser leur projet de concentration ne choisissent pas nécessairement d'abandonner leur projet, et n'hésitent pas à aller jusqu'au bout de la procédure, ce qui risque alors de les mener à une décision d'interdiction.

§2. L'Interdiction d'une opération de concentration.

849.- Le contrôle des concentrations n'a certes pas pour but principal d'interdire les opérations de concentration, mais la notion même de contrôle implique que dans certaines configurations de marché, l'opération envisagée aura nécessairement des conséquences négatives trop importantes sur l'équilibre concurrentiel, et ce en dépit de ses effets bénéfiques en matière d'efficience ou des engagements que les parties sont prêtes à concéder. En d'autres termes, La possibilité d'interdire une opération de concentration est un mal nécessaire pour que le contrôle des concentrations ait un sens véritable, et ne soit pas perçu comme une formalité sans conséquence. Cependant, l'interdiction des opérations de concentration reste

[741] JFTC, ＰＳジャパン株式会社及び大日本インキ化学工業株式会社のポリスチレン事業の統合について (affaire d'intégration des activité polystyrène de PS Japan et Dai Nihon Inki) ,平成 16 年度主要事例 12.
[742] KAWAHAMA et. al., op.cit., p.3.

une pratique exceptionnelle que les autorités utilisent avec parcimonie. Bien que la rareté des décisions s'explique principalement par les conditions qui doivent être réunies pour leur prononcé (I), une évolution vers davantage de décisions de ce type n'est pas improbable (II).

I. Les conditions de la décision d'interdiction.

850.- En vertu de la philosophie du contrôle des concentrations, une autorité de contrôle ne prend une décision d'interdiction qu'après s'être assuré qu'il n'y a pas d'autre alternative satisfaisante pour l'équilibre concurrentiel. A ce titre, l'interdiction d'une opération par l'ADLC, la JFTC ou la Commission européenne n'intervient qu'en toute fin de procédure (A), et n'a jusqu'à présent été prononcée que de manière exceptionnelle par ces juridictions (B)

A. Le caractère de dernier recours de la décision d'interdiction.

851.- En raison des implications d'une décision d'interdiction pour les entreprises notifiantes, une telle décision ne peut être prise facilement par les autorités de contrôle. De ce fait, un certain nombre de conditions de fond et de procédure doivent être réunies pour que cette décision soit effectivement prise. Tout d'abord, comme il a été vu précédemment, une décision d'interdiction ne peut pas être prise en fin de phase I, et ce que ce soit en France, en Europe ou au Japon. En effet, dans ces trois systèmes, une opération qui poserait des problèmes non résolus en fin de phase I ferait nécessairement l'objet d'un examen de phase II. Cette condition est importante à plusieurs égards. Elle laisse à la fois le temps aux autorités de prendre une décision dûment réfléchie, et aussi aux parties de trouver les engagements nécessaires pour faire autoriser leur projet de concentration. Les autorités disposent également de moyens pour faire respecter leur décision d'interdiction, dans la situation assez improbable ou des entreprises mettraient à exécution un projet de concentration préalablement interdit.

852.- En France, l'ADLC a ainsi la capacité d'infliger des astreintes dont le montant peut s'élever à 5% du chiffre d'affaires journalier moyen par jour de retard à compter de la date de la décision et aussi longtemps que les parties ne reviennent pas à l'état antérieur à cette réalisation[743], et une amende dans le cadre de l'article L.430-8-I du Code de Commerce.

[743] Article L.430-8-V du Code de Commerce. Voir également les lignes directrices de l'ADLC, point 267.

De manière générale, que ce soit dans la les textes de loi ou dans les lignes directrices, l'éventualité de l'interdiction ne fait pas l'objet de longs développements, ce qui indique bien le caractère exceptionnel de cette dernière. Les décisions d'interdiction prises par la Commission européenne revêtent une formulation quelque peu différente, puisque l'on parle de décision d'incompatibilité avec le marché commun[744]. En vertu de l'article 8 §4 du règlement (CE) sur les concentrations, la Commission peut prendre toute mesure qu'elle estimera nécessaire pour dissoudre une concentration réalisée en dépit d'une décision d'incompatibilité du marché commun et faire revenir le marché à son état antérieur.

853.- Au Japon, la procédure ne prévoit pas de décision d'interdiction ou d'incompatibilité à proprement parler. Si la JFTC constate que l'opération de concentration contrôlée a pour conséquence une restriction substantielle de la concurrence, elle déclarera ladite opération en contravention avec les dispositions de l'article correspondant au type d'opération en cause. Par exemple, si l'opération est une acquisition d'action, elle sera contraire aux dispositions de l'article 10 de l'AML, si c'est une fusion, à celles de l'article 15 de l'AML, etc. C'est alors en vertu des articles 17-1, 17-2 et 18 de l'AML que l'autorité japonaise prendra toutes les dispositions nécessaires pour empêcher la réalisation de l'opération, ou pour dissoudre la relation concentrative si besoin est. Comme il a été vu plus haut, ces articles 17 et 18 sont ceux permettant à la JFTC de prononcer des injonctions et toute autre mesure coercitive pour faire respecter les dispositions de l'AML. Par conséquent, l'interdiction de l'opération de concentration est envisagée comme une injonction de « ne pas faire » si l'opération n'a pas encore été exécutée, et de « défaire » si celle-ci a déjà eu lieu.

854.- Ainsi, si la terminologie désignant la décision d'interdiction varie quelque peu selon qu'elle soit prononcée par l'ADLC, la Commission européenne ou la JFTC, dans tous les cas l'autorité prononçant cette décision est dotée de pouvoirs importants d'injonctions et d'astreinte pour s'assurer de l'exécution de cette décision par les parties à la concentration interdite. En raison de l'encadrement très précis dont font l'objet les décisions d'interdiction, les autorités de contrôle ne les prononcent que très rarement.

[744] Règlement (CE) sur les concentrations, article 8, §3.

B. La rareté des décisions d'interdiction.

855.- Depuis que l'ADLC a été créée, celle-ci n'a jamais prononcé de décision d'interdiction. Ainsi, depuis la création du contrôle français des concentrations en 1977, seulement six décisions d'interdiction ont été prononcées, et la dernière en date, l'affaire Sara Lee/ Benckiser citée plus haut, remonte à 2000. Toutefois, en raison du caractère bicéphale du contrôle des concentrations avant la création de l'ADLC en 2008, le nombre de décisions d'interdiction réellement prononcées par le ministre de l'économie doit être relativisé par rapport au nombre d'opérations où le Conseil a donné un avis défavorable non suivi par ce dernier. Ainsi, le Conseil a donné neuf avis défavorables à une opération de concentration entre 1988 et 2002, ce qui montre que ce dernier était plus strict que le ministre de l'économie quant à l'évaluation des opérations de concentration[745]. De plus, parmi les six affaires faisant l'objet d'une interdiction par le ministre, certaines avaient fait l'objet d'un avis favorable du Conseil de la concurrence, comme dans l'affaire Spontex/3M France[746] ou encore l'affaire Sara Lee/Benckiser[747]. Cette forte tendance de contradiction entre les avis du Conseil et les décisions finales du ministre pour les affaires les plus délicates illustre les limites qu'avaient un tel système, d'autant plus que le Conseil était limité à un rôle consultatif, et n'avait pas les moyens de s'imposer face au ministre.

856.- La Commission européenne s'est montrée plus déterminée à interdire des opérations de concentration, puisqu'elle a prononcé 22 décisions d'interdiction en 22 ans d'activité, avec toutefois un certain ralentissement entre 2002 et 2012 (seulement quatre interdictions durant cette période). De plus, du fait de l'ambigüité qu'il peut exister, que ce soit concernant la dimension européenne d'une opération impliquant des acteurs d'un même pays, ou bien concernant la nature de concentration de l'opération réalisée, la Commission a également eu l'occasion. Cette possibilité a été utilisée à quatre reprises par la Commission, pour des motifs assez différents et qui méritent qu'on s'y attarde. Dans l'affaire Toys'R'Us/ Blokker[748], la seconde avait racheté l'ensemble des magasins dont disposait la première aux Pays-Bas, dans le cadre d'un accord de licence, ce qui a fait dire aux parties qu'il n'y avait pas de prise de contrôle, et donc pas de concentration, argument que la Commission n'a pas accepté.

[745] JANIN et MENONI, *Le contrôle des concentrations en France : une analyse empirique des avis du Conseil de la concurrence* , in Economie & prévision, février 2007, n° 178-179, p. 93-114.
[746] Conseil de la Concurrence, avis 89-A-05 du 21 février 1989.
[747] Conseil de la concurrence, avis 00-A-07 du 28 mars 2000.
[748] Commission Européenne, IV/M.890 - Blokker/Toys .R. Us, 26 juin 1997.

857.- Dans l'affaire Kesko/ Tuko[749], La première avait déjà pris contrôle sur la seconde quand l'autorité finlandaise de concurrence s'en est aperçu et a renvoyé l'affaire à la Commission, obligeant celle-ci à prononcer dans un premier temps une décision d'incompatibilité avec le marché commun au titre de l'article 8 §3 du règlement (CE), pour ensuite prononcer une décision sur la base de l'article 8 §4 du même règlement pour que Kesko cède finalement sa participation dans Tuko, en perdant ainsi le contrôle. Dans les deux autres affaires, à savoir Tetra Laval / Sidel[750] et Schneider / Legrand[751], la concentration avait été réalisée par offre publique d'achat avant la décision d'incompatibilité de la Commission. L'autorité communautaire a alors ordonné à Tetra Laval et à Schneider de céder les actions qu'elles avaient respectivement acquises dans Sidel pour la première, et Legrand pour la seconde. On remarque ainsi que dans les deux premiers cas, les entreprises ont soit estimé que la transaction à laquelle elles se livraient n'étaient pas des opérations de concentration, soit oublié de procéder à une notification suite à une prise de participation. Les deux affaires suivantes ont posé le problème des offres publiques d'achat face aux décisions de contrôle des concentrations.

858.- Au Japon, les décisions d'interdiction d'une opération de concentration sont non seulement très rares, mais également très anciennes. L'affaire Tôhô/Subaru, l'affaire Tôyô Seikan et l'affaire Fuji/Yawata ont toutes été prononcées entre 1950 et 1970. La dernière décision prise à ce titre est la célèbre affaire de cumul de mandats de dirigeants des chemins de fer d'Hiroshima de 1973, et s'agissant d'une injonction ayant pour but de mettre fin à la situation de cumul des mandats ainsi qu'à la participation majoritaire de Hiroshima Railways dans Hiroshima Bus. Aucune opération de concentration n'a depuis été interdite au Japon, ce qui conforte l'idée selon laquelle les opérations de concentration abandonnées à un stade avancé des discussions préliminaires sont celles qui auraient été vraisemblablement interdites par la suite.

859.- Le Japon ayant aboli les discussions préliminaires, et la France n'hésitant pas à interdire des opérations en cas de non-respect d'engagements anciennement pris, il semblerait que le contrôle des concentrations ait de manière générale gagné en sévérité depuis quelques années. Une telle dynamique aura certainement une influence sur le futur des décisions d'interdiction.

[749] Commission Européenne, IV/M.784 -Kesko/Tuko, 19 février 1997
[750] Commission Européenne, COMP/M.2416, Tetra Laval/Sidel, 30 janvier 2002.
[751] Commission Européenne, COMP/M.2283 – Schneider/Legrand, 30 janvier 2002.

II. L'évolution future des décisions d'interdiction.

860.- Avec le renforcement des contrôles français et japonais des concentrations tel qu'on le constate ces dernières années, ainsi qu'une relative recrudescence des interdictions et abandons de phase II en droit européen, il semblerait que l'on s'oriente vers une recrudescence des décisions d'interdiction (A), impression qui doit toutefois être modérée en ce qui concerne l'ADLC et la JFTC (B).

A. Une possible recrudescence des décisions d'interdiction à l'échelle européenne.

861.- Les décisions du contrôle des concentrations faisant l'objet d'une interdiction sont un phénomène qui, jusqu'à présent, a été relativement rare à la fois en France, en Europe et au Japon, rareté qui s'explique par la façon même dont est conçu le contrôle. Les décisions d'interdiction sont plus une irrégularité dans un système qui s'appuie sur la négociation ouverte et franche entre les autorités de concurrence et les entreprises projetant une concentration. Il n'est cependant pas impossible qu'à l'avenir, ce type de décision ne devienne plus fréquent, et ce quelle que soit la juridiction. Si l'on prend par exemple le cas de la Commission européenne, on s'aperçoit que de 1990 à 1999, il y a eu 11 interdictions, contre 9 seulement entre 2000 et 2009[752]. Un rapide regard à ces statistiques laisserait donc penser que les interdictions sont de moins en moins prononcées. Seulement, si on se penche sur les chiffres d'abandon en phase II sur les mêmes périodes, on constate qu'il y en a eu 11 entre 1990 et 1999, contre 24 entre 2000 et 2009.

862.- Comme il a été constaté plus haut, les abandons en phase II sont en général un moyen utilisé par les entreprises notifiantes pour ne pas faire l'objet d'une décision d'interdiction autrement inévitable, et certains auteurs assimilent volontiers ces abandons à des interdictions[753]. De plus, on constate une recrudescence des abandons et interdictions, puisque depuis 2010, il y a eu deux cas d'interdiction[754] et deux cas d'abandon[755]. Chaque fois, les opérations ont été interdites car elles débouchaient sur des situations de quasi-monopole, et parce que les parties n'ont pas réussi à proposer des engagements suffisants pour

[752] Chiffres disponibles dans GLAIS, op. cit., p. 478.
[753] COT et LA LAURENCIE, op. cit., p. 417.
[754] Commission européenne, COMP/M5830, Olympic/Aegean Airlines, 26 janvier 2011 et COMP/M6166, Deutsche Börse/Nyse Euronext, 1er février 2012.
[755] Commission Européenne, COMP/M5969, SCJ/Sara Lee, 9 mai 2011, et COMP/M6362, CIN/Tirrenia Business Branch, 27 avril 2012.

compenser de telles atteintes. Les opérations abandonnées l'ont été en cours d'examen de phase II, ce qui montre là encore la sensation d'impasse des entreprises impliquées.

863.- Cette situation s'explique en partie par le fait que les vagues successives de concentration, et ce dans tous les secteurs, se succèdent depuis les années 1980, avec en parallèle un renforcement des contrôles des concentrations[756]. Bien que jusqu'à présent les contrôles aient été conçus pour n'interdire qu'une infime fraction des opérations qui leur sont présentées, de nombreux marchés se sont inévitablement oligopolisés, et on arrive à une situation où la moindre opération de concentration devient difficilement acceptable en l'état actuel des règles de concurrence, ce aussi bien en Europe qu'aux Etats-Unis[757]. Les marchés de réseaux en général, et des transports en particulier, en sont ainsi un exemple flagrant, puisque l'on constate que depuis 2007, deux opérations de concentration impliquant des compagnies aériennes ont été interdites (Ryan Air/ Air Lingus et Olympic/Aegean Airlines), et une impliquant des sociétés de transport maritime a été abandonnée (CIN/Tirrenia). Ainsi, en dépit d'une application satisfaisante des règles de concentration, de nombreux marchés atteignent progressivement, de concentration à concentration, une certaine limite au-delà de laquelle une concentration devient difficilement possible, phénomène d'autant plus important dans les marchés présentant des barrières importantes à l'entrée.

864.- Si une telle tendance ne fait aucun doute à l'échelle de l'Europe, il convient toutefois de se poser la question d'une recrudescence des interdictions en France et au Japon.

B. Une tendance peu vraisemblable en France et au Japon

865.- Tout d'abord, pour que davantage de décisions d'interdiction soient prononcées, la prémisse nécessaire est la recrudescence des opérations faisant l'objet d'un examen de phase II. Il semble qu'à ce titre, l'abolition des discussions préliminaires pour une procédure transparente et conforme aux textes montre déjà des résultats intéressants. En effet, en un an à peine, deux décisions ont été autorisées sur prise d'engagements[758], et comme indiqué plus

[756] COHEN, « Régulation concurrentielle et contrôle des concentrations », in Le Nouvel Economiste, Janvier 2001, disponible à cette adresse : http://www.elie-cohen.eu/article.php3?id_article=119 .
[757] LA LAURENCIE, « l'avocat face aux concentrations », in La revue des Anciens Élèves de l'Ecole Nationale d'Administration, n°329, février 2003.

[758] JFTC, 新日本製鐵株式会社と住友金属工業株式会社の合併計画に関する審査結果について (fusion entre Nippon Steel et Sumitomo Kinzoku Kôgyô), 14 décembre 2011, et ハードディスクドライ

haut, trois affaires sont actuellement examinées en phase II. Pour le moment la JFTC se montre plutôt clémente en matière de négociations d'engagements, notamment dans l'affaire de fusion entre Nippon Steel et Sumitomo Kinzoku Kôgyô qui a pourtant entraîné un renforcement important de la position dominante de Nippon Steel sur de nombreux marchés de produits sidérurgiques. La JFTC a pourtant autorisé l'opération sous réserve de simples engagements comportementaux justifiés par l'absence de possibilité de reprise d'actifs sur un marché jugé en faible croissance, et visant d'une part, à une promesse de maintien des prix au niveau actuel (au prorata de l'inflation et des variations du prix des matières premières) pendant 5 ans, ainsi qu'un rapport d'activité adressé à la JFTC tous les ans durant cette période, et d'autre part, la cession des droits de vente des produits Sumitomo Kinzoku au niveau national à l'entreprise commerciale Sumitomo Shôji.

866.- En dépit de la position dominante créée, la JFTC a estimé que la pression concurrentielle liée aux imports était suffisamment importante pour que les entreprises ne puissent profiter de leur position pour influencer les prix. Si l'on peut se féliciter dans un sens de l'approfondissement et de la transparence des analyses de la JFTC, il semblerait toutefois que celle-ci encourage les fusions importantes susceptibles d'améliorer la compétitivité internationale des entreprises japonaises sous réserve d'absence d'influence négative sur le marché national. L'adoption d'une politique concurrentielle fondée sur la création de champions nationaux risque alors d'amener une situation où des opérations logiquement interdites ne le seront pas, et ce pour des raisons politiques dépassant le cadre du droit de la concurrence.

867.- Une recrudescence des interdictions semble également peu probable en droit français. Si la levée de l'autorisation de concentration entre Canal Plus et TPS pour non-respect des engagements a clairement montré l'importance que l'autorité française attache à ces derniers, il serait exagéré d'en déduire une recrudescence future des décisions d'interdiction. De plus, le faible nombre d'opérations examinées en phase II (seulement trois depuis 2009, et aucune à l'heure actuelle), couplées au fait que les opérations susceptibles d'entraîner la création ou le renforcement d'une position dominante tombent souvent, de par leur dimension, dans les seuils de contrôle de la Commission européenne limite d'autant plus la possibilité laissée à l'ADLC de prononcer de telles décisions.

ブの製造販売業者の統合計画に関する審査結果について(intégration d'entreprises de fabrication et de commercialisation de HDD), 28 décembre 2011.

868.- L'étude comparative des interdictions et des abandons des opérations de concentration entre la France, l'Europe et le Japon a ainsi montré une pratique assez disparate, tenant essentiellement au caractère officieux du contrôle des concentrations exercé par la JFTC jusqu'à présent, et résultant en une absence de données précises sur les abandons selon le stade de la procédure où ces derniers sont intervenus. En revanche, la pratique actuelle des autorités françaises japonaises et communautaires montrent une harmonisation sans précédent, la Commission conservant toutefois une sévérité probablement liée à son indépendance plus marquée vis-à-vis des gouvernements nationaux, contrairement à l'ADLC, et surtout à la JFTC, davantage sujettes à des questions de politique nationale de concurrence. Une meilleure transparence des décisions entraînera logiquement des capacités de défense accrue des parties, et donc davantage de recours des décisions.

Section2 : Les recours des décisions des opérations de concentration.

869.- Le contrôle des concentrations est un contrôle administratif, effectué par des autorités administratives indépendantes lors d'une procédure qui, on l'a vu, donne une place importante à la négociation. Les décisions qui aboutissent peuvent toutefois s'avérer insatisfaisantes pour les parties notifiantes ou pour des tiers, et dans le but d'une procédure respectant les droits de la défense, doivent faire l'objet d'une procédure d'appel. En effet, les autorités de contrôle ne sont pas infaillibles, et bien qu'elles aient atteint un niveau d'expertise certain en matière de contrôle des concentrations, elles ne sont pas à l'abri d'erreurs de procédure par exemple. Ainsi, pour des raisons de respect des droits de la défense, comme de sécurité juridique, les autorités française, japonaise et communautaire de concurrence connaissent des possibilités de recours de leurs décisions.

870.- Par conséquent, la procédure du contrôle des concentrations doit assurer un équilibre entre deux éléments. Le premier est le respect par les parties des décisions administratives, qui diffèrent bien évidemment des décisions prononcées lors d'un procès civil dans la mesure où il ne s'agit pas d'arbitrer entre deux parties aux intérêts contraires, mais de protéger un impératif important pour le bien-être économique, à savoir la libre concurrence. Le deuxième est le respect des droits de la défense des parties, qui doivent pouvoir bénéficier d'un mécanisme d'appel des décisions, quitte à ce que celui-ci ne soit soumis à des règles strictes. Afin de parvenir à cet équilibre, la procédure du contrôle des concentrations différant généralement des procédures civiles ou administratives classiques, les

modalités de recours afférentes sont elles aussi particulières (I), et leur pratique de ces recours s'avère riche en enseignements tant sur le fond que sur la forme du contrôle des concentrations (II).

§1. Les modalités du recours.

871.- Le contrôle des concentrations n'a pas pour objectif une interdiction ou l'imposition de conditions systématiques, ce qui fait que le nombre même de décisions négatives pour les parties à la concentration, et donc les plus susceptibles de faire l'objet d'un appel, est extrêmement rare. Par extension, il est primordial que les modalités d'appel de ces rares décisions allant à l'encontre de l'intérêt des entreprises ou de tiers soient très précisément encadrées, pour que le contrôle garde un caractère dissuasif, et au-delà conserve un intérêt en termes de défense de l'équilibre concurrentiel. Ainsi, Les possibilités d'appel des décisions rendues dans le cadre du contrôle des concentrations sont sujettes à des conditions spécifiques selon l'ordre juridique étudié. Par conséquent, les juridictions compétentes (I), et la nature des recours (II) varient grandement d'un pays à l'autre.

I. Les juridictions compétentes.

872.- Que ce soir en France, en Europe ou au Japon, le contrôle des concentrations n'est pas intégré au reste de l'appareil judiciaire, et ne bénéficie donc pas, à priori, des juridictions d'appel traditionnelles. Alors que la procédure d'appel des décisions de l'ADLC et de la Commission européenne doit être intentée au sein d'une juridiction différente (A), la JFTC est la juridiction d'appel de ses propres décisions (B).

A. Les juridictions d'appel des décisions de l'ADLC et de la Commission européenne.

873.- Le fonctionnement du contrôle des concentrations en France et en Europe est désormais assez similaire, similarité que l'on retrouve, à quelques exceptions près, au niveau des procédures d'appel. En France, la division bien connue entre droit administratif et droit civil, chaque ordre disposant de ses propres juridictions, a nécessairement entraîné la question de savoir quelle juridiction était la plus appropriée pour recevoir les recours contre les

décisions du contrôle des concentrations. Ainsi, bien que l'ordonnance de 1977 explicitât clairement la compétence du Conseil d'Etat à ce sujet[759], l'absence d'une telle mention au sein de l'ordonnance de 1986 posa quelques problèmes de compétence. De par la nature politique des décisions prononcées, il fut ainsi déterminé que les juridictions administratives en général étaient compétentes, mais devant le besoin de fournir explicitement au contrôle des concentrations une juridiction d'appel compétente, l'article R.311-1 fut inséré dans le Code de justice administrative en 2000, conférant ainsi la compétence des recours au Conseil d'Etat[760]. La loi LME n'a en outre pas modifié cet état de fait, de sorte que le Conseil d'Etat reste aujourd'hui la juridiction de premier et de dernier ressort habilitée à connaître des décisions prises par l'ADLC dans le cadre du contrôle des concentrations, ou par le ministre si celui-ci exerce son pouvoir d'évocation[761]. Les recours peuvent être exercés dans un délai de deux mois.

874.- Comme pour toute décision prise par une institution européenne, les décisions prises par la Commission en matière de contrôle des concentrations peuvent faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal de L'Union Européenne (TUE, anciennement appelé TPICE) au titre de l'article 263 TFUE. Le contrôle des concentrations ne fait donc pas ici l'objet d'un traitement spécifique, et est par conséquent soumis aux mêmes possibilités d'appel que n'importe quelle autre décision. Cependant, ce traitement ordinaire pour des décisions importantes et nécessitant une certaine rapidité d'exécution a posé problème par le passé en raison de la longueur moyenne des délais devant le TUE[762]. Pour résoudre ce problème, une procédure rapide, ou *fast-track*, a été instaurée en 2001 par modification du règlement de procédure du TUE[763], procédure permettant une instruction accélérée (en moyenne 10 mois au lieu de deux ans pour une procédure classique).

---

[759] **Décret n°77-1189 du 25 octobre 1977 fixant les conditions d'application de la loi n° 77-806 du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante, article 26 : «** Les recours tendant à l'annulation pour excès de pouvoir des décisions prises en matière de concentration sont de la compétence du Conseil d'Etat en premier et dernier ressort. »

[760] **Décret n°2000-389 du 4 mai 2000 relatif à la partie Réglementaire du code de justice administrative (Décrets en Conseil d'Etat)**, article R311-1, 9° « [Le Conseil d'Etat est compétent pour connaître en premier et dernier ressort] des recours dirigés contre les décisions ministérielles prises en matière de contrôle des concentrations économiques ».

[761] Lignes directrices de l'ADLC, point 249.

[762] BRUNET et GIRGENSON, « La double réforme du contrôle communautaire des concentrations », in Revue Trimestrielle de Droit Européen, n°1 du 15 mars 2003, p. 1.

[763] Règlement de procédure du TUE, article 76 bis.

875.- Ici aussi, le recours en annulation d'une décision est possible dans les deux mois à compter de celle-ci. La procédure européenne possède cependant une originalité supplémentaire par rapport à la procédure française, à savoir le double degré de juridiction. Ainsi, une fois la décision rendue par le TUE, les parties insatisfaites ont deux mois pour exercer un recours devant la CJUE. On notera cependant que jusqu'à présent, l'ensemble des recours formés contre des décisions de la Commission en matière de contrôle des concentrations ont été jugés par le TUE sans que la décision de ce dernier n'ait fait l'objet d'un pourvoi devant la CJUE. Par conséquent, si la procédure européenne du contrôle des concentrations connaît bien un double degré de juridiction, celui est encore aujourd'hui inutilisé.

876.- La procédure d'appel des décisions de la JFTC semble quant à elle favoriser davantage le pouvoir administratif, puisqu'elle s'effectue devant cette même autorité.

B. La JFTC, juridiction d'appel de ses propres décisions.

877.- Les possibilités de recours des décisions rendues par la JFTC sont complètement différentes des procédures européenne et française, ce à plusieurs égards. Pour qu'une décision de la JFTC prononcée dans le cadre du contrôle des concentrations puisse faire l'objet d'une procédure d'appel, il faut tout d'abord que cette décision soit un ordre de mesures d'annulation prononcé dans le cadre des articles 17-2 de l'AML sur les injonctions de cession et autres, ou 18 de l'AML sur le prononcé d'annulation des opérations de concentration. Conformément à l'article 49 alinéa 6 de l'AML, ces ordres de mesure d'annulation peuvent faire l'objet de l'ouverture d'un procès mené au sein même de la JFTC en cas d'insatisfaction, et cette demande doit être formulée dans les 60 jours suivant la réception de la décision par les parties. Ce procès est en principe public, mais peut se dérouler à huis clos si la JFTC estime une telle mesure nécessaire à l'intérêt public[764].

878.- Une fois le procès terminé, est prononcé soit un jugement de refus de la requête des parties, (article 66 de l'AML) soit un jugement d'accord avec la requête des parties (article 65 de l'AML). En cas d'accord, la JFTC procèdera alors à l'annulation ou à la modification de l'ordre de mesures d'annulation (article 70-12 de l'AML). En cas de refus de la requête des parties, celles-ci peuvent effectuer un recours du jugement de la JFTC auprès

[764] Article 61 de l'AML.

de la Cour d'appel de Tokyo dans les 30 jours à compter du prononcé de celui-ci (article 77 de l'AML). Si le jugement de la JFTC est annulé par la Cour d'appel, l'autorité japonaise devra alors prononcer de nouveau un jugement allant dans le sens de celui prononcé par la cour (article 82 de l'AML). Le problème de cette procédure vient des faibles garanties de neutralité assurées lors du procès organisé au sein de la JFTC. Celle-ci se trouve alors dans une situation où elle est en quelque sorte « juge et partie », et cette possibilité d'appel consiste de ce fait en une demande de réexamen. Ce système fait d'ailleurs l'objet de critiques en vue d'une abolition, de façon à ce que les décisions prises par la JFTC puissent directement faire l'objet d'un appel devant une juridiction différente[765].

879.- Les procédures en matière d'appel connaissent ainsi des différences très marquées entre l'ADLC, la Commission européenne et la JFTC. Alors que les autorités françaises et européennes profitent de juridictions préexistantes pour l'appel de leurs décisions, voire du double degré de juridiction ordinaire dans le cas de la Commission, l'autorité japonaise a préféré organiser la procédure d'appel de ses décisions en son propre sein, en aménageant une sorte de procès dont la partialité est discutable. Comme le montre l'expérience européenne, l'existence d'un double degré de juridiction ne semble pas réellement utile en pratique, surtout quand on sait à quel point le facteur temps est fondamental en matière de contrôle des concentrations. Le fait que le système français n'en bénéficie pas ne paraît donc pas extrêmement handicapant en matière de droits de la défense. En revanche, il est important que la procédure d'appel des décisions de la JFTC puisse se dérouler directement devant une autorité différente, comme la Cour d'appel de Tokyo par exemple, quitte à conserver la procédure actuelle obligeant la JFTC à prononcer une décision conforme à celle prise par ladite Cour en appel, afin de régler au mieux les détails techniques qui pourraient échapper à une juridiction plus généraliste.

880.- Ces différences entre les autorités françaises, européennes et japonaises se poursuivent dans la nature des recours acceptés.

II. Les divers types de recours.

881.- Toute décision prise en matière de contrôle des concentrations est susceptible de provoquer soit l'insatisfaction des parties à la concentration en cas d'injonction, soit des tiers

[765] SHIRAISHI, « 独禁法講義 », Yûhikaku, 5ème édition, 2010, pp. 254-257.

en cas d'autorisation (comme un fournisseur ou un concurrent par exemple). Alors que les autorités d'appel françaises et européennes connaissent une importante variété de recours (A), la JFTC ne propose que des recours limités (B).

A. L'importante variété de recours ouverts auprès du Conseil d'Etat et du TUE.

882.- Bien que les autorités de recours soit très différentes en fonction du système étudié, on ne peut pas nier le fait que le contrôle des concentrations dispose de voies de recours clairement définies dans les textes. Cependant, la nature des recours qu'il est possible d'exercer varie grandement en termes de richesse selon que l'on se trouve devant les autorités françaises, communautaires ou japonaises de recours. A ce titre, la France et l'Europe partagent nombre de points communs. En effet, le Conseil d'Etat comme le TUE peuvent connaitre de recours visant à l'annulation d'une décision prise dans le cadre du contrôle des concentrations[766]. Bien que l'essentiel des recours soient pris par les entreprises parties à la concentration contre une décision d'interdiction ou d'autorisation sous injonction, les recours ne sont pas uniquement l'apanage des parties directement concernées par la concentration.

883.- En effet, les tiers à l'opération peuvent également demander l'annulation d'une autorisation s'ils arrivent à prouver qu'ils ont un intérêt pour agir[767]. La juridiction d'appel des décisions rendues en matière de contrôle des concentrations étant le Conseil d'Etat, ce sont les règles applicables devant ce dernier pour les recours en plein contentieux des tiers qui s'appliquent également. Ces dispositions ont été, semble-t-il, utilisées à plusieurs reprises dans les années 1990 au niveau européen par des entreprises désireuses de faire annuler les opérations de concentration pratiquées par leurs concurrents. A cette époque, la longue durée de la procédure de recours en annulation d'une décision avait abouti à la situation paradoxale où les demandes en annulation des décisions d'autorisation adressées par les tiers surpassaient en nombre celles visant à l'annulation d'une décision d'incompatibilité adressées par les parties à la concentration[768].

884.- La législation française se démarque de son homologue communautaire en matière de variété des recours qu'il est possible de formuler, et ce grâce aux spécificités du

[766] Pour la France, lignes directrices de l'ADLC, point 254 ; Pour l'Europe, article 263 du règlement sur la procédure devant le TUE.
[767] Lignes directrices de l'ADLC, point 250.
[768] BRUNET et GIRGENSON, op. cit., p.1

droit administratif français. Au-delà des recours en annulation des décisions, les référés sont également utilisables pour les décisions concernant des concentrations. Sont ainsi ouverts les référés « suspension », disposés à l'article L 521-1 du Code de justice administrative, et les référés « conservatoires » de l'article L 521-3 du même code. Les référés suspension ont la particularité de devoir être accompagnés d'une demande d'annulation d'une décision. Un tel référé exige toutefois des conditions strictes d'urgence, de doute quant à la légalité de la décision attaquée, et de possibilités de pouvoir encore produire des effets juridiques au moment de sa demande[769]. Comme son nom l'indique, ce type de référé a pour effet la suspension des actes juridiques visant à la réalisation de l'opération de concentration attaquée. Le référé « conservatoire » connaît quant à lui des conditions d'utilisation plus souples, puisqu'il s'effectue sur simple requête, mais s'utilise à des fins moins lourdes de conséquences, comme pour enjoindre des parties à notifier une opération de concentration par exemple[770]. Ainsi, la France bénéficie d'un nombre très important de formes de recours grâce à l'ensemble des recours formables en Conseil d'Etat, tandis que le TUE dispose d'un éventail plus limité, mais permettant toutefois aux parties comme aux tiers de demander l'annulation d'une décision.

885.- La procédure d'appel devant la JFTC est en revanche extrêmement tant dans la nature des recours possibles que dans la qualité des personnes pouvant former un tel recours.

B. De possibilités de recours très limitées devant la JFTC.

886.- Comme il a été vu précédemment, la procédure d'appel des décisions de la JFTC se fait devant l'autorité japonaise elle-même qui organise à cette occasion une audience. Cette procédure ayant été spécialement conçue en cas d'insatisfaction des parties face à une décision d'interdiction, les décisions de la JFTC prises dans le cadre du contrôle des concentrations offrent une possibilité de recours extrêmement réduite. Ainsi seules les entreprises parties à la concentration et ayant fait l'objet d'une décision sont habilitées à faire une demande de jugement correspondant à la procédure d'appel[771]. En d'autres termes, seules les décisions d'interdiction ou d'injonction peuvent faire l'objet d'un recours en annulation uniquement, et les tiers à l'opération ne peuvent pas exercer de recours contre une décision

[769] Lignes directrices de l'ADLC, point 259.
[770] Voir Conseil d'Etat, n°312534, dit « Société Nationale des Transports Routiers », 18 février 2008.
[771] AML, article 49.

d'autorisation d'une opération. Bien que la JFTC soit à la base une autorité administrative indépendante doté d'un pouvoir juridictionnel assez fort en matière de droit antitrust et de pratiques anticoncurrentielles, les recours de ses décisions sont envisagés comme un appel civil, en ce sens que les tiers ne peuvent pas faire de recours d'une décision prononcée par l'autorité japonaise.

887.- On note cependant que la JFTC peut demander au tribunal de prononcer un ordre d'arrêt d'urgence consistant en la suspension de la faculté d'exercice de leurs droits par les actionnaires, ainsi que l'arrêt des activités des dirigeants d'une entreprise en cas de violation des dispositions d'un certain nombre de dispositions de l'AML, y compris celles concernant le contrôle des concentrations[772]. En dépit d'une double possibilité d'appel similaire à celle que l'on trouve en droit européen, la JFTC ne peut pas faire appel de ses propres décisions dans le cas de figure où les entreprises réussiraient à obtenir gain de cause après une demande de jugement, ce qui s'explique logiquement par le fait que l'autorité japonaise est à la fois juge de premier instance et d'appel de ses décisions, configuration pour le moins inquiétante en termes de droits de la défense.

888.- Avant de conclure sur la question des voies de recours, il convient de se pencher sur la possibilité des autorités de concurrence de se voir représentées, et de défendre leurs positions lors de la procédure. La CJUE a eu l'occasion d'exprimer sa position à ce sujet lors de l'arrêt dit « VEBIC » du 7 décembre 2010[773]. Le but de la question préjudicielle alors posée était de savoir si les articles 81 et 82 CE (désormais 101 et 102 TFUE) obligent les autorités de concurrence nationales à soumettre des observations écrites ou un mémoire en défense dans le cadre d'une procédure en annulation intentée contre une décision adoptée par l'une de ces autorités (il s'agissait de l'autorité belge de concurrence dans cette affaire). La CJUE a conclu que les autorités nationales de concurrence doivent pouvoir être représentées, mais elles ne sont pas obligées de le faire pour toutes les affaires. La procédure européenne du contrôle des concentrations étant identique à celle des pratiques anticoncurrentielles en ce que son annulation est possible devant le TUE, il est certain que cet arrêt s'appliquera en cas de pourvoi en annulation d'une décision de la Commission.

[772] AML, article 70-13.
[773] CJCE, Arrêt de la Cour (grande chambre) du 7 décembre 2010, Vlaamse federatie van verenigingen van Brood- en Banketbakkers, Ijsbereiders en Chocoladebewerkers (VEBIC) VZW, Recueil de la jurisprudence 2010 I-12471.

889.- En revanche, le décret pris en France le 29 juin 2012 pour déterminer les conditions d'application de ce principe en droit français ne concerne que les décisions dont l'appel se fait devant la Cour d'appel de Paris, c'est-à-dire celles prononcées en matière de pratiques anticoncurrentielles et d'abus de domination. En effet, comme il a été vu plus haut, les recours des décisions en matière de concentration devant le Conseil d'Etat sont régis par l'article R.311-1 du Code de justice administrative, tandis que le décret précité ne modifie que les articles R.464-11, R.464-19, R .464-21 et R.464-28 dudit Code. Par conséquent, la question de la représentation de l'ADLC en cas de recours en annulation devant le Conseil d'Etat n'est pas définitivement réglée. Il nous semble que celle-ci devrait être possible, puisque l'arrêt de la CJUE se fonde sur les articles 81 et 82 CE portant sur la concurrence au sens le plus large. Afin d'être fidèle à l'esprit de cet arrêt, un décret supplémentaire intégrant à l'article R.311-1 du Code de justice administrative la possibilité pour l'ADLC d'être représentée lors du recours en annulation de ses décisions en Conseil d'Etat serait souhaitable. Enfin, en ce qui concerne la JFTC, la procédure d'appel se déroulant en son sein, et s'apparentant en une sorte de procès, elle est représentée pour défendre sa propre position. Comme il a été vu précédemment, c'est précisément cette absence de séparation nette entre l'institution chargée des poursuites et celle chargée de juger l'affaire qui pose problème.

890.- La comparaison des autorités et voies de recours françaises, communautaires et japonaises du contrôle des concentrations montre un éventail de recours à l'amplitude très variable, et ce en raison du choix de la juridiction d'appel. Si la France est privée du double degré de juridiction, le fait qu'elle dispose d'une variété importante de recours ouverts aussi bien aux parties qu'au tiers, ajouté à l'excellence dont font preuve les décisions du Conseil d'Etat, que l'on sait soucieux du respect des droits fondamentaux des administrés, compense largement cette option. En revanche, le système japonais doit une fois de plus être montré du doigt pour son opacité et son manque de respect des droits fondamentaux de la défense, qui comme on l'a vu, dérange également les observateurs japonais. Une telle anomalie s'explique une fois de plus par le contexte extrêmement sévère et intransigeant de l'institution de l'AML et de la JFTC, raison de plus pour aujourd'hui tourner la page et proposer une réforme abolissant le système de recours. On peut imaginer un modèle proche du modèle européen, avec comme première juridiction d'appel la Cour d'Appel de Tokyo, et éventuellement l'introduction d'un dernier recours auprès de la Cour Suprême.

891.- L'analyse théorique de ces recours ne saurait se passer de l'étude des décisions en ayant fait l'objet.

§2 La pratique des recours**.**

892.- Les décisions de contrôle des concentrations peuvent certes faire l'objet d'une multitude de recours, encore faut-il que les parties exerçant ces recours aient un intérêt pour agir suffisamment légitime pour que ceux-ci soient acceptés. La jurisprudence en la matière montre que toutes les autorités d'appel n'acceptent pas les mêmes motifs (I), et que les décisions de recours sont comparativement rares par rapport aux juridictions de droit commun, mais que leur présence est nécessaire (II).

I. Les motifs des recours.

893.- Les recours en matière de contrôle des concentrations, comme dans toute autre discipline, peuvent être de deux natures. Les parties ou les tiers peuvent ainsi adresser un recours visant les vices de procédure (A), ou un recours visant une erreur de droit substantielle de la décision (B).

A. Les recours pour vice de procédure.

894.- Ce type de motifs a été invoqué à de nombreuses reprises tant au niveau français qu'au niveau européen. En ce qui concerne les recours devant le Conseil d'Etat à ce titre, ceux-ci ont souvent eu trait au respect des droits de la défense des tiers. Ainsi, dans l'arrêt concernant la décision du ministre de l'économie d'autoriser sous conditions la prise de participation de la société Sogebra dans Fischer[774], ladite opération avait été autorisée avec pour condition la cession de certaines brasseries à des concurrents. Seulement, Interbrew, un des concurrents à ces sociétés, et par conséquent totalement habilité à reprendre une ou plusieurs brasseries, avait été écarté des repreneurs hypothétiques par le ministre de l'Economie, et ce sans être notifié du projet de décision. Interbrew n'ayant été informé de cette décision qu'au moment de la publication de la décision de concentration, elle n'avait par conséquent pas pu soumettre ses observations. Le Conseil d'Etat a donc approuvé l'intérêt pour agir de la société Interbrew, et annulé la décision du ministre.

895.- Le TUE s'est également préoccupé des droits de la défense, mais cette fois-ci des parties à la concentration, dans le cadre de son jugement d'annulation de la décision de

[774] Arrêt du Conseil d'Etat n°191654, dit arrêt Interbrew, 9 avril 1999.

non-compatibilité rendue dans l'affaire Schneider/Legrand[775]. Du fait du contexte politique des décisions rendues par la Commission à l'époque, l'arrêt intervenant après l'interdiction de la concentration entre GE et Honeywell, la Commission s'était sentie en quelque sorte obligée de se montrer d'une égale sévérité face à une opération susceptible d'entraîner l'avènement d'un « champion » européen[776]. L'annulation de la décision est ainsi intervenue parce que le tribunal a considéré que la Commission n'avait pas donné aux entreprises parties à la concentration le temps nécessaire pour proposer des engagements suffisants pour atténuer les problèmes de concurrence. Comme l'a souligné le TUE, l'attitude de la Commission empêchant les entreprises de trouver des engagements est « […] d'autant plus grave que, comme la Commission l'a relevé plusieurs fois à l'audience, les remèdes constituent le seul moyen de préserver d'une déclaration d'incompatibilité une opération de concentration […] » (point 461 de la décision).

896.- En outre, l'arrêt du TUE Schneider/Legrand a permis par la suite de connaître davantage la responsabilité de la Commission en cas d'annulation des décisions. En effet, Schneider Electrics, après avoir été autorisé par le TUE à absorber Schneider, a adressé au TUE un recours en responsabilité non contractuelle contre la Commission pour le préjudice subi par sa décision d'interdiction. Après avoir vérifié que les conditions pour engager la responsabilité de la Commission selon l'article 288 du traité CE (aujourd'hui article 340 TFUE), à savoir le comportement illégal de celle-ci, l'existence un dommage et un lien de causalité entre le comportement allégué et le préjudice invoqué, étaient bien réunies, le TUE a condamné la Commission européenne a rembourser à la fois les frais engagés par Schneider pour la reprise de l'opération de concentration interrompue par la décision d'interdiction de la Commission, et les deux tiers du dommage subi par Schneider à raison du montant de la réduction du prix de cession de Legrand SA que Schneider Electric a dû consentir au cessionnaire en contrepartie du report de l'échéance de la réalisation effective de la vente de Legrand jusqu'au 10 décembre 2002.

897.- La question d'un recours en annulation des décisions de la JFTC pour des questions de procédure ne semble pas impossible sur le plan théorique, mais force est de constater qu'aucune des rares décisions d'injonction ou d'interdiction prises par l'autorité

[775] TPICE, T-310/01, Schneider Electric v. Commission, Arrêt du Tribunal (première chambre), 22 octobre 2002.
[776] BRUNO et ENGLANDER, « Le TPI désavoue la Commission en matière de contrôle des concentrations : conséquences juridiques et économiques», Ginestier, Paley-Vincent et Associés, Octobre 2002.

japonaise dans le cadre du contrôle des concentrations et ayant fait l'objet d'un appel ne l'a été pour ce motif. Une fois de plus, l'absence de décision officielle jusqu'en 2011 n'a pas donné l'occasion aux parties de faire usage de ce genre de recours, mais au vu du nombre croissant d'affaires analysées en phase II par la JFTC depuis, la probabilité que l'autorité japonaise ne prononce une injonction ou une interdiction, puis que cette décision fasse l'objet d'un recours, devrait logiquement être plus importante.

898.- Bien qu'il soit important que les erreurs de procédure ne soient pas délaissées, ce sont les erreurs sur l'interprétation des règles du contrôle des concentrations qui sont les plus à même d'enrichir la doctrine en la matière.

B. Les recours pour erreur d'interprétation des règles du contrôle des concentrations.

899.- La question de leur capacité à se prononcer sur le fond des affaires a suscité nombre d'interrogations par le passé[777]. Toutefois, les autorités françaises et européennes ont toutefois réussi à relever ce défi de manière satisfaisante. Tout d'abord, le TUE, qui dès l'arrêt Airtours / First Choice[778], n'a pas hésité à remettre en cause l'analyse des marchés faite au préalable par la Commission, affirmant que celle-ci avait sous-estimé les réactions d'une multitude d'acteurs sur le marché, réactions propres à contrebalancer la position dominante collective alléguée. Le Conseil d'Etat a quant à lui accumulé une expérience certaine en la matière, en évaluant dans un premier temps la qualité et la cohérence de l'argumentation des décisions du ministre ou le cas échéant des avis du Conseil de la concurrence[779], choix judicieux à mi-chemin entre fond et forme, et qui a permis à la fois de révéler des raisonnements peu solides, et de donner en quelque sorte une leçon de rigueur indépendante des questions techniques de l'affaire.

900.- La pratique du Conseil d'Etat a cependant bien évolué depuis sur le plan du fond, comme on peut le constater dans les premiers recours intentés contre des décisions de l'ADLC. Ainsi, dans l'arrêt Métropole Télévision[780], le Conseil a débouté M6 de sa demande d'annulation de l'autorisation de concentration entre TF1, NT1 et TMC, et a par ailleurs approuvé les engagements proposés par les parties à cette opération. De la même façon, dans

[777] COT et LA LAURENCIE, op. cit., p. 453.
[778] TPICE, arrêt du tribunal (cinquième chambre élargie), T-342/1999, Airtours/First Choice v. Commission, 6 juin 2002.
[779] GLAIS, op. cit., p.526.
[780] Arrêt du Conseil d'Etat n°338197, dit Métropole Télévision, 30 décembre 2010.

l'arrêt Mr. Bricolage et Bric'Oléron[781], où la société Mr Bricolage a formé un recours sur les engagements qui lui ont été imposés par l'ADLC, le Conseil d'Etat a non seulement accepté d'examiner l'affaire, alors même que l'intérêt à agir de Mr. Bricolage était limité dans la mesure où son projet de concentration a été accepté, mais a ici aussi fait le choix d'approuver l'analyse de l'ADLC.

901.- La pratique japonaise en la matière est assez difficile à juger, pour deux raisons principales, à savoir la rareté des décisions et leur ancienneté. En effet, il y a eu en tout deux affaires de concentration ayant fait l'objet d'un appel devant la JFTC, à savoir la fusion entre Fuji et Yawata de 1969, et la prise de participation de la société de chemins de fer d' Hiroshima de 1973. Dans la première, l'opération de concentration entre Fuji et Yawata avait d'abord été interdite par la JFTC pour cause de quasi-monopole sur plusieurs marchés de produits sidérurgiques, l'autorité japonaise ayant doublé son interdiction d'une demande d'arrêt d'urgence à la Cour d'appel de Tokyo selon la procédure de l'article 70-13 de l'AML vue plus haut, procédure acceptée par la Cour. Seulement, les entreprises en question n'ont pas accepté cette décision, et ont fait appel conformément à l'article 49 de l'AML. La JFTC a alors ouvert un procès durant lequel les entreprises Fuji et Yawata ont proposé d'elles-mêmes un certain nombre d'engagements consistant en la cession de plusieurs infrastructures, comme des hauts fourneaux[782] par exemple, à divers concurrents. La JFTC a alors repris ces engagements et prononcé un jugement d'accord, autorisant ainsi la fusion entre les deux entreprises sous réserve d'engagements.

902.- La procédure adoptée pour la société de chemins de fer d'Hiroshima est assez similaire. La JFTC a tout d'abord prononcé une injonction visant à la cession de la totalité de la prise de participation d'Hiroshima Railways dans Hiroshima Bus, et du renvoi des dirigeants impliqués. Hiroshima Railways a alors fait appel de la décision, et suite à l'ouverture du procès, la JFTC a finalement accepté qu'Hiroshima Railways conserve une faible partie de sa participation, mais a tout de même exigé que celle-ci cède la majeure partie de ses actions à une société tierce, et procède au renvoi de ses dirigeants envoyés chez Hiroshima Bus. Ainsi, dans ces deux affaires la JFTC s'est montrée relativement conciliante, puisqu'elle a rendu des jugements d'accord, bien que dans le cas d'Hiroshima Railways, la participation avait été rendue minoritaire, la relation concentrative entre celle-ci et Hiroshima Bus devenant alors très ténu. Ces décisions ont certes un intérêt historique certain, en ce

[781] Arrêt du Conseil d'Etat n° 337533 et n°338594, dit Mr Bricolage et Bric'Oléron, 23 décembre 2010.
[782] HAYASHI, op. cit., p. 700.

qu'elles ont permis d'établir certains principes de base du droit japonais des concentrations, mais ne sont de toute évidence pas représentatives de la pratique actuelle en la matière. Il est certain que si une opération similaire se produisait de nos jours, ce qui a été le cas dans une certaine mesure avec la fusion entre Shin Nihon Seitetsu et Sumitomo Seitetsu décrite plus haut, la JFTC prendrait le soin de négocier les engagements durant la procédure de notification, plutôt que d'interdire l'opération pour finalement l'autoriser sous engagements au prix d'une longue procédure.

903.- L'ensemble de ces décisions pose la question de l'utilité des recours dans le domaine du contrôle des concentrations.

II. l'utilité du recours des décisions.

904.-Jusqu'à présent, les recours en matière d'opérations de concentration se sont montrés extrêmement rares, rareté qui va de pair avec le faible nombre de décisions négatives prononcées par les autorités français, européennes et japonaises de contrôle des concentrations. Le faible nombre de recours effectivement admis par les autorités d'appel (A), ne doit toutefois pas faire douter de leur nécessité (B).

A. Des recours rarement fructueux.

905.- L'ensemble des observations présentées dans le cadre de cette étude consacrée aux recours de décisions prises dans le cadre du contrôle des concentrations emportent deux conclusions qu'il convient d'analyser en profondeur, à savoir l'utilité d'un recours contentieux dans le cadre d'une procédure dominée par la notion de négociation, et plus généralement la raison d'être d'un tel recours au vu de la rareté de son utilisation. Tout d'abord, les décisions d'interdiction des opérations de concentration sont rares, et bien que le système risque d'évoluer vers plus de sévérité, de telles décisions resteront à priori exceptionnelles. De plus, comme le démontre assez bien l'arrêt Mr Bricolage/Bric'oléron évoqué plus haut, il est compliqué pour une entreprise obligée de concéder des engagements

d'attaquer l'appréciation du pouvoir de marché faite par l'ADLC afin de faire valoir que cette prise d'engagements était en fait inutile[783].

906.- En outre, lorsque l'on examine les prises de position de la JFTC, dans la fusion entre Shin Nihon Seitetsu et Sumitomo Seitetsu par exemple, on s'aperçoit que l'autorité japonaise a adopté une politique concurrentielle relativement permissive vis-à-vis des opérations de concentration entre les grandes entreprises japonaises afin de leur assurer une plus grande compétitivité sur le plan international. Une telle attitude laisse à penser que la probabilité du prononcé d'injonctions ou d'interdictions en vertu des articles 17 ou 18 de l'AML et ouvrant droit à un recours est quasi nulle, et reléguant ainsi la notion de recours en droit des concentrations au stade de curiosité historique.

907.- En ce qui concerne les recours adressés par les parties à la concentration et attaquant les décisions de la Commission, bien qu'au début des années 2000, celle-ci ait été désavouée par le TUE, qui avait à l'époque critiqué sévèrement la légèreté son analyse du marché, notamment dans des opérations de concentration conglomérales[784], il semble toutefois que cette attitude se soit estompée. A titre d'exemple, dans la récente affaire Ryanair / Air Lingus, les parties ont effectué un recours de la décision d'interdiction de la Commission, mais le TUE à cette fois-ci confirmé l'interdiction prononcée par cette dernière, alors même que Air Lingus invoquait dans son recours les décisions Schneider / Legrand et Tetra Laval / Sidel[785]. Ainsi, tout comme le Conseil d'Etat a récemment montré sa solidarité vis-à-vis de l'ADLC, il semblerait que le TUE soit désormais moins critique envers la Commission, attitude qui rendra d'une part les recours en annulation contre les décisions d'interdiction moins fructueux, et aura d'une manière générale un effet dissuasif sur ce type de recours. Il conviendra d'observer de près le jugement du TUE concernant le recours introduit par Olympic Air et Aegean Airlines suite à la décision d'incompatibilité de la Commission commentée plus haut pour voir si cette impression de cohésion entre les deux juridictions se confirme[786].

[783] Arrêt du Conseil d'Etat « Mr. Bricolage et Bric'Oleron » précité, voir la partie « Sur l'appréciation, par l'Autorité de la concurrence, du pouvoir de marché de la nouvelle entité à l'issue de l'opération litigieuse ».
[784] GLAIS, op. cit., p.530.
[785] TUE, Air Lingus plc c. Commission, affaire T-411/07, 6 juillet 2010.
[786] REUTERS, "Olympic Air, Aegean to appeal EU merger block", 2 mars 2011, disponible à cette adresse: http://www.reuters.com/article/2011/03/02/uk-greece-olympic-idUSLNE72105P20110302

908.- Ce constat peut apparaître comme décourageant pour toute partie insatisfaite d'une décision d'interdiction ou d'injonction, mais ne doit pas remettre en cause l'existence de ces mécanismes d'appel des décisions.

B. La nécessité de la possibilité d'appel des décisions de contrôle des concentrations.

909.- Par conséquent, et ce quelle que soit la juridiction, il semble qu'en l'état actuel de l'évolution de la pratique du contrôle des concentrations par les autorités qui en ont la charge, les chances de succès des recours contre les décisions d'interdiction introduits par des parties insatisfaites semblent très mince, et mieux vaut pour ces dernières soit accepter de concéder des engagements convaincants, soit abandonner tout simplement le projet de concentration si les engagements proposés ne suffisent pas, ou si au contraire les engagements suggérés sont inacceptables aux yeux des parties à la concentration. En revanche, les recours introduits par les tiers, lorsque ceux-ci respectent les conditions posées par les autorités d'appel, apparaissent comme une option importante. En effet, autant les décisions d'interdiction font l'objet d'une longue procédure approfondie au cours de laquelle de multiples vérifications sont effectuées afin d'être sûr que l'opération ne peut pas être autorisée, procédure laissant de ce fait peu de place aux erreurs, autant les décisions d'autorisation ou d'engagements de phase I sont, de par leur rapidité, plus sujettes à un oubli de la part des autorités de contrôle. Il est donc primordial que les entreprises ou les personnes se sentant lésées par une décision aient ne serait-ce que la possibilité de bénéficier d'un droit à être entendu par une juridiction compétente à ce sujet.

910.- Il est fort regrettable qu'à ce sujet, la législation japonaise n'offre aucune possibilité aux tiers de s'exprimer sur une décision concernant une opération de concentration, absence que l'on peut rapprocher de la procédure de recours japonaise, qui apparait comme particulièrement inadéquate avec un contrôle des concentrations moderne. Si l'absence d'utilisation de cette voie de recours depuis près de 40 ans dans le cadre du contrôle des concentrations est un argument convaincant de l'inutilité d'une réforme de cette dernière, l'avènement de la nouvelle procédure privilégiant des analyses en phase II plus fréquentes augmente malgré tout les chances d'une décision d'interdiction. Comme souvent, seule la pratique répétée de cette voie de recours révèlera son incohérence aux yeux des autorités japonaises et pourra amorcer un mouvement de réforme, mouvement qui semble déjà s'opérer

puisque cette procédure est commune aux autres injonctions et interdictions prononcées par la JFTC, et qui est critiquée par de nombreux professeurs et professionnels du droit[787].

911.- Pour conclure sur la comparaison entre les procédures françaises, européennes et japonaises du contrôle des concentrations, le principal constat qui s'impose est celui de l'harmonisation. Les nombreuses différences procédurales relevées dans les développements précédents sont principalement des différences de la pratique passée des diverses autorités de contrôle. On remarque désormais que les procédures récentes, tant dans la forme de la procédure que dans le fond des décisions prononcées, sont très similaires, et que cette similarité se poursuivra vraisemblablement au fur et à mesure que les autorités seront appelées à coopérer sur des affaires de notification parallèles[788]. En outre, cette harmonisation s'opère à un rythme en perpétuelle accélération. Un tel constat n'aurait pu être fait il y a seulement deux ans, lorsque la JFTC pratiquait encore son contrôle des concentrations dans le cadre des discussions préliminaires, et à fortiori il y a quatre ans, lorsque le contrôle des concentrations français était pour sa part aux mains du ministre de l'économie.

[787] SHIRAISHI, op. cit., p.257.

[788] Il n'existe pas de convention bilatérale entre l'ADLC et la JFTC, mais ces deux autorités peuvent coopérer dans le cadre de conventions multilatérales comme l'ICN ou encore l'OCDE dont elles font toutes les deux parties. Une convention de coopération bilatérale entre la Commission européenne et le Japon a été conclue en 2003 (JOUE L 183 du 22 juillet 2003, p. 12), et concerne l'ensemble de l'activité de concurrence de ces deux autorités, y compris le contrôle des concentrations.

CONCLUSION : LES DEFIS DES CONTROLES NATIONAUX DES CONCENTRATIONS FACE A LA MONDIALISATION

912.- Le contrôle des concentrations, autrefois réservé à une petite élite de pays développés, est désormais pratiqué par de nombreux pays sur tous les continents du globe, et au degré de développement économique et social très disparate. Chaque pays disposant de la souveraineté, et poursuivant des intérêts propres à sa politique économique, aux objectifs de politique concurrentielle défendus par les pays les plus convergents s'opposent parfois des objectifs de politique industrielle nationale très forts, et peu différents dans leur principe de ceux du Japon et de la France des trente glorieuses. S'il est fort probable qu'à long terme une harmonisation globale des politiques concurrentielles, et par extension des contrôles des concentrations connaîtra une forme d'achèvement, la tendance actuelle est plutôt à l'affirmation du droit de la concurrence des principaux géants des pays émergents que sont l'Inde, la Chine et le Brésil[789]. Ce nouveau contexte pose des questions cruciales aux « anciens » contrôles des concentrations, dont font partie la France et le Japon, dont les principales sont l'application extraterritoriale du contrôle des concentrations (I) et l'importance de la coopération dans le cadre du contrôle des concentrations (II).

I. L'application extraterritoriale du contrôle des concentrations.

913.- La notion d'application extraterritoriale du contrôle des concentrations pose la question de La sphère d'influence d'une autorité de contrôle nationale ou supranationale comme la Commission européenne, et jusqu'à quel point elle peut estimer qu'une opération de concentration entre dans son champ de compétence. Si cette théorie se justifie de plusieurs manières (A), elle connaît toutefois de nombreuses dérives (B).

[789] FULLERTON et ALVAREZ, *Convergence in International Merger Control*, in Antitrust, Vol. 26, n°2, 2012, p.20.

A. Les justifications de l'application extraterritoriale du contrôle des concentrations.

914.- Le contrôle des concentrations a pour particularité de s'intéresser à l'état de la concurrence sur un marché donné, dont la définition est une des composantes les plus fondamentales. Le marché a traditionnellement une dimension de produits, et une dimension géographique, autrefois limitée à un seul pays ou une seule région, et désormais à vocation mondiale. Lorsqu'une opération de concentration est réalisée par des entreprises issues de la même région géographique que l'autorité qui l'examine, comme lorsque la JFTC se penche sur une fusion entre deux entreprises japonaises, ou que la Commission analyse une opération réalisée entre des acteurs européens, il ne se pose guère de question quant à la légitimité de cette analyse par ladite autorité de contrôle, et la dimension mondiale du marché va essentiellement servir à déterminer si des concurrents se trouvant dans d'autres régions du globe doivent être pris en compte lors du calcul des parts de marché de l'entreprise par exemple.

915.- En revanche, le problème devient plus complexe lorsqu'une opération de concentration entre deux entreprises sur un territoire donné affecte l'ordre concurrentiel et les prix sur un territoire plus éloigné. On distingue ainsi deux attitudes vis-à-vis de l'application extraterritoriale du droit de la concurrence, et par extension du contrôle des concentrations. Tout d'abord, un Etat peut considérer que sont soumises à son contrôle des concentrations uniquement les entreprises qui ont une activité sur leur territoire, ce qui correspond au principe de territorialité bien connu en droit international public[790]. Le deuxième principe est celui de la théorie dite « des effets », selon lequel une opération de concentration doit être notifiée auprès d'une autorité de contrôle à partir du moment où cette opération produit des effets sur le territoire de cette autorité, et ce indépendamment de la présence ou de l'activité directe de ces sociétés sur ledit territoire.

916.- Les Etats-Unis furent le premier système à avoir adopté la théorie des effets en matière de droit de la concurrence, en estimant dès 1945 que le Sherman Act s'appliquait également aux entreprises étrangères réalisant des ventes sur le territoire américain et aux succursales d'entreprises américaines situées à l'étranger dans l'arrêt Alcoa, concernant un cartel entre la succursale canadienne de l'entreprise Alcoa et des entreprises

[790] Sur le thème de l'extraterritorialité, voir STERN, *Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit*, in Annuaire français du droit international, n°32, 1986, pp. 7-52.

européennes sur le marché de l'aluminium[791]. Ils furent suivis, plusieurs années plus tard, par la Commission européenne, qui a d'abord affirmé ce principe dans l'affaire de la « pâte de bois », affaire dans laquelle la Commission soupçonnait un cartel visant à fixer les prix de ce matériau utilisé pour la fabrication du papier entre des pays ne faisant alors pas partie de l'Union européenne[792]. La CJUE avait à l'époque annulé la décision de la Commission par manque de preuve établissant l'existence d'un cartel en concluant en un simple parallélisme des comportements, et avait nuancé la théorie des effets exprimée par la Commission en précisant que celle-ci pouvait appliquer le droit communautaire de la concurrence lorsqu'il y avait mise en œuvre de l'acte répréhensible sur le territoire de la communauté, ce qui a été interprété comme une version plus étroite de la théorie américaine des effets[793]. La FTC a ensuite étendu ce principe aux opérations de concentration dans ses lignes directrices sur l'application extraterritoriale du droit antitrust américain[794], et la Commission lors de l'affaire Gencor/Lonrho impliquant des sociétés sud-africaines actives sur le marché du platine[795].

917.- De par la dimension et la place stratégique des Etats-Unis et de l'Union européenne dans l'ordre concurrentiel mondial, il est peu surprenant que la FTC et la Commission européenne connaissent une application extraterritoriale de leur contrôle des concentrations. La question est cependant plus délicate pour l'ADLC et la JFTC, La France et le Japon occupant désormais une place plus secondaire dans cet ordre concurrentiel. Le contrôle français des concentrations n'a vraisemblablement pas connu d'affaires dans lesquelles son éventuelle application extraterritoriale aurait été mise en œuvre, mais il est toutefois possible d'estimer qu'une opération de concentration dont les parties se situent hors de l'Europe et sont suffisamment puissantes pour que ladite opération ait des répercussions sur le marché français tombera vraisemblablement sous la coupe du droit communautaire des concentrations, et sera par conséquent examinée par la Commission. Toutefois, comme l'a montré l'affaire de la pâte de bois, la notion européenne d'application extraterritoriale est beaucoup plus stricte que celle appliquée par la JFTC.

[791] *United States vs. Aluminium Co. Of America*, 148 F2d 416 (2nd Cir. 1945).
[792] CJCE, « A. Ahlström Osakeyhtiö et autres contre Commission des Communautés européennes », affaires jointes 89, 104, 114, 116, 117 et 125 à 129/85.Recueil de jurisprudence 1988 p.5193.
[793] BOTTA, *Merger Control Regimes in Emerging Economies: A Case Study on Brazil and Argentina*, Kluwer Law International, 2011, p. 263.
[794] FTC et DoJ, Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations, 1er avril 1995.
[795] TUE, affaire T-102/96, Gencor Ltd contre Commission des Communautés européennes, 25 mars 1999, *Recueil de jurisprudence 1999 page II-00753*

918.- La situation est en revanche différente pour le Japon, puisque d'une part ce dernier ne peut pas se reposer sur un contrôle supranational comme le fait la France, et qu'il est tout à fait possible qu'une opération de concentration étrangère ne l'affecte sans que la Commission européenne ou les Etats-Unis ne soient concernés par exemple. Devant cette nécessité de développer sa propre extraterritorialité, la JFTC a très récemment commencé à faire entendre sa voix dans trois affaires, à savoir le cartel mondial sur le marché des tuyaux marins, le cartel asiatique du marché des tubes cathodiques, et l'affaire de création d'une entreprise commune entre BHP Billington et Rio Tinto déjà mentionnée plus haut, mais il s'est agi pour la plupart des affaires d'une application passive où la JFTC fut sollicitée par d'autres autorités dans un cadre de coopération internationale, ou encore de la notification spontanée de ces deux entreprises auprès de la JFTC, l'autorité japonaise en ayant alors profité pour essayer d'affirmer sa compétence extraterritoriale. Il apparait toutefois opportun que celle-ci affirme sa cette compétence plus activement, et n'hésite pas à légiférer pour protéger les intérêts des consommateurs japonais[796].

919.- Les Etats-Unis n'ont pas hésité à développer une compétence extraterritoriale aux justifications peu convaincantes et abuser de la notion pour servir des intérêts bien différents de la libre concurrence, et il se peut que certains Etats suivent le même chemin.

B. Les dérives de cette application extraterritoriale.

920.- Le contrôle des concentrations a ceci de particulier qu'il confronte des entreprises privées à des autorités de contrôle faisant partie de l'administration d'un Etat, d'une organisation supranationale, ou parfois même de son gouvernement. Bien que le contrôle des concentrations tienne davantage de l'autorisation administrative que de la procédure accusatoire, il n'en résulte pas moins que ces rapports entre personnes privées et administration sont par nature inégaux, et qu'il est par conséquent nécessaire que les autorités de contrôle aient conscience de cet état de fait, et traitent les entreprises avec justice et équité.

[796] HOSHI, « 独占禁止法の域外適用：欧米における競争法の域外適用理論の進展と日本におけるその受容と新展開に関する一考察 » (*L'application extraterritoriale de l'AML : une réflexion sur le développement de la théorie de l'application extraterritoriale du droit de la concurrence en Europe et aux Etats-Unis, sa réception et son nouveau développement au Japon*) , thèse soutenue le 23 mars 2011 à l'université de Hitotsubashi, Tokyo, et disponible à cette adresse : http://hermes-ir.lib.hit-u.ac.jp/rs/bitstream/10086/19081/2/0201100201.pdf

Alors qu'il existe aujourd'hui un certain consensus entre les pays les plus expérimentés en matière de droit de la concurrence estimant que la régulation des marchés internationalisés passe par une politique concurrentielle assortie d'un contrôle des concentrations ayant pour objectif la libre concurrence et le bien-être des consommateurs, les pays émergents ont parfois des velléités de politique industrielle incompatibles avec un tel consensus. Il devient alors d'autant plus compliqué pour les entreprises de faire valoir leurs projets de concentration qu'une autorité peut estimer que leur opération de concentration a des effets néfastes sur son marché, et leur imposer des engagements disproportionnés ou inefficaces pour privilégier les entreprises de son propre pays.

921.- A l'heure actuelle, la Chine est la parfaite illustration de ce type de propos. Le pays a adopté un nouveau droit de la concurrence en 2008, introduisant un contrôle des concentrations très proche de celui utilisé par la Commission européenne, avec un système de notification *ex-ante* et un examen des opérations de concentration en deux phases confié au ministère chinois du commerce (ci-dessous MOFCOM)[797]. Seulement, les objectifs de ce contrôle des concentrations dépassent largement le simple cadre d'une politique concurrentielle telle que celle défendue par les Etats-Unis ou la Commission européenne, pour se rapprocher davantage d'une véritable politique industrielle favorisant les intérêts économiques des entreprises chinoises[798]. La Chine a démontré dans certaines décisions une conception extensive de sa compétence, comme par exemple dans l'affaire Inbev/Anheuser-Busch, fusion entre deux géants mondiaux sur le marché de la bière détenant des marques leaders dans de nombreux marchés tels que Budweiser, Stella Artois et Beck's. Bien que cette affaire n'ait eu aucune répercussion directe sur le marché géographique chinois, la détention d'une participation de 29% dans la brasserie chinoise Zhuijang Brewery par Inbev, et celle de 27% détenue par Anheuser-Busch dans Tsingtao a conduit l'autorité chinoise de contrôle à autoriser l'opération sous un certain nombre de conditions, dont l'interdiction d'augmenter leur participation dans lesdites brasseries chinoises, et l'interdiction de prendre des participations dans China Resources Snow Breweries ou dans Beijing Yanjing Brewery, respectivement première et troisième brasserie du pays[799].

[797] ZHANG et ZHANG, *Chinese Merger Control: Pattern and Implications*, in Competition Policy International, 2011.
[798] EMCH, *Chinese Merger Control : Where Do We Stand ?* , in The Theshold, Volume 11, n°2, printemps 2011.
[799] HUI, *The first announced merger control decision under the Anti-monopoly Law*, in China Law & Practice, décembre 2008/ janvier 2009, disponible à cette adresse:

922.- C'est toutefois dans la décision sur le rachat de Sanyo par Panasonic que la Chine a affirmé clairement son admission de la théorie des effets. Dans cette affaire, les principales inquiétudes en matière de concurrence concernaient le marché des batteries, l'entreprise résultant de l'opération détenant une part de marché significative sur ce dernier. L'opération fut autorisée suite à la collaboration de la FTC, de la JFTC et de la Commission européenne sous réserve de la cession de l'activité de confection de batteries au nickel, incluant une usine, à FDK Corporation, une entreprise filiale du groupe japonais Fujitsu[800]. Le MOFCOM ne s'est pas montré satisfait de cette décision qui avait pourtant convaincu les autorités japonaises, américaines et communautaires de contrôle des concentrations, et arguant à juste titre que l'opération avait également des répercussions sur le marché chinois des batteries, a autorisé l'opération sous des conditions très spécifiques après deux mois de négociations avec les parties, et de nombreuses consultations de clients et de concurrents chinois de ces dernières.

923.- En effet, l'autorité chinoise ayant identifié une restriction concurrentielle sur trois marchés de batteries différents, dont deux à portée mondiale, elle a exigé la cession de l'usine japonaise de piles-bouton de Sanyo à un tiers, la vente de l'usine détenue par Panasonic à Wuxi en Chine, ou celle détenue par Sanyo à Suzhou en Chine à un tiers, et enfin, la cession des capacités de production de Panasonic en matière de piles au lithium cylindriques au Japon et à Hunan, en Chine, à un tiers[801]. On constate ainsi que non seulement l'autorité chinoise s'est montrée beaucoup plus sévère que ses homologues japonais et occidentaux, mais qu'elle a imposé parmi ses mesures de cessions d'infrastructures en Chine, afin de permettre à des entreprises chinoises de les acquérir. Il apparaît ainsi évident que la Chine dispose déjà d'une certaine maîtrise des concepts fondamentaux du contrôle des concentrations, mais qu'elle les utilise aussi à des fins de politique industrielle pour diminuer les capacités d'entreprises étrangères au profit d'entités nationales[802].

924.- Une autre pratique se développant dans de nombreux pays adoptant un contrôle des concentrations est celle des frais de notification. Bien que la France et le Japon

---

http://www.chinalawandpractice.com/Article/2070493/Channel/16143/The-first-announced-merger-control-decision-under-the-Anti-monopoly-Law.html

[800] Commission européenne, COMP/M. 5421, Panasonic/Sanyo, 29 septembre 2009.

[801] ROSS, WOLL et ZHOU, *China's Clearance of the Panasonic/Sanyo Transaction with Conditions*, 13 novembre 2009, disponible à cette adresse: http://www.wilmerhale.com/chinas_clearance_of_the_panasonicsanyo_transaction_with_conditions_11-13-2009/

[802] EMCH, op. cit., p. 51.

ne l'appliquent pas, cette pratique est ancienne, et fut d'abord adoptée aux Etats-Unis, puis dans de nombreux pays d'Europe occidentale où elle est toujours en vigueur. Les méthodes de détermination des montants sont très diverses, et ceux-ci peuvent varier entre quelques centaines d'euros et plusieurs dizaines de milliers d'euros selon les autorités[803]. Cependant, les dangers de l'extension de cette pratique à de nombreuses autorités, couplée à la définition de plus en plus fréquente de marchés mondiaux et de compétence extraterritoriale des autorités indique qu'il pourrait être assez facile et fructueux pour certaines autorités d'exiger une notification systématique d'opérations de concentration de dimension mondiale, indépendamment des effets anticoncurrentiels desdites opérations, dans le simple but de prélever des frais de notification. Indépendamment de l'intention réelle de contrôle des opérations de concentration par les ANC, les opérations de concentration incluent de plus en plus de frais pour les entreprises parties à la concentration, et il serait par conséquent appréciable que lesdites autorités ne profitent pas abusivement de leur compétence pour taxer les entreprises sur leurs opérations[804].

925.- Il apparaît souhaitable qu'avec l'intrication toujours plus grande des entreprises au niveau mondial et des opportunités de concentration dans un nombre grandissant d'économies en plein développement, de nombreux systèmes se dotent d'un contrôle de la concentration pour renforcer la régulation de la concurrence sur l'ensemble du globe. S'il est important que les ANC les plus modestes ne se reposent pas systématiquement sur les autorités les plus influentes comme la FTC ou la Commission européenne pour procéder à l'examen des opérations les plus importantes, il est également primordial pour la sécurité juridique que ce cadre de contrôle soit homogène, et que les ANC n'abusent pas de leurs nouvelles compétences pour des intérêts discriminatoires de politique industrielle. La France et le Japon ont jusqu'à présent peu manifesté leur compétence en matière de compétence extraterritoriale, probablement parce que les deux pays n'appliquent plus de politique industrielle les incitant à le faire.

926.- Pour toutes ces raisons et bien d'autres encore, il est plus que jamais nécessaire de renforcer la coopération internationale en matière de contrôle des concentrations.

[803] ICN, "Merger Notification Filing Fees", 2005.
[804] ROWLEY et WAKIL, *International Mergers: The Problem of Proliferation*, 33rd Annual Conference on International Antitrust Law & Policy, Fordham Competition Law Institute, Fordham University School of Law, New York City, 2007.

II. L'importance de la coopération dans le cadre du contrôle des concentrations.

927.- La multiplication des opérations de concentration nécessitant une notification simultanée auprès de plusieurs autorités de concurrence entraîne nécessairement le besoin pour les diverses autorités d'échanger des informations et de s'assurer qu'elles traitent les opérations de manière homogène. Cette coopération doit ainsi être intégrée dans un cadre organisé (A), et les autorités les plus expérimentées doivent participer à la formation de leurs homologues plus jeunes (B).

A. L'importance d'une coopération organisée.

928.- La coopération entre les diverses autorités en charge du contrôle des concentrations doit reposer sur des bases solides, et sur une entraide mutuelle pour traiter les affaires les plus complexes. Historiquement, le premier type de coopération ayant vu le jour s'est matérialisé sous la forme d'accords bilatéraux entre deux autorités. Le Japon a ainsi commencé à conclure des accords de coopération en matière de droit de la concurrence à la fin des années quatre-vingt-dix, et coopère actuellement avec les Etats-Unis, l'Union européenne et le Canada en la matière, et dispose d'accords de coopération économique incluant des aspects de droit de la concurrence avec d'autres pays[805]. Bien que l'ADLC semble coopérer avec de nombreuses autorités différentes au travers le monde, elle n'a pas jugé nécessaire de dévoiler le contenu de ces divers accords, et les évoque de manière assez vague sur son site internet[806]. En matière d'accords bilatéraux avec des ANC ou des autorités supranationales de contrôle la Commission européenne a fourni de très importants efforts, puisqu'elle dispose d'accords bilatéraux avec près de quatre-vingts autorités de contrôle de par le monde[807]. Elle a par ailleurs conclu un accord spécifique en matière de contrôle des concentrations avec les Etats-Unis en 2011, très vraisemblablement pour éviter à l'avenir des discordances comme celles qui avaient pu intervenir lors des célèbres affaires Boeing/McDonnell Douglas ou GE/Honeywell[808].

[805] Les accords passés entre la JFTC et ces diverses autorités sont disponibles à cette adresse (en anglais) : http://www.jftc.go.jp/en/international_relations/agreements/index.html
[806] Voir la section : « activités bilatérales » sur le site internet de l'ADLC : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=354&id_article=1288
[807] La liste et le contenu de ces accords sont disponibles sur le site internet de la DG COMP à cette adresse : http://ec.europa.eu/competition/international/bilateral/index.html
[808] US-EU MERGER WORKING GROUP, « Best Practices on Cooperation in Merger Investigations", 14 octobre 2011.

929.- Il semble toutefois que la coopération entre les autorités passe désormais par des accords multilatéraux voire des organisations internationales dont le but est de réunir plusieurs pays simultanément. Parmi ces accords et ces organisations, on peut citer tout d'abord les organisations régionales, visant à réunir les ANC de plusieurs pays d'une région géographique donnée, démarche somme toute logique puisque plus deux pays sont proches, plus les possibilités d'opérations de concentration entre leurs entreprises respectives sont importantes. Le continent européen est sans conteste champion en la matière, et de nombreux accords et organisations de ce type ont vu le jour et continuent à fonctionner activement. Parmi celles-ci, on trouve notamment l'association des autorités européennes de concurrence (ECA), fondé en avril 2001 permettant de coordonner les activités des ACN des pays de l'Union, de l'accord de libre-échange européen, de la Norvège, de l'Islande et du Liechtenstein et de travailler en complémentarité avec la Commission. Sur le continent africain, de nombreux accords de coopération économique entre plusieurs Etats contiennent également des dispositions de coopération en matière de droit de la concurrence. On peut citer par exemple la South African Development Community, unissant une quinzaine de pays du sud de l'Afrique et encourageant à la création d'un cadre de coopération international entre les pays membres, bien que ces dispositions semblent encore rencontrer des difficultés d'application[809].

930.- Enfin, le nombre le plus important d'accords multilatéraux se situe au niveau international, où on trouve un très grand nombre d'organisations s'occupant directement ou indirectement de questions relatives au droit de la concurrence et au contrôle des concentrations. Les organisations les plus actives sont l'OCDE, qui a consacré de nombreux rapports et tables rondes en matière de contrôle des concentrations, et bien entendu l'ICN, qui regroupe désormais 104 autorités de 92 pays différents, et dont la particularité est d'être une organisation non gouvernementale réunissant exclusivement les autorités de concurrence, dans le but de renforcer leur coopération et d'harmoniser leurs pratiques[810]. Il est à signaler que la France et le Japon sont des membres actifs de ces deux organisations depuis leur création respective, le siège de l'OCDE se trouvant d'ailleurs à Paris. Un certain nombre d'initiatives gouvernementales pour renforcer la coopération internationale en matière

[809] SAKATA, "Are Southern African competition law regimes geared up for effective cooperation in competition law enforcement?", 27 septembre 2011, disponible sur le site internet de l'autorité sud-africaine de concurrence:
http://www.compcom.co.za/assets/Uploads/events/Fifth-Annual-Conference/African-Regional-cooperation-PaperFinal-27-Sept-11-.pdf
[810] ICN, « ICN Fact Sheet and Key Message », Avril 2009.

de droit de la concurrence avaient eu lieu au niveau de l'OMC à partir de 1996, pour éventuellement créer un jour une autorité de concurrence supranationale équivalente à la Cour Internationale de Justice en matière pénale, mais devant la complexité de la tâche, il fut décidé en 2004 que l'OMC ne s'occuperait plus de questions directes de concurrence[811]. On constate ainsi que la coopération internationale entre les ANC est d'autant plus cruciale que les disparités en matière de développement économique et de politique concurrentielle restent importantes selon les pays, et qu'il apparaît peu réaliste à l'heure actuelle d'établir une organisation internationale ayant une quelconque force obligatoire sur les pays membres.

931.- La coopération par la formation est par conséquent une des solutions les plus efficaces pour réduire ces disparités entre les politiques concurrentielles des Etats.

B. La nécessité de la coopération entre les pays expérimentés et les pays novices.

932.- Outre la coopération entre les autorités en charge du contrôle des concentrations en matière d'échange d'informations sur une affaire qu'elles ont communément la tâche d'examiner, une autre forme de coopération entre les autorités existe, dans le but d'améliorer les aptitudes générales en matière de traitement et d'analyse des diverses affaires auxquelles une autorité de concurrence est susceptible d'être confrontée. Cette forme de coopération, souvent désignée par le terme de « training » en anglais, et de jumelage en français, a un but résolument pédagogique de formation du personnel d'autorités encore jeunes par des membres d'une autorité plus expérimentée. Comme il a été constaté plus haut, les ACN récemment créées sont en général celles de pays dont l'économie connaît un développement favorable (pays d'Afrique et d'Amérique du sud), ou encore de pays passant d'une économie planifiée à une économie libérale, comme c'est le cas pour la Chine, le Vietnam ou la Russie. Par conséquent, ces pays rencontrent parfois des difficultés à implémenter des politiques de concurrence avec une faible implication étatique, à renoncer à leur politique industrielle, ou assainir les relations corrompues entre les pouvoirs politiques et économiques[812].

[811] Voir sur ce sujet le discours de JENNY, « WTO and competition rules: Will there be an explicit consensus? », RIETI, 3 avril 2002, disponible à cette adresse : http://www.rieti.go.jp/en/events/bbl/02040301.html

[812] HAYASHI, op., cit., p. 777.

933.- La France et le Japon, en tant que pays expérimentés en matière de droit de la concurrence, ont participé activement à des programmes d'entraînement et d'information du personnel d'autorités d'autres pays. Au début des années 2000, la France, au travers des services de la DGCCRF, a ainsi apporté son aide à de nombreux pays d'Europe centrale et orientale qui, ayant acquis leur indépendance et adopté une économie de marché, ont manifesté le souhait d'implémenter une politique concurrentielle efficace pour soutenir leur croissance économique suite à leur entrée au sein de l'Union européenne[813]. Avec l'aide d'autres pays d'Europe occidentale ayant comme elle une expérience solide en la matière, comme l'Allemagne ou l'Italie, la France est désormais régulièrement impliquée dans des programmes de ce genre avec des pays d'Afrique du Nord, et un jumelage d'un an est actuellement en cours en Algérie pour renforcer les institutions locales, et sensibiliser les acteurs et les consommateurs sur les enjeux d'une telle politique concurrentielle[814]. La DGCCRF a, pour sa part, entamé en novembre 2011 un programme de coopération avec l'autorité russe de la concurrence pour faire bénéficier cette dernière de son expérience en matière de traitement des pratiques anticoncurrentielles[815].

934.- Dès 1994, le Japon a également commencé à proposer des programmes d'entraînement au sein de la JFTC en recevant des membres d'autorités de nombreux pays étrangers de tous les continents pour des formations d'un mois[816]. En tant que membre éminent de l'APEC, association des pays du sud-est asiatique ayant pour but le développement économique et commercial de la région, il a également participé à de nombreux programmes auprès de ses voisins asiatiques. Ainsi, entre 2002 et 2004, la JFTC a participé à des programmes de formation durant lesquels des professeurs spécialistes de divers aspects du droit de la concurrence et des employés de la JFTC se sont déplacés en Thaïlande, au Vietnam, en Malaisie et en Indonésie pour des conférences théoriques et des sessions en groupe de travail sur des aspects pratiques, et d'une manière générale, la JFTC fournit une assistance technique importante à un grand nombre d'ANC asiatiques, en proposant notamment de former le personnel de ces jeunes autorités à l'identification et au traitement

[813] DGCCRF « Union européenne : l'aide apportée par la DGCCRF aux nouveaux États membres », in Actualités, n°174, avril 2004.
[814] ADETEF, « Algérie, jumelage concurrence », février 2011, disponible à cette adresse : http://www.adetef.fr/61_actu_algerie_jumelage_concurrence.news
[815] ADETEF, **« La DGCCRF signe un accord de partenariat avec le Service fédéral anti-monopole (FAS) de la Fédération de Russie », novembre 2011, disponible à cette adresse :** http://www.adetef.fr/68_actu_russie_partenariat_dgccrf_smf.news
[816] JFTC, « Technical assistance projects provided », 2005, disponible à cette adresse: http://www.jftc.go.jp/eacpf/05/technical-a.pdf

adéquat des actes anticoncurrentiels susceptibles de survenir au sein de ces économies au développement encore récent pour certaines d'entre elles[817].

935.- D'une manière générale, il est satisfaisant de constater que la France et le Japon ont rapidement compris l'intérêt de former le plus tôt possible les ANC de pays en développement pour que ceux-ci puissent achever un développement économique basé sur des valeurs saines d'efficience et de libre commerce. On remarque toutefois que ces deux pays ont tendance à se préoccuper de pays relativement proches (Europe centrale et orientale et Afrique du nord pour la France ; Asie du sud-est pour le Japon), ce qui est logique au vu des longues relations politiques, économiques et commerciales qu'ils entretiennent avec ces pays voisins depuis de nombreuses années, mais qui ne doit pas freiner pour autant l'aide au développement des politiques concurrentielles de pays certes plus éloignés, mais ayant tout autant besoin d'institutions concurrentielles fortes pour poursuivre, et parfois entamer leur développement économique, comme ceux d'Afrique subsaharienne par exemple. La concurrence est certes une affaire de culture, mais comme la France et le Japon l'ont eux-mêmes démontré au cours de leur évolution progressive, cette culture peut s'apprendre et s'intégrer. Il appartient donc aux autorités ayant acquis cette culture de la transmettre, afin de permettre son application à l'échelle de chaque pays, et à long terme d'achever une harmonisation au niveau mondial du droit de la concurrence, et de son outil structurel, le contrôle des concentrations.

[817] Les informations récentes sur le site de la JFTC sont disponibles en japonais seulement à cette adresse : http://www.jftc.go.jp/kokusai/kaigaikatudo.html#dokusenn

BIBLIOGRAPHIE

Traités, ouvrages, manuels et articles de doctrine.

En français :

ARHEL (Pierre), *Révision des restrictions horizontales*, J.C.P. ed. E, n° 20, 20 Mai 2010, act. 271

ARNAUD (Christophe), *le rôle du CECEI en cas d'OPA bancaire et le contrôle des concentrations*, in Concurrences, N°1-2007.

AUBRY (Hélène), *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, Aix-en-Provence, P.U.A.M, 2002.

BAZEX (Michel) et BLAZY (Sophie), *Les dispositions de la LME relatives au contrôle des opérations de la concentration entre entreprises : quelle régulation pour le contrôle des opérations de concentration ?* in Contrats Concurrence Consommation n° 11, Novembre 2008, dossier 7

BOLZE (Christian), *Règles de concurrence. Ententes et positions dominantes. Formes applicables aux demandes et notifications adressées aux autorités européennes. Réglementation nouvelle* , in RTD Com 1995, p. 550

BOSCO (David), *L'année 2010 en droit des concentrations,* in Contrats Concurrence Consommation n° 6, Juin 2011, dossier 4

BOUGETTE (Patrice) :

- *Les procédures négociées en droit de la concurrence*, in Revue internationale de droit économique, 2011, dossier spécial 4, p. 111

-*Le premier retrait d'autorisation de concentration pour non-respect des engagements en France* , in Revue Lamy de la concurrence 2012 - nº30, janvier 2012

BRAULT (Dominique), *Droit comparé de la concurrence : vers un ordre concurrentiel mondial*, Economica, 1995.

BRUNET, COHEN-TANUGI, ENCAOUA, SIRAGUSA, WINCKLER, *La pratique communautaire du contrôle des concentrations, analyse juridique, économique et comparative en Europe, aux Etats-Unis et au Japon*, De Boeck, 1998.

CHAMPAUD (Claude), *Fiducie. Origines et vicissitudes de la résurrection législative d'une très ancienne institution mise hors la loi depuis 181 ans. Nature et portée sociétale de la fiducie en tant que technique juridique de « substitution fidéicommissaire* » », RTD Com 2007, p.728.

CHATRIOT (Alain), *Les ententes : débats juridiques et dispositifs législatifs (1923-1953) La genèse de la politique de la concurrence en France* , in *Histoire, économie & société* Janvier 2008, pp. 7-22.

CLAUDEL (Emmanuelle) :

-*Décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence,* in RTD Com. 2002, p.462

-*les concentrations interbancaires rejoignent le giron du droit commun*, D.2003, p.718.

COT (Jean-Mathieu) LA LAURENCIE (Jean-Patrice), *Le contrôle français des concentrations,* L.G.D.J, 2ème édition, 2003.

COT (Jean-Mathieu), *la banque doit-elle faire l'objet d'un traitement atypique en droit de la concurrence* ? in les actes des ateliers, secteur bancaire, atelier de la concurrence du 20 octobre 2009, DGCCRF, p.16.

COT (Jean-Mathieu) et BLANCHET (Valérie), *Concentrations : Panorama de la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence en 2010* in Concurrences, N°1, 2011, p. 59.

CURTO MILLET, « *Pouvoir de marché, monopole et concentrations. Quelle appréciation au-delà des parts de marché* ? » In Concurrences, N°1 – 2010, colloque « pouvoir de marché, monopole et concentrations », 9 décembre 2009, p. 4.

DAMY (Grégory), *Concentrations bancaires : la compétence controversée des autorités*, D.2003, p1828

DAVID (René) et JOFFRET-SPINOZI (Camille), *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11ème édition, 2002.

DECOCQ (Georges) :

- *Le contrôle des concentrations tient les pratiques anticoncurrentielles en état*, in Contrats Concurrence Consommation n° 1, Janvier 2011, comm. 15.

-*Le droit de la concurrence à l'épreuve de la crise économique et financière,*in Contrats Concurrence Consommation n° 2, Février 2012.

DIDIER (Michel) , *Crise et concentration du secteur productif* , in Economie et Statistique n°144, pp. 3-12.

DURAND, *La définition des marchés pertinents :Ne pas oublier le test du monopole hypothétique*, in Concurrences n°4, 2010, p.34.

FLOCHEL (Laurent), *La prise en compte des gains d'efficacité dans le contrôle des concentrations horizontales* in Les gains d'efficacité et les arguments pro-concurrentiels en matière de concentrations et de pratiques unilatérales, Concurrences, N° 2 – 2010, p.10.

FOHLEN (Claude), *Du nouveau sur la révolution industrielle en France,* in Revue économique, 1955, volume 6, n° 5, pp. 800-808.

FERRIER (Didier) FERRE (Dominique), *Droit du contrôle national des concentrations,* Dalloz Référence, 2004.

GAMBARO (Antonio), SACCO (Rodolfo) et VOGEL (Louis), *Le droit d'Occident et d'ailleurs*, LGDJ, 2011

GLAIS (Michel) :

-*Economie Industrielle*, Litec, 1992.

-*Concentrations des entreprises & Droit de la concurrence*, Economica, 2010.

HERINCKX (Yves), *Le droit de la concurrence au Japon*, in Revue Internationale de Droit Comparé, 1985, p. 322-324.

HOURCADE (Jean-Charles), *Signification et impasses d'un concept banalisé : les économies d'échelle*, in Communications, n° 42, 1985, pp.103-119.

IDOT (Laurence) :

-*La deuxième partie de la loi "NRE" ou la réforme du droit français de la concurrence*, in La Semaine Juridique Edition Générale n° 36, 5 Septembre 2001.

JALABERT-DOURY (Nathalie) et NOUVEL (Laurent), *Le suivi de l'exécution des engagements dans les concentrations françaises,* in Concurrences, n°2, 2007, p.32.

JANIN (Lionel) et MENONI (Benoît), *Le contrôle des concentrations en France : une analyse empirique des avis du Conseil de la concurrence,* in *Economie & prévision, février* 2007, n° 178-179, p. 93-114.

JEANTET (Fernand Charles), *L'esprit du nouveau droit de la concurrence,* in La Semaine Juridique Edition Générale n° 9, 25 Février 1987.

JOÜON des LONGRAIS (Frédéric), *L'est et l'Ouest. Institutions du Japon et de l'Occident comparées*, 1958

KAWANO (Kenji), *Brèves remarques hétérodoxes sur l'histoire moderne du Japon,* in Annales. Économies, Sociétés, Civilisations. 17e année, N. 6, 1962. pp. 1137-1140

KITAMURA (Ichirô), U*ne esquisse psychanalytique de l'homme juridique au Japon*, in Revue Internationale de Droit Comparé, 1987, Volume 39, n°4, pp.791-824.

LESGUILLONS (Caroline) et GRAVISSE (Henry), *Deux ans d'application du règlement communautaire sur les concentrations,* in Revue d'Economie Industrielle n°63, 1993, p.130 et s.

LUCAS DE LEYSSAC (Claude) et PARLEANI (Jacques), *Droit du marché*, PUF (2002)

MAZEAUD (Léon), *Le problème des unions de producteurs devant la loi française*, Paris, 1924.

MORVAN (Yves) : *Fondements d'économie industrielle,* Economica, 2ème édition, 1991.

MOUSSERON (Jean-Marc), SELINSKY (Véronique) et FERRIER (Didier), *Le mort saisit le vif* . - Commentaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, J.C.P Ed. E, n° 1, 8 Janvier 1987.

NODA (Yoshiyuki), *La réception du droit français au Japon, in Revue internationale de droit comparé,* Volume 15, n°3, Juillet-septembre 1963. pp. 543-556.

OSTER (Thomas), *Le contrôle des concentrations en temps de crise : business as usual* ?, in Cahiers de droit de l'entreprise n° 3, Mai 2009, dossier 17 .

PASQUALAGGI (Gilles), *Les ententes en France. Leurs principaux aspects. Les problèmes que pose leur contrôle*, in Revue économique. Volume 3, n°1, 1952. pp. 63-82.

PIROVANO (Antoine), *Droit de la concurrence et progrès social après la loi NRE du 15 mai 2001, Recueil Dalloz* N°1 du 3 Janvier 2002, p.62.

PIETTRE (André) *Concentration et déconcentration en Allemagne occidentale. De l'Accord de Potsdam au plan Schuman* , in Revue économique, volume 2, n°4, 1951. pp. 431-456.

REIFEGERSTE (Stephan), *Notion de marché pertinent du Roquefort*, in J.C.P.éd.E, n° 16, 20 Avril 2006, 1608

RAINELLI (Michel), *Economie Industrielle*, Mémentos Dalloz, 1993.

REY (Patrick), *Participations minoritaires et alliances fluctuantes : enjeux économiques* in *rapprochement d'entreprises non notifiables : les zones grises du droit de la concurrence*, Les actes des ateliers, DGCCRF, 9 déc. 2008.

SAGOU (M'hamed), *Groupes financiers et systèmes productifs : une interprétation à partir de l'analyse de la Compagnie Financière de Paris et des Pays-Bas* (PARIBAS), in Revue d'économie industrielle, volume 11, 1er trimestre 1980, particulièrement pp. 1-3.

SOULE (Gustave), *les coalitions commerciales et industrielles*, Paris, 1905, pp.163-169.

SOUTY (François), *La politique de la concurrence aux Etats-Unis*, Que sais-je ?, PUF, 1995.

STERN (Brigitte), *Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit*, in Annuaire français du droit international, n°32, 1986, pp. 7-52

SUZUKI (Yoshitaka), *Structures d'organisation des entreprises japonaises. Analyse historique comparative*, in Annales, histoire, sciences sociales, volume 49, numéro 3, 1994, p.576 et s.

TIROLE (Jean), *Théorie de l'organisation industrielle*, Economica, 1995.

VIE, *Histoire du Japon des origines à Meiji*, 7e éd., Que sais-je ?, PUF 2002.

VILMART (Christine), *Le transfert du contrôle des concentrations à l'Autorité de la concurrence* in Contrats Concurrence Consommation n° 2, Février 2009

VOGEL (Louis) :

-*Droit français de la concurrence*, Lawlex, 2006.

-*Contrôle des concentrations, 130 décisions commentées*, Lawlex, 2008.

- *Concentration économique et droit de la concurrence*, Economica, 1988

- *Filiales communes et droit communautaire de la concurrence*, J.C.P. Ed. E. n° 23, 10 Juin 1993, 254.

-VOGEL, *Le contrôle direct des opérations de concentration économique depuis l'ordonnance du 1er décembre 1986*, in J.C.P Ed. E., n° 5, 4 Février 1988, 15115.

WILLHEIM (Pascal) et VEVER (Laurent), *La notion de concentration en droit interne et communautaire : tentative de définition*, in Contrat, Concurrence, Consommation n°11, novembre 2007.

WINCKLER (Antoine), BRUNET (François), ENCAOUA (David), COHEN-TANUGI (Laurent), et SIRAGUSA (Mario), *La pratique du contrôle communautaire des concentrations : analyse juridique, économique et comparative, Europe, Etats-Unis, Japon,* 2ème éd., DeBoeck Université, 1995

En anglais :

BAUMOL (William), PANZAR (John), et WILLIG (Robert), *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, Harcourt College Pub, 1982

BISHOP (Simon) et WALKER (Mike), *The Economics of EC Competition Law: Concept, Application and Measurement*, 3ème ed., 2010

BLANKE (Gordon), *International Arbitration in EC Merger Control: a ''Supranational'' Lesson to be Learnt*, in European Community Law Review, Issue 6, 2006.

BLUM, *The Failing Company Doctrine*, in Boston College Law Review, vol.16, n°1, article 2, 1974.

BOTTA, *Merger Control Regimes in Emerging Economies: A Case Study on Brazil and Argentina*, Kluwer Law International, 2011

CALKINS (Stephen), *The New Merger Guidelines and the Herfindahl-Hirschman Index*, in *California Law Review*, vol. 71, 1983, p. 402 et s.

CARLETTI (Elena), HARTMANN (Phillip) et ONGENA (Steven), *The economic impact of merger control : what is so special about banking ?* European Central Bank, Working Paper Series, No786, Juin 2007

DEMSETZ (Harold), *Industry Structure, Market Rivalry, and Public Policy*, in Journal of Law and Economics, Vol. 16, No. 1. (Apr., 1973), pp. 1-9.

ELHAUGE (Einher) et GERADIN (Damien), *Global Competition Law and Economics*, Hart Publishing, 2007, p.282.

EMCH (Adrian), *Chinese Merger Control : Where Do We Stand ?* , in The Theshold, Volume 11, n°2, printemps 2011.

FARRELL (Joseph) et SHAPIRO (Carl), *Horizontal Mergers : An Equilibrium Analysis*, in The American Economic Review, Vol. 80, No. 1, Mars 1990, p. 107 à 126.

FAULL (Jonathan) NIKPAY (Ali), *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, 2nd edition, 2007.

FULLERTON (Larry) et ALVAREZ (Megan), *Convergence in International Merger Control*, in Antitrust, Vol. 26, n°2, 2012, p.20.

GAUGHAN (Patrick), *Mergers, Acquisitions and Corporate Restructurings* , 5ème ed., John Wiley & Sons, 2011

GREENWALD (Bruce) et STIGLITZ (Joseph), *Externalities in Economies with Imperfect Information and Incomplete Markets*, in Quarterly Journal of Economics, n° 90, May 1986, pp. 229-264.

HALEY (Paul), *Antitrust in Germany and Japan: The First Fifty Years*, 1947-1998, University of Washington Press, 1ère éd., 2001

HIRSCHMAN (Orris):

-*National Power and the Structure of Foreign Trade*, University of California Press, ltd., 1945

The Paternity of an Index, in *The American Economic Review*, Vol. 54, No. 5 (Sep., 1964), p. 761.

INOUE (Akira), *Japanese Antitrust Law Manual*, International Competition Law Series, 2007.

KAPLOW (Louis), *Market Definition and the Merger Guidelines*, Harvard John M. Olin Center for Law, Economics and Business, Discussion Paper No. 695, 05/2011.

KAZUO (Shibagaki), *The Early History of the Zaibatsu*, In The Developing Economies, Volume 4, n°4, 1966, pp. 535-566.

LIANOS (Ioannis) KOKKORIS (Ioannis), *The Reform of EC Competition Law*, Kluwer Law International, 2010.

LITZELL, *The Appraisal of Collective Dominance under the Clarified Substantive Test of the New EC Merger Regulation*, in Selected Papers on European Law, ELSA, 2005 (1).

MATSUSHITA (Mitsuo), *International Trade and Competition Law,* Oxford University Press, 1993.

McALLIN (Gerald), *Japanese Business Law*, Kluwer Law International, 2007.

PAPANDROPOULOS (Penelope) et TEJANA (Alessandro), *The Merger Remedies Study—In Divestiture We Trust?*, in European Community Law Review, 2006, issue 8.

PERRY (Martin) et PORTER (Robert), *Oligopoly and the Incentive for Horizontal Merger*, in The American Economic Review, Vol. 75, No. 1., Mars 1985, p. 219 à 227

PORTER (Michael):

- *How Competitive Forces Shape Strategy,* in Harvard Business Review, Volume: 57, Issue: 2, Juta \& Company, 1979, pp. 137-145.

-*Competition in Global Industries*, Harvard Business School Press, 1986.

ROLLER (Lars-Hendrik) et DE LA MANO (Miguel), *The Impact of the New Substantive Test in Europen Merger Control*, in European Law Journal, Avril 2006, p.9.

ROWLEY (William) et WAKIL (Omar), *International Mergers: The Problem of Proliferation*, 33rd Annual Conference on International Antitrust Law & Policy, Fordham Competition Law Institute, Fordham University School of Law, New York City, 2007.

SMITH (Adam), *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations* , 1776 ; version française rééditée chez Flammarion, Tome II, 1991, pp. 42-43.

STIGLER (George) et SHERWIN (Robert), *The Extent of Market*, Journal of Law and Economics, Vol.28, N°3 (Oct 1985), p.555

SUZUKI (Kenji), *Competition Law Reform in Britain and Japan,* The European Institute of Japanese Studies, Economics and Business Series, 2001.

THORELLI (Hans), *American Antitrust Policy: The Origination of a Tradition*, Stockholm 1954.

TSURUMI (Yoshi), *Sogoshosha : Engines of Export-Based Growth*, The Institute for Research on Public Policy, revised ed., 1984

VOGL (Christopher), *The 2011 Reform of Japan's Business Concentration Regulations*, in Journal of Japanese Law, n°32, 2011, p. 190.

ZHANG (Xinzhu)et ZHANG (Vanessa), *Chinese Merger Control: Pattern and Implications*, in Competition Policy International, 2011.

En japonais:

HARA (Terufumi) « フランス資本主義　―成立と展開― » (Le capitalisme français – établissement et développement –), Nihon Keizai Hyoronsha, 1986.

HAYASHI (Shûya)

- « 独禁法における企業結合概念の見直しに関する一考察 » *(Une réflexion sur la révision du concept de concentration d'entreprise au sein de l'AML*), Kôsei Torihiki, N°619, mai 2002

-競争法における関連市場の確定基準 » (*Les critères de définition du marché pertinent en droit de la concurrence*)、Shôminpô Zasshi、n°126, Vol.1, p.47 et Vol.2, p.199.

-企業結合規制―独占禁止法による競争評価の理論 (*Le contrôle des concentrations – Théorie de l'appréciation de la concurrence dans le cadre de l'AML*), Shôji Hômu, 1ère ed., 2011

HIRABAYASHI (Hidekatsu), « 独占禁止法の解釈・施行・歴史 » (*Interprétation, histoire et mise en œuvre de l'AML*), Shôji Hômu、2005

IMAMURA (Shigekazu), in 注解経済法（上巻） (*Droit économique : notes explicatives – première partie*), Sôrin Shôin、1985

KANAI (Takaji) KAWAHAMA (Noboru) SENSUI (Fumio), « ケースブック独占禁止法 » *Casebook – Droit de la concurrence*, Koubundou, 2ème édition, 2010.

KAWAHAMA (Noboru) et. al., « 企業結合ガイドラインの解説と分析 » *Commentaire et analyse des lignes directrices relatives au contrôle des concentrations*, Shôjihômu, 2008.

KAWAI (Kôzô)

- « 公取委の企業結合審査の課題 » *(Les problèmes de l'examen des opérations de concentration par la JFTC*), in 公正取引, n°711, janvier 2010, p.40.

MURAKAMI (Masahiro), « 最近における企業結合規制とその課題―欧米並みの企業結合審査に向けて ― » (*Le contrôle des concentrations actuel et ses problèmes – vers un*

examen des opérations de concentration comparable à l'Amérique du Nord et à l'Europe –), in 公正取引, N°654, Avril 2005, p. 15.

NEGISHI (Akira),

- « 注釈独占禁止法 » (*Commentaire de la loi anti-monopole japonaise)*, Yuhikaku, 2009

-« 独占禁止法の基本問題 **» (***Problèmes fondamentaux en droit de la concurrence)*, Yuhikaku, 1990

OCHI (Yasumi), « 事前相談制度の廃止の意義と今後の企業結合規制の展望 » (*La signification de l'abolition des discussions préliminaires et le développement futur du contrôle des concentrations*), in 公正取引, n°729, juillet 2011, p. 26.

OHASHI, NAKAMURA et MEIJOU, « 八幡・富士製鐵の合併(1970) に対する定量的評価 » (*Appréciation quantitative de la fusion entre Yawata et Fuji (1970)*), in RIETI Discussion Paper Series 10-J-021, février 2010

ONO et al., « 日本資本主義発達史論 » (Discours sur le développement du capitalisme japonais), 1ère ed., Nihon Hyôronsha, 1968.

ONUMA (Yasuaki), *Japanese International Law In The Prewar Period - Perspectives On The Teaching And Research Of International Law In Prewar Japan* – In The Japanese Annual Of International Law, The International Law Association Of Japan, No. 29, 1986, pp. 23-47.

SENSUI (Fumio), « 独禁法における破綻会社の抗弁について » (*La défense de l'entreprise défaillante en droit de la concurrence*), in Osaka Daigakuin Hôgaku Zasshi、n°45-3, 1999.

SHIRAISHI (Tadashi):

- 独占禁止法 (*droit de la concurrence*), Yuhikaku, 2006

- « 独禁法講義 » (*Cours de droit de la concurrence*), Yuhikaku , 5ème édition, 2010.

- « 独禁法事例の勘所 » (*Décisions importantes de droit de la concurrence*), Yuhikaku, 2ème édition, 2010

-« 少数株式取得と企業結合規制 » (*Prise de participation minoritaire et contrôle des concentrations*), Shôji Hômu No.1922、Février 2011.

-"企業結合規制と市場画定 » (*Contrôle des concentrations et définition du marché*)、in Jurist, n°1423, 1er juin 2011, p.49.

SUGIURA (Ichirô), 企業結合の規制（１）、経済講座 II、Yûhikaku,

TAKEDA (Ninobu), « 企業結合規制における効率性の考慮 » (*La prise en considération des gains d'efficience dans le cadre du contrôle des concentrations*), in Kôsei Torihiki n°628, février 2003, pp. 35-40

UESUGI (Akinori) ITOH (Takahiko) YAMADA (Kaori), « 独禁法による規制の理論と実務 » (*Théorie et pratique du contrôle des fusions-acquisitions dans le cadre de la Loi Antimonopole*), Shôjihômu, 2010.

UTORO (Keiko), « 企業結合規制の手続規定等に係る独占禁止法改正について » (*Des règles de procédure du contrôle des concentrations en rapport avec la réforme de la loi anti-monopole*) 、In 公正取引、N° 574, Aout 1998, p.4.

YAMANAKA (Aiko), « 公正取引委員会の事前相談制度について—ソフトロー形成の観点からの考察— »(*Du régime de discussion préliminaire de la JFTC – Réflexions du point de vue de sa formation* –) In *Soft Law Discussion Paper Series*, Mars 2005, Tokyo University.

Thèses et monographies :

ARITOSHI (Koichiro), *Comparaison des contrôles européen et japonais des concentrations,* Mémoire pour le D.E.A de Droit Européen de l'Université Paris 1 Sorbonne, 2001.

HOSHI (Masahiko), « 独占禁止法の域外適用：欧米における競争法の域外適用理論の進展と日本におけるその受容と新展開に関する一考察 » (*L'application extraterritoriale de l'AML : une réflexion sur le développement de la théorie de l'application extraterritoriale du droit de la concurrence en Europe et aux Etats-Unis, sa réception et son nouveau développement au Japon*) , thèse soutenue le 23 mars 2011 à l'université de Hitotsubashi, Tokyo, et disponible à cette adresse : http://hermes-ir.lib.hit-u.ac.jp/rs/bitstream/10086/19081/2/0201100201.pdf

HOUSIAUX (Jacques), *Le pouvoir de monopole*, Sirey, 1958.

VIALLARD (Virginie), *Le critère d'appréciation substantielle des concentrations*, Collection Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz 2007.

VOGEL (Louis), *Droit de la concurrence et concentration économique*, Economica, 1988.

TABLES DES MATIERES

Sommaire **III**

Responsabilité **VI**

Table des abréviations **VIII**

Remerciements **X**

INTRODUCTION 1

§1.L'étude des capitalismes français et japonais 7

I. Le développement progressif du capitalisme français 8

A. L'influence de la Révolution sur le capitalisme français 8

B. L'influence de la révolution industrielle 10

II. Le développement du capitalisme japonais 12

A. L'abandon du régime féodal et de l'isolationnisme 12

B. L'occidentalisation de la société japonaise 15

§2 : La réception du droit des concentrations. 18

I. Une expérience différente du phénomène de réception du droit 18

A. La France, créatrice de son propre droit 18

B. Le Japon, récepteur aguerri 20

II. Les différences de réception du contrôle des concentrations 22

A. Le droit japonais des concentrations, droit imposé par les Etats-Unis 22

B. Le droit français des concentrations, droit modelé par la politique économique 24

PARTIE I : LES DIFFERENCES CONCEPTUELLES DU CONTRÔLE 29

TITRE I : LA NOTION DE CONCENTRATION 31

Chapitre I : La définition de l'opération de concentration 32

Section 1 : Les opérations contrôlables au titre du contrôle des concentrations 32

§1 : Concentrations « souples » et concentrations « rigides » 32

I. Les opérations facilement réversibles 33

A. Les acquisitions d'actions 33

1. Les acquisitions d'action au Japon 34

2. Les détentions d'action en France et en Europe 37

B. Le cumul des mandats de dirigeant 39

1. Le cumul des mandats de dirigeants en tant qu'infraction au Japon 39

2. Le traitement du cumul de mandats de dirigeant par l'ADLC et la Commission européenne 44

II. Les opérations difficilement réversibles 47

A. Les fusions et scissions d'entreprises, et les transferts d'actifs 47

1. Les fusions et les scissions d'entreprises 48

2. Les transferts d'actifs 51

B. L'entreprise commune 55

§2 : Le régime spécifique au secteur bancaire 59

I. Les caractéristiques du régime propre au secteur bancaire en France et au Japon 59

A. Un régime plus strict que le droit commun dans les deux pays 59

B. Les divergences de justification de ce régime 64

II. La nécessité de ces régimes 67

A. La défense théorique d'intérêts particuliers 68

B. L'inutilité pratique de tels régimes 70

Section 2 : définition générale et liste limitative 71

§1 Les divergences théoriques de ces deux conceptions du contrôle des concentrations 71

I. L'opposition entre la définition par le moyen et la définition par le résultat 72

A. La signification des termes « définition par le moyen » et « définition par le résultat » 72

B. Les justifications de la définition par le moyen et de la définition par le résultat 73

II. Les critiques reçues par ces différentes conceptions 74

A. La rigidité de la définition par le moyen 74

B. Les problèmes de sécurité juridique posés par la définition par le résultat 75

§2 les conséquences pratiques de la divergence des conceptions du contrôle des concentrations 76

I Les opérations posant problème dans les systèmes français, européens et japonais 77

A. Le cas des accords de coopération au Japon 77

B. Les entreprises communes en droit français et européen confrontées au droit des ententes 78

II. Des conséquences limitées par une utilisation des deux notions par chaque système 81

A. L'utilisation par la France de la définition par le moyen : le cas de la fusion 81

B. L'utilisation par le Japon de la définition par le résultat : le contrôle général de la concentration et la formation de la relation concentrative 82

Chapitre II : La formation de la relation concentrative 86

Section 1 : Le critère fondamental de la relation concentrative : la détention de droits de vote 88

§1 : Une appréciation *in abstracto* de la relation concentrative 88

I. Les prises de participation majoritaires 89

A. L'acquisition de l'ensemble des droits de vote d'une entreprise 89

B. L'acquisition de la majorité absolue des droits de vote d'une entreprise 90

II. Les prises de participation minoritaires 91

A. La portée de l'acquisition de la majorité relative des droits de vote d'une entreprise 91

B. Les éléments de fait et de droit permettant l'acquisition du contrôle avec une participation minoritaire 93

§2 : Une appréciation *in concreto* de la relation concentrative grâce à l'utilisation du faisceau d'indices 94

I. Les caractéristiques du faisceau d'indices 94

A. Le faisceau d'indices dans les textes 95

B. Le faisceau d'indices dans la pratique 97

II. Les relations concentratives qui échappent au contrôle des concentrations 99

A. La non constitution de la relation concentrative prévue par le législateur 99

B. La non constitution de la relation concentrative conséquence de la complexité de la réalité juridique 101

Section 2 : Les différentes relations concentratives au sein des entreprises communes 103

§1 La relation concentrative entre les entreprises fondatrices et l'entreprise commune 104

I. Une relation concentrative non reconnue systématiquement 104

A. Une reconnaissance systématique au Japon 104

B. Une reconnaissance conditionnée en France 106

II. L'entreprise commune aux frontières entre le contrôle des structures et le contrôle des comportements 108

A. Les justifications quant à l'appartenance à l'une ou l'autre catégorie 109

B. Les solutions retenues par la jurisprudence 111

§2 La relation concentrative et les possibilités de coopération entre les entreprises fondatrices elles-mêmes 113

I. Les situations où la relation concentrative entre les entreprises fondatrices est reconnue 113

A. La relation concentrative directe 113

B. L'entreprise commune, vecteur d'une entente 115

II. Les situations où la relation concentrative entre les sociétés mères n'est pas constituée 117

A. Les alliances fluctuantes 117

B. Le critère de proximité des marchés d'exercice des sociétés mères et de l'entreprise commune 119

TITRE II : LA NOTION D'ATTEINTE A LA CONCURRENCE 122

Chapitre I : Le rôle de la théorie économique dans l'harmonisation du contrôle 124

Section 1 : Le marché des produits 125

§1. Les caractéristiques objectives du produit 126

I. L'usage 126

A. Le besoin d'objectivité dans la notion d'usage 126

B La nécessaire considération de l'aspect subjectif de la notion d'usage 129

II. Le prix 131

A. Les tests de prix 131

B. L'utilisation du critère du prix par les autorités françaises et japonaises de contrôle 133

§2 Les mesures économétriques du comportement de la demande 136

I. Le test SSNIP 136

A. Une conception du test globalement homogène 137

B. Des divergences quant à sa crédibilité 139

II. Les débats concernant les limites du test du monopoleur hypothétique 142

A. La *cellophane fallacy* 142

B. La disponibilité des données 145

Section 2 : Le marché géographique 147

§1. Les restrictions de l'étendue du marché 147

I. Les caractéristiques du produit 148

A. Les caractéristiques objectives des produits 148

B. Des justifications subjectives ou juridiques à la limitation des marchés 150

II. Les caractéristiques de l'offre 152

A. Les prestations de services non-mobiles 153

B. Le périmètre d'influence d'une offre non mobile 154

§2. Le marché mondial et les problématiques inhérentes à la notion de marché pertinent 156

I. Le « marché national » face au « marché mondial » 156

A. Le marché national, marché « par défaut » ? 157

B. Les difficultés des autorités face à la notion de marché mondial 158

II. Les tentatives de solution aux problèmes posés par la notion de marché pertinent 161

A. Une caractérisation différente du marché 162

B. Vers l'abandon de la définition du marché pertinent ? 164

Chapitre II : Les particularités nationales au sein du bilan de l'opération 167

Section 1 : Une vision relativement similaire du bilan concurrentiel 170

§1 L'analyse des conséquences structurelles de l'opération 170

I Les différences de traitement selon la nature de l'opération 171

A. Les opérations horizontales 171

B Les opérations verticales et conglomérales 173

II Les conséquences de l'augmentation de la part de marché 175

A L'utilisation directe des parts de marché 176

B L'utilisation des parts de marché dans le cadre de l'indice Herfindahl–Hirschman (HHI) 178

§2 les effets de la concentration susceptibles de porter atteinte à la concurrence 182

I Les effets unilatéraux 183

A. Les caractéristiques des entreprises sur le marché 183

B. Les facteurs non liés aux entreprises en concurrence sur le marché 186

II Les effets coordonnés 189

A. Les éléments constitutifs des effets coordonnés 189

B. L'entreprise commune source d'effets coordonnés 193

Section 2 : Des différences dans l'importance attachée au bilan économique 195

§1 Les gains d'efficience 195

I La notion de gain d'efficience 196

A. Les enseignements de la théorie économique 196

B. L'incorporation de ce raisonnement au sein des contrôles américain et européen des concentrations 198

II L'application de cette notion par les autorités françaises et japonaises de concurrence 199

A. Une intégration ancienne en France, très récente au Japon 200

B. Une application limitée en France, inexistante au Japon 202

§2 Les effets socialement bénéfiques d'une opération de concentration 205

I. La défense dite « de l'entreprise défaillante » 206

A. Les conditions d'application de cette défense 206

B. La raréfaction de l'utilisation de l'argument d'entreprise en difficulté 209

II. Les autres effets positifs éventuels d'une opération de concentration 211

A. Sauvegarde et création d'emplois 211

B. La notion d'intérêt général en contrôle des concentrations 212

PARTIE II : LE PROCESSUS DU CONTRÔLE 216

TITRE I : LE DEROULEMENT DE LA PROCEDURE DEVANT LES AUTORITES 218

Chapitre I : Les conséquences d'une procédure à priori 220

Section I : Un système de notification similaire en France et au Japon 221

§1. Les conditions de notification 221

I. L'obligation de notification 222

A. Le caractère obligatoire de l'opération de concentration 222

B. Les sanctions en cas d'absence de notification d'une opération contrôlable 224

II. Les seuils de notification 226

A. Les chiffres d'affaires requis par l'ADLC 226

B. Les chiffres d'affaires requis par la JFTC 228

§2. Le contenu de la notification 230

I. Le calcul du chiffre d'affaires 230

A. Les modalités de calcul du chiffre d'affaires en France et en Europe 231

B. Le mode de calcul du chiffre d'affaires au Japon 232

II. Les éléments concernant le marché pertinent 233

A. La relative liberté offerte par le système français de notification 234

B. L'extrême formalisme du système japonais de notification 235

Section II. Une différence quant à l'importance des discussions en phase de pré-notification 237

§1. Les différents rôles revêtus par les discussions de pré-notification 238

I. Le rôle traditionnel d'information 238

A. Les informations fournies aux entreprises lors de la phase de pré-notification 238

B. L'intérêt de la phase de pré-notification pour les autorités de contrôle 240

II. La délicate frontière entre examen préliminaire et examen réel 242

A. Une pré-notification peu étendue en France et en Europe 242

B. Une pré-notification se substituant à la notification au Japon 244

§ II. Les justifications de ces différents rôles 245

I. Les arguments en faveur d'une pré-notification sans limites 246

A. Les avantages de la pré-notification en matière de confidentialité 246

B. Les avantages de la pré-notification en matière d'efficacité 248

II. La nécessité d'une procédure officielle 249

A. Les aspects négatifs de l'expérience japonaise 250

B. Les bénéfices de la procédure officielle 251

Chapitre II : La procédure d'examen 254

Section 1: La procédure légère dite de phase I 254

§1. Les objectifs de cette phase 255

I. La coopération des parties notifiantes 255

A. Une coopération organisée par la loi 256

B. Une pratique différente des dispositions légales au Japon 258

II. L'étendue des pouvoirs d'enquête 259

A. Les capacités d'enquête larges de l'ADLC 260

B. Les pouvoirs d'enquête restreints de la JFTC 261

§2. L'issue de cette phase 263

I. Une première réponse apportée aux parties 263

A. les décisions d'autorisation de l'opération en phase I 263

B. Les autres décisions prises en fin de phase I 265

II. L'éventuelle prise d'engagements 267

A. La prise d'engagements en France 267

B. La prise d'engagements au Japon 268

Section II : La procédure approfondie dite de phase II 270

§I. Un examen minutieux de l'opération de concentration 271

I. Une procédure exceptionnelle 271

A. Les modalités de déclenchement de la phase II 271

B. Les délais en phase II 273

II. Une analyse précise du marché 275

A. Un simple approfondissement de l'analyse pour l'ADLC 275

B. Un gain de pouvoirs d'enquête pour la JFTC 277

§2. La décision finale de l'autorité de contrôle 278

I. Une décision souvent délicate pour les entreprises 278

A. La sévérité des décisions prises en fin de phase II 279

B. Le formalisme spécifique des décisions de phase II 281

II. La publication de la décision finale 283

A. Une publication par l'ADLC soumise à des règles strictes 283

B. Une publication des décisions libre par la JFTC 285

TITRE II : L'EVENTAIL DES DECISIONS 288

Chapitre I : Les mesures correctives 290

Section I : Les mesures structurelles 291

§1. Les cessions matérielles 291

I. Les cessions d'activités 292

A. Les conditions tenant à la nature de l'activité 292

B. Les conditions concernant l'acquéreur de l'activité 294

II. Les cessions d'infrastructures 296

A. Une vision commune des cessions d'infrastructures 296

B. Une pratique commune en matière de cessions d'actifs 298

§2. Les cessions de droits 299

I. Les cessions de participation 300

A. Une pratique peu courante en France 300

B. Une utilisation fréquente par la JFTC 302

II. Les cessions de licences 303

A. Une absence de précédent pour l'ADLC compensée par l'expérience européenne 304

B. Un type d'engagements maîtrisé par la JFTC 305

Section 2: Les mesures comportementales 307

§1. La nature de ces mesures 308

I. Les mesures comportementales dans les opérations horizontales 308

A. Des mesures fréquemment acceptées par l'ADLC et la JFTC 309

B. La fermeté de la Commission européenne en matière d'engagements comportementaux 311

II. Les mesures comportementales dans les opérations verticales et conglomérales 313

A. Les pratiques françaises et européennes en la matière 313

B. Une pratique japonaise identique 315

§2. L'efficacité controversée de ces mesures 317

I. Le contrôle de l'exécution des engagements 317

A. La surveillance de l'exécution des engagements 318

B. Les sanctions en cas de non-respect des engagements 321

II. L'impact des engagements sur la concurrence 323

A. L'analyse de l'efficacité des engagements par l'ADLC et la Commission européenne 323

B. L'analyse de l'utilité des engagements par la JFTC 324

Chapitre II : Abandon, interdiction et voies de recours 326

Section 1 : l'échec de l'opération de concentration 326

§1. L'abandon d'un projet de concentration 327

I. La procédure de retrait de notification 327

A. Une procédure clairement définie en France et en Europe 327

B. Une procédure non définie dans les textes au Japon 328

II. Les raisons de l'abandon d'une opération de concentration 330

A. Les raisons du retrait d'une notification en phase I 330

B. L'abandon en phase II d'examen 332

§2. L'Interdiction d'une opération de concentration 334

I. Les conditions de la décision d'interdiction 335

A. Le caractère de dernier recours de la décision d'interdiction 335

B. La rareté des décisions d'interdiction 336

II. L'évolution future des décisions d'interdiction 338

A. Une possible recrudescence des décisions d'interdiction à l'échelle européenne 339

B. Une tendance peu vraisemblable en France et au Japon 340

Section2 : Les recours des décisions des opérations de concentration 342

§1. Les modalités du recours 343

I. Les juridictions compétentes 343

A. Les juridictions d'appel des décisions de l'ADLC et de la Commission européenne 343

B. La JFTC, juridiction d'appel de ses propres décisions 345

II. Les divers types de recours 346

A. L'importante variété de recours ouverts auprès du Conseil d'Etat et du TUE 347

B. De possibilités de recours très limitées devant la JFTC 348

§2 La pratique des recours 350

I. Les motifs des recours 351

A. Les recours pour vice de procédure 351

B. Les recours pour erreur d'interprétation des règles du contrôle des concentrations 353

II. l'utilité du recours des décisions 355

A. Des recours rarement fructueux 355

B. La nécessité de la possibilité d'appel des décisions de contrôle des concentrations 357

CONCLUSION : LES DEFIS DES CONTROLES NATIONAUX DES CONCENTRATIONS FACE A LA MONDIALISATION 360

I. L'application extraterritoriale du contrôle des concentrations 360

A. Les justifications de l'application extraterritoriale du contrôle des concentrations 360

B. Les dérives de cette application extraterritoriale 363

II. L'importance de la coopération dans le cadre du contrôle des concentrations 366

A. L'importance d'une coopération organisée 367

B. La nécessité de la coopération entre les pays expérimentés et les pays novices 369

BIBLIOGRAPHIE 373