

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

La relation entre le filtrage des IDE et le contrôle des concentrations

- Note de référence du Secrétariat -

30 novembre 2022

Ce document rédigé par le Secrétariat de l'OCDE est une note de référence en vue de la 139^e réunion du Comité de la concurrence les 29 et 30 novembre 2022.

Les opinions exprimées et les arguments exposés dans la présente note ne reflètent pas nécessairement les vues de l'OCDE ou des gouvernements de ses pays membres.

D'autres documents relatifs à cette discussion sont disponibles à l'adresse suivante :
www.oecd.org/competition/the-relationship-between-fdi-screening-and-merger-control-reviews.htm

M. Antonio CAPOBIANCO
[Courriel : Antonio.CAPOBIANCO@oecd.org]

JT03507135

La relation entre le filtrage des IDE et le contrôle des concentrations*

Au cours des 30 dernières années, le nombre de pays de l'OCDE+5 qui ont mis en place un mécanisme opérationnel de filtrage des investissements est passé de 5 à 24, ce qui a entraîné une augmentation de la charge de travail dans un grand nombre de ces juridictions. Ces réformes significatives des mécanismes de filtrage des IDE n'ont pas été déclenchées par un seul et même phénomène, mais par plusieurs facteurs.

Bien que les mécanismes de filtrage des IDE poursuivent des objectifs différents de ceux des contrôles des fusions et soient pour la plupart autonomes par rapport à ces derniers, les interactions entre les décisions prises en vertu de ces deux mécanismes de contrôle séparés peuvent susciter certaines préoccupations, lorsqu'ils s'appliquent tous deux à une transaction donnée, plus particulièrement en ce qui concerne la conception des mesures correctives, ce qui peut créer le risque qu'ils se sapent mutuellement. Outre le fait qu'elle multiplie les strates de complexité, la réalisation de contrôles parallèles non coordonnés peut avoir un impact sur la rapidité d'exécution des opérations et l'efficacité des mesures correctives imposées. La coopération peut également aider à régler des préoccupations communes en utilisant moins de ressources, par exemple la question de l'identification des transactions que les parties se sont illégalement abstenues de notifier.

En tenant compte des questions de confidentialité et de sensibilité, des principes communs devraient inspirer autant que possible l'application des deux mécanismes, en particulier en termes de prévisibilité et de transparence.

* Cette note de référence a été préparée par Antonio Capobianco et Gaetano Lapenta de la Division de la concurrence de l'OCDE, et a bénéficié de la contribution et des suggestions de Joachim Pohl et Nicolás Rosselot de la Division de l'investissement de l'OCDE. Cette note est assortie des commentaires de Ori Schwartz et Tommaso Majer. Les opinions formulées et les arguments exprimés dans la présente note ne reflètent pas nécessairement les vues officielles de l'OCDE ou des gouvernements de ses pays membres.

Table des matières

La relation entre le filtrage des IDE et le contrôle des concentrations	2
1. Introduction	5
2. Tendances actuelles et émergentes du filtrage des IDE et du contrôle des fusions	7
3. La relation complexe et ambiguë entre investissement et concurrence	12
3.1. La relation entre investissement et concurrence : une relation qui les renforce mutuellement	12
3.2. La relation ambiguë entre concurrence et investissement	13
3.3. Incitations à investir, imperfections du marché et marchés réglementés	14
4. Examens de filtrage des IDE et examens de contrôle des fusions	17
4.1. Filtrage des IDE pour des motifs d'intérêts de sécurité essentiels	17
4.1.1. Vue d'ensemble et objectifs	17
4.1.2. Conditions de déclenchement du filtrage des investissements	19
4.1.3. Modalités procédurales	21
4.1.4. Évaluation	21
4.1.5. Mesures d'atténuation	22
4.1.6. Contrôle judiciaire	22
4.2. Examens de contrôle des fusions	23
4.2.1. Objectif	23
4.2.2. Conditions de déclenchement du contrôle des fusions	24
4.2.3. Effets de la notification	26
4.2.4. Modalités procédurales et décisions	27
4.2.5. Évaluations	27
4.2.6. Mesures correctives	28
4.2.7. Contrôle judiciaire	29
5. Questions politiques se situant à l'interface du filtrage des IDE pour des raisons de sécurité essentielle et du contrôle des fusions	30
5.1. Risques de tensions entre les résultats du filtrage au nom de la sécurité nationale et ceux du contrôle des fusions	30
5.2. Lien institutionnel entre le filtrage des IDE et le contrôle des fusions	32
5.3. Les avantages de la coopération au niveau national et international	34
5.3.1. Coopération nationale	34
5.3.2. Coopération internationale	36
5.4. Capter des transactions en-deçà des seuils et combattre le gun jumping	37
5.5. Transparence et prévisibilité	38
5.6. Mesures correctives et d'atténuation	40

6. Conclusions	41
Notes de fin de document	42
Bibliographie	50

1. Introduction

1. Depuis de nombreuses années, une littérature très abondante explore la relation complexe entre la politique de concurrence et la politique d'investissement. Après avoir connu une accalmie au cours des deux dernières décennies, ce débat a récemment repris de la vigueur, grâce aux initiatives réglementaires qui ont fleuri dans les économies avancées, et qui visent à introduire, étendre ou renforcer substantiellement les mécanismes de contrôle de l'investissement direct étranger (IDE), afin de traiter les risques que les IDE font occasionnellement peser sur des intérêts essentiels en termes de sécurité.

2. Les examens de filtrage des IDE et les examens de contrôle des fusions sont généralement séparés et indépendants, et ne sont pas nécessairement déclenchés par les mêmes transactions commerciales. Néanmoins, l'introduction, l'expansion ou le renforcement des mécanismes de filtrage des IDE posent la question de savoir si, et comment, ils interagissent et se coordonnent avec des contrôles de fusions impliquant les mêmes transactions.

3. D'une part, alors que les contrôles de fusions visent à accroître le bien-être des consommateurs et l'efficacité du marché, les contrôles effectués afin de sauvegarder des intérêts de sécurité essentiels poursuivent un ensemble d'objectifs d'ordre public entièrement différent. D'autre part, les deux mécanismes peuvent parfois poursuivre des objectifs alignés (par ex., traiter le risque lié à un seul fournisseur), et peuvent se chevaucher ou s'affecter mutuellement, par exemple en ce qui concerne le calendrier ou l'élaboration de mesures correctives. Les entreprises peuvent devoir notifier leurs transactions à différentes autorités qui évaluent une transaction donnée selon des critères différents, dans des délais différents et sans coordination. Cette situation peut avoir un impact pour les investisseurs, en ce qui concerne le calendrier et la prévisibilité de mise en œuvre de leurs business plans, et peut en outre aboutir à des décisions et des mesures correctives administratives différentes et potentiellement incompatibles.

4. Cette note de référence du Secrétariat a pour objet de résumer les tendances actuelles et émergentes dans les deux domaines politiques concernés, d'explorer l'interaction entre les deux mécanismes de contrôle, et d'examiner leur impact sur les entreprises et le gouvernement, la relation entre les accords institutionnels et procéduraux, ainsi que les solutions possibles afin de gérer cette interaction de manière à améliorer les résultats pour les gouvernements et les entreprises. Cette note met également en lumière certains problèmes politiques se posant à l'interface entre les deux mécanismes de contrôle, afin d'éclairer le débat sur la question de savoir si une certaine forme de coopération, d'assistance mutuelle ou d'apprentissage réciproque serait bénéfique. Ce document est structuré de la manière suivante :

- La **section 2.** décrit les tendances récentes du filtrage des IDE dans le but de protéger des intérêts de sécurité essentiels et des mécanismes de contrôle des fusions, en particulier la tendance à l'expansion des mécanismes de filtrage des IDE.
- La **section 3.** explore la relation entre la politique d'investissement et la politique de concurrence, et examine en particulier si et comment elles se renforcent mutuellement.
- La **section 4.** présente les caractéristiques essentielles des deux mécanismes de contrôle, en utilisant un cadre commun.

- La **section 5.** discute des problèmes qui se posent à l'interface entre le filtrage des IDE et le contrôle des fusions, notamment le risque de tensions à propos des conclusions de ces deux contrôles, en particulier la conception des mesures correctives, les avantages d'une coopération accrue, les préoccupations partagées afin d'appréhender des transactions et les principes communs qui doivent inspirer les deux contrôles.
- La **section 6.** est consacrée à la conclusion.

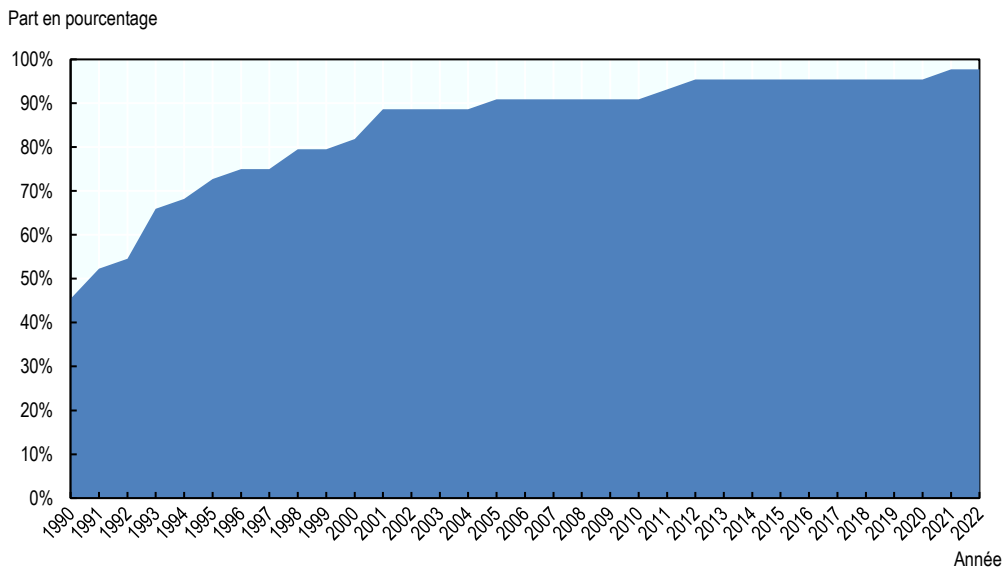
2. Tendances actuelles et émergentes du filtrage des IDE et du contrôle des fusions

5. Le nombre de juridictions qui se sont dotées de mécanismes de contrôle des IDE, le champ d'application de ces mécanismes et les préoccupations qu'ils traitent se sont considérablement élargis au cours des dernières années. Un nombre croissant de pays, essentiellement des économies avancées, complètent, élargissent ou renforcent actuellement leurs mécanismes de contrôle dans des secteurs jugés sensibles, en se dotant de politiques nouvelles et de portée plus vaste, qui visent à traiter les risques de sécurité occasionnellement liés à l'investissement entrant¹.

6. Cette évolution a mis au premier plan du débat politique l'interaction entre les mécanismes de filtrage des IDE et d'autres formes de contrôle réglementaire, et, en particulier, le mécanisme de contrôle des fusions en vertu des législations nationales sur la concurrence.

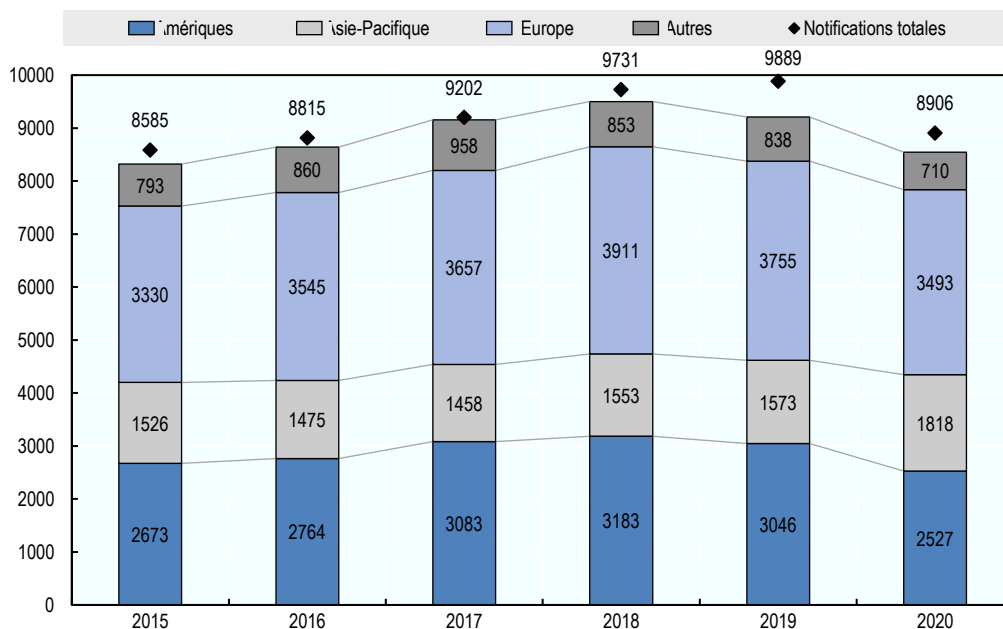
7. Le contrôle des fusions obéit à des procédures bien établies dans tous les pays de l'OCDE² et dans la plupart des juridictions du monde. Les données de l'OCDE montrent l'essor mondial de ces mécanismes de contrôle au cours des trente dernières années (voir Graphique 1), qui a conduit à l'examen par les autorités de la concurrence de milliers de notifications de transactions dans le monde (voir Graphique 2).

Graphique 1. Développement du droit de la concurrence et des régimes de contrôle des fusions en vigueur dans les économies de l'OCDE+5 (1990-2022)



Note : Les données sont présentées en pourcentages des pays constituant les juridictions de l'OCDE+5. Elles incluent donc tous les pays membres de l'OCDE plus les candidats à l'accèsion (Brésil, Bulgarie, Croatie, Pérou et Roumanie).
 Source : base de données CompStats de l'OCDE.

Graphique 2. Notifications de fusions et décisions corrélatives dans des régions sélectionnées, 2015-2020



Note : Données fondées sur les 60 juridictions de la base de données CompStats de l'OCDE qui ont fourni des données comparables pour toute cette période de six ans et se sont dotées d'un régime de contrôle des fusions. Les décisions relatives aux fusions comprennent les autorisations (phase 1 et phase 2), les autorisations avec mesures correctives (phase 1 et phase 2), et les interdictions. Les décisions d'autorisation incluent l'expiration de la période d'attente. Le nombre de notifications peut être supérieur à celui des décisions étant donné que 1) les parties notifient des transactions basées, par exemple, sur des seuils de part de marché qui ont été calculés différemment par les autorités ; 2) les décisions sont adoptées quelque temps après la notification.

Source : base de données CompStats de l'OCDE.

8. Bien que, traditionnellement, les systèmes de contrôle des fusions examinent si une transaction affecte négativement le bien-être des consommateurs (par exemple, si les prix pratiqués à l'égard des consommateurs augmenteront après la fusion), et si ces effets dommageables seront compensés par des gains d'efficacité suffisants (voir section 4.2.1 ci-dessous sur l'objectif du contrôle des fusions), plusieurs juridictions de l'OCDE ouvrent la possibilité que des menaces pour les intérêts de sécurité essentiels, découlant des investissements entrants, soient examinées dans le cadre de leur contrôle du respect du droit de la concurrence. Cette ouverture s'est faite en particulier au moyen de tests de l'intérêt public ou d'exceptions, qui ont permis aux autorités de la concurrence ou à un organe externe de prendre en considération des intérêts de sécurité essentiels dans le cadre du contrôle des fusions, et, le cas échéant, de les mettre en balance avec des problèmes de concurrence (voir Encadré 3 sur les considérations d'intérêt public dans le contrôle des fusions).

9. Cette évolution peut être partiellement due au fait que pendant la majeure partie des décennies passées, un grand nombre d'économies avancées n'avaient pas d'instruments dédiés afin de gérer les risques de sécurité essentiels liés aux IDE, et ne percevaient pas la nécessité d'évaluer ces risques, à tout le moins parce qu'une large part des IDE mondiaux intervenait entre alliés. Dans ces pays, l'investissement transfrontières était traité comme une activité purement économique entre des acteurs privés, qui n'exigeait ni ne justifiait aucune intervention gouvernementale. La possibilité d'intervenir dans des transactions existait certes, mais les pouvoirs étaient généralement mentionnés d'une manière sommaire, et les critères, les responsabilités administratives, les ressources bureaucratiques et autres éléments similaires étaient soit non définis soit absents.

10. Les perceptions à propos des implications potentielles de l'investissement étranger en termes de sécurité ont changé d'une manière très spectaculaire ces dernières années, et ont conduit à adopter ou réformer et étendre les politiques existantes en vue de gérer ces risques, dans un nombre sans cesse croissant de juridictions.

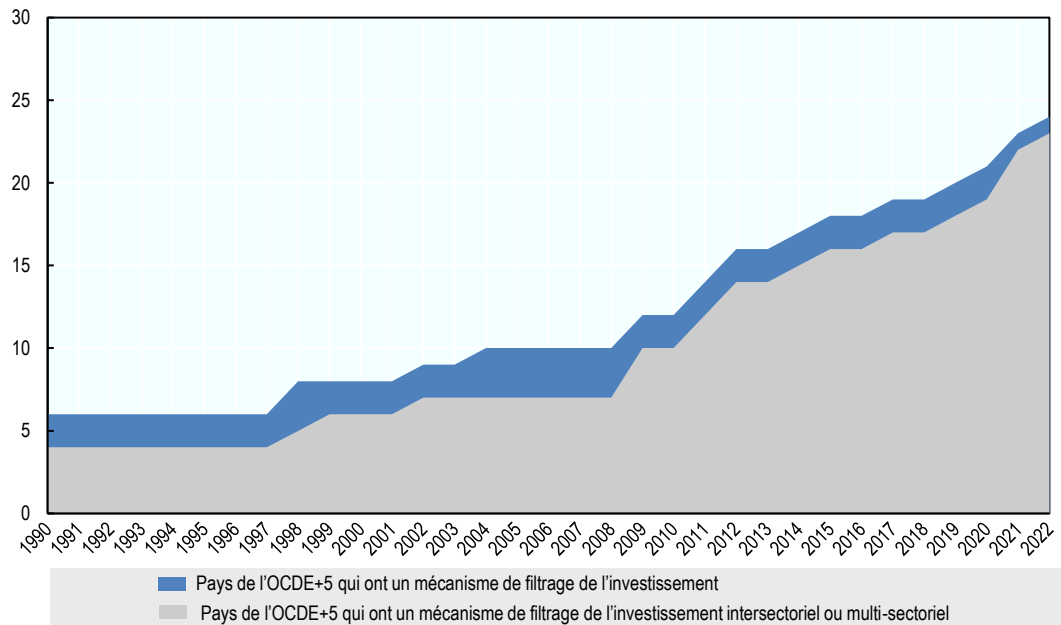
11. Cette volonté sans précédent d'encadrer l'investissement étranger par des politiques n'est pas le résultat d'une évolution uniforme mais plutôt de la conjonction d'une série de facteurs, qui incluent :

- l'émergence d'investisseurs venant de juridictions qui ne sont pas des alliés ou partenaires traditionnels des économies avancées ;
- le rôle direct ou indirect de gouvernements qui se trouvent derrière certains investissements, et l'acquisition systématique d'actifs stratégiques dans des pays étrangers ;
- l'assurance géoéconomique et géopolitique croissante de certains gouvernements et les tensions en résultant ;
- les transformations entraînées par les mutations technologiques et leur utilisation potentielle dans des applications de défense ; et
- la génération de masses considérables de données sensibles qui risquent d'être exploitées par des acteurs mal intentionnés.

12. La pandémie de Covid-19 a également donné un élan supplémentaire afin d'améliorer la résilience dans les chaînes d'approvisionnement et de limiter la dépendance à certains marchés étrangers et certaines technologies étrangères.

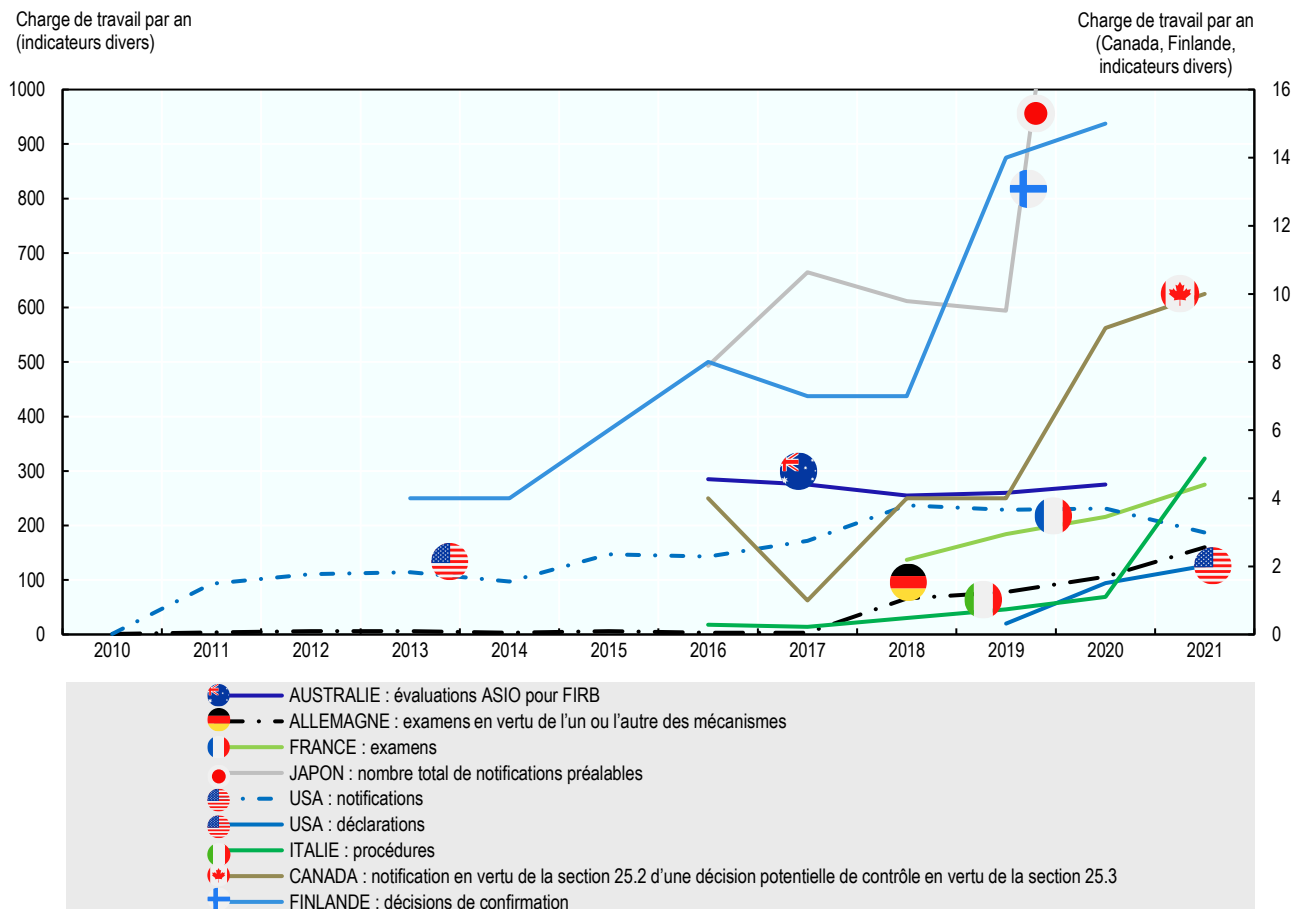
13. Au cours des 30 dernières années, le nombre de pays de l'OCDE+5 qui ont mis en place un mécanisme opérationnel de filtrage des investissements est passé de cinq à 24, dont 23 couvrent plusieurs secteurs ou tous les secteurs de leurs économies (Graphique 3). La charge de travail occasionnée dans les juridictions qui filtrent l'investissement étranger en fonction des implications pour la sécurité a également augmenté dans une mesure considérable ces dernières années (Graphique 4).

Graphique 3. Évolution de la présence de mécanismes de filtrage de l'investissement dans les économies de l'OCDE+5 (1990-2022)



Note : Les données sont présentées en pourcentages des pays constituant les juridictions de l'OCDE+5. Elles incluent donc tous les pays membres de l'OCDE plus les candidats à l'accession (Brésil, Bulgarie, Croatie, Pérou et Roumanie).
 Source : OCDE.

Graphique 4. Charge de travail entraînée par les mécanismes de filtrage des investissements (2009-2021)



Note : Séries temporelles présentées pour les pays dont les gouvernements ont fourni des données officielles au 30 octobre 2022. Les indicateurs montrés sont différents, ne sont pas comparables entre les juridictions et dépendent de la disponibilité de données. Les données présentées couvrent des années civiles pour tous les pays, y compris ceux qui ont fourni des données pour des exercices fiscaux qui courent de juillet à juin. La ligne en pointillé indique l'absence de données intermédiaires disponibles. Pour une meilleure lisibilité, les données pour le Canada et la Finlande sont projetées vers l'axe vertical droit. Le graphique s'arrête à 1.000 pour le Japon, afin d'améliorer la lisibilité du graphique dans son ensemble (chiffres réels pour [2019 : 1946](#) et pour [2020 : 2172](#)).

Source : OCDE sur la base de données fournies par les gouvernements.

3. La relation complexe et ambiguë entre investissement et concurrence

14. Les politiques de concurrence et les politiques d'investissement entretiennent une relation complexe et ambiguë : le droit de la concurrence peut affecter les IDE entrants (par exemple, en garantissant des marchés ouverts à la concurrence, en limitant les subventions publiques qui faussent la concurrence, en appliquant des principes de neutralité concurrentielle et en assurant des conditions de concurrence égales), tandis que les politiques d'investissement peuvent affecter la concurrence de multiples manières en influençant l'entrée sur le marché et la concentration du marché, et en affectant l'innovation, entre autres.

15. Les politiques de concurrence et d'investissement contribuent aux mêmes objectifs à long terme (c'est-à-dire la croissance économique, l'efficacité, la fourniture d'incitations encourageant les entreprises à être plus productives). Toutefois, il peut y avoir des compromis entre ces politiques lorsqu'elles poursuivent des objectifs politiques différents dans certains cas particuliers (par exemple, le filtrage des investissements peut fausser le marché des fusions et acquisitions lorsqu'il exclut ou désavantage des personnes physiques par rapport à des entreprises faisant l'objet d'un moindre contrôle (Burnside et Kidane, 2022^[1]) ; des intérêts de sécurité essentiels peuvent être invoqués pour justifier des mesures purement protectionnistes, ou des décisions peuvent entraver les efficacités générées par la fusion, en imposant des mesures correctives excessives ou non proportionnées au nom des intérêts de sécurité essentiels).

3.1. La relation entre investissement et concurrence : une relation qui les renforce mutuellement

16. L'OCDE reconnaît que la cohérence politique est un facteur important pour promouvoir de bonnes politiques publiques. Dans le cas de l'investissement et de la concurrence (ainsi que des échanges commerciaux), les objectifs déclarés de ces politiques sont similaires : améliorer l'efficacité économique et promouvoir une croissance économique durable. Toutefois, les gouvernements doivent également gérer des objectifs de politique publique concurrents, notamment la protection d'intérêts de sécurité essentiels.

17. La politique d'investissement a pour objectif essentiel d'attirer et de gérer des investissements internationaux. Les outils traditionnels de réalisation de cet objectif sont notamment de trois natures : la libéralisation des flux de capitaux, la mise en place d'incitations et la protection des investissements étrangers. Dans l'optique de la politique publique, un climat favorable à l'investissement peut améliorer l'efficacité économique et promouvoir la croissance et un développement durable ; il peut en outre accroître le bien-être national et faciliter l'intégration de l'économie nationale dans des marchés mondiaux. Le succès de la politique d'investissement dépend de manière cruciale de la création d'un environnement sûr et propice à l'investissement, et la politique de concurrence peut jouer un rôle important à cet effet.

18. Bien que la question de savoir quels sont les buts de la politique de concurrence suscite un débat à la fois vaste et animé, il est généralement reconnu que l'objectif majeur de la politique de concurrence est d'améliorer le bien-être des consommateurs en promouvant la concurrence, et que la concurrence est

encouragée par l'efficacité économique, à la fois statique et dynamique (voir section 4.2.1 ci-dessous sur les objectifs du contrôle des fusions). À court terme, la concurrence aide à réduire la capacité des entreprises à augmenter le prix au-dessus du coût marginal et garantit que les entreprises produisent à des coûts les plus bas possibles. À long terme, les effets dynamiques de la concurrence génèrent des incitations à innover, à accroître la productivité et à investir dans le développement de nouvelles technologies et de nouveaux savoir-faire.

19. En raison de leurs objectifs cohérents, la mise en œuvre de politiques efficaces en matière de concurrence et d'investissement contribuera au succès de ces deux politiques. La politique de concurrence contribue à maintenir les marchés accessibles et contestables pour les concurrents nationaux et étrangers. C'est pour cette raison que la politique de concurrence soutient un environnement économique attrayant pour les investisseurs (à la fois étrangers et nationaux). Une concurrence effective permet d'identifier et d'éliminer des barrières injustifiées à l'entrée, à la fois structurelles et comportementales. Réciproquement, la concurrence émanant d'investisseurs étrangers potentiels ou provenant d'importations agira naturellement comme un facteur disciplinant pour des entreprises qui chercheraient à exercer une certaine forme de pouvoir de marché. Au contraire, des politiques restrictives d'investissement (et d'échanges commerciaux) peuvent permettre aux entreprises en place d'exercer un pouvoir de marché au détriment des consommateurs³.

20. Il ressort de cette brève discussion que la politique d'investissement et la politique de concurrence entretiennent une relation positive et se renforcent mutuellement. Des marchés concurrentiels créent des opportunités d'investissement et augmentent les gains générés par la libéralisation des investissements. Au contraire, des marchés non concurrentiels peuvent décourager des entreprises étrangères, dans la mesure où elles doivent faire face à un coût d'entrée plus élevé pour concurrencer une entreprise dominante bénéficiant de rentes élevées sur les marchés nationaux. Par ailleurs, l'entrée d'investisseurs efficaces peut contribuer à faire baisser les prix et, par effet de contagion, à accroître l'efficacité dans l'économie nationale. Ainsi, les gains (à long terme) générés par la libéralisation des investissements peuvent promouvoir des marchés plus concurrentiels.

3.2. La relation ambiguë entre concurrence et investissement

21. En dépit des synergies claires entre la politique d'investissement et la politique de concurrence, la littérature a mis l'accent sur le fait que cette relation peut être plus complexe et ambiguë, car la concurrence peut soit accroître soit réduire les incitations des entreprises à investir et innover, en fonction de plusieurs circonstances.

22. Encourager l'investissement est souvent l'un des bénéfices attendus d'un marché concurrentiel, en raison de la conviction qu'il existe des liens positifs entre la concurrence et l'investissement. La question fait toutefois débat, et il n'existe apparemment aucun consensus sur l'idée générale qu'un marché concurrentiel est plus propice à l'investissement qu'un marché où règnent des conditions de monopole.

23. Selon Schumpeter (1943^[2]), une plus faible concurrence produit-marché et une plus forte concentration du marché – en particulier des structures de marché monopolistiques – créent pour l'entreprise en place des incitations optimales à investir et innover, ce qui bénéficie finalement aux consommateurs. Les profits liés à cette situation de monopole (ou les perspectives d'acquiescer une future position de monopole pour les nouveaux entrants sur le marché) incitent puissamment les entreprises à investir et à améliorer leur processus de production. Espérant obtenir à l'avenir des rentes de monopole, les entreprises sont plus disposées à investir/innover aujourd'hui. En d'autres termes, les rentes de monopole – et donc les structures monopolistiques – encouragent le progrès économique, la croissance, l'innovation et finalement les investissements. Cette théorie repose sur l'hypothèse que les monopoles ont une *capacité* à investir que des entreprises opérant dans un environnement concurrentiel n'ont pas, étant donné que cette rivalité entre concurrents érode les profits des entreprises, lesquels sont une source

critique de financement des initiatives d'investissement⁴. Les IDE peuvent avoir un impact sur ces incitations à investir et innover, étant donné que le renforcement de la concurrence généré par les IDE (voir section 3.1 ci-dessus) inhibera l'innovation de la part des entreprises locales, en affectant le niveau des profits attendus.

24. Arrow (1962^[3]) soutient au contraire qu'un monopole est moins susceptible d'investir que des entreprises devant affronter la concurrence, et ce principalement en raison du fait qu'un monopole a moins à gagner de l'amélioration de sa position, puisqu'il ne ferait que se remplacer lui-même en innovant/investissant. Cet effet dit « effet de remplacement » explique les incitations plus faibles du monopole – qui se repose sur ses « lauriers » - comparées à celles des entreprises opérant sur un marché concurrentiel. (Friederiszick, Grajek et Röller, 2008^[4]) ont travaillé sur la théorie de Arrow et se sont concentrés sur ce qu'ils ont appelé l'« effet d'échappement ». Dans un environnement concurrentiel, les entreprises qui ne peuvent pas se fonder sur le prix pour maximiser leurs profits (puisque des augmentations de prix feraient fuir la demande) réinvestiront constamment dans de nouvelles technologies de production, de nouveaux procédés de production et de nouveaux produits pour réduire les coûts et augmenter le volume de production. Autrement dit, l'entreprise essaiera d'échapper à la concurrence en investissant dans l'innovation et en se différenciant de ses concurrents.

25. Bien que l'innovation ne soit pas nécessairement synonyme d'investissement, il est possible de faire un parallèle entre eux, ce qui génère ensuite deux effets antagonistes de la concurrence sur l'investissement. En premier lieu, une forte concurrence sur le produit/le marché entraîne une baisse des profits, ce qui peut affecter les incitations à innover. En présence d'une concurrence féroce, l'effet des IDE sur l'innovation et l'investissement des entreprises locales sera relativement faible. En second lieu, la concurrence peut fournir aux entreprises des incitations à innover afin d'échapper à la concurrence sur le produit/le marché. Cet effet d'« échappement à la concurrence » domine lorsque le pouvoir de marché ex post est relativement élevé, alors que le contraire est vrai lorsque le marché est plus concurrentiel. Les IDE peuvent à leur tour avoir un effet si l'effet décrit par Schumpeter prévaut, puisqu'il affectera le niveau de pouvoir de marché et, partant, les incitations à investir et innover, en affectant le niveau de concurrence dans l'industrie concernée. Les deux effets se conjuguent pour produire la courbe en U inversé de la relation entre concurrence et innovation élaborée par (Aghion et al., 2005^[5]) où le degré optimal de concurrence se situe à un niveau intermédiaire.

26. Il est difficile de tirer de ces contributions majeures des conclusions tranchées sur le lien entre la structure de marché et les incitations à investir. D'une part, nous avons l'argument classique selon lequel la concurrence encourage l'innovation et l'investissement car cette structure de marché fournit les plus grandes incitations à échapper à la concurrence. D'autre part, nous trouvons l'idée schumpetérienne selon laquelle la présence de rentes ex post est cruciale pour stimuler les choix des entreprises, de telle sorte que les rentes de monopole maximisent les incitations à investir et innover.

3.3. Incitations à investir, imperfections du marché et marchés réglementés

27. Les incitations à investir ne dépendent pas seulement de la structure du marché et de la dynamique concurrentielle à laquelle l'entreprise qui investit est confrontée, mais également d'autres facteurs comme les imperfections du marché et les objectifs politiques existants poursuivis par le gouvernement, autres que l'encouragement de l'investissement.

28. Les incitations à investir sont directement affectées par des imperfections du marché, notamment des barrières à l'entrée qui découragent les investissements étrangers ou augmentent leur coût. Les barrières à l'entrée peuvent être de nature structurelle (par exemple, des coûts irrécupérables, des avantages dont jouissent les concurrents en termes de coûts, des économies d'échelle et des exigences élevées en termes de capital) ou comportementale. Elles incluent les manières dont les entreprises en place (nationales, étrangères ou publiques) se comportent sur le marché afin d'empêcher que des

concurrents accèdent à ce marché, en se livrant à des pratiques anticoncurrentielles, comme l'exclusion, la confiscation, la prédation, etc. La politique de concurrence peut, grâce aux efforts de plaidoyer des autorités de la concurrence, contribuer à abaisser ou éliminer des barrières structurelles à l'entrée de nature légale, et peut également, grâce à l'application du droit de la concurrence, discipliner directement des entreprises qui chercheraient à exercer une certaine forme de pouvoir de marché afin d'empêcher l'entrée d'investisseurs étrangers. D'où l'importance pour la politique d'investissement d'avoir un régime de concurrence sain, sûr et efficace.

29. L'interface entre la politique de concurrence et les IDE est souvent liée à l'existence d'une **réglementation du marché**, qu'il s'agisse d'une réglementation de l'accès, d'une réglementation des prix ou d'autres formes de réglementation économique pouvant impacter la capacité ou les incitations des entreprises à investir sur ce marché. La raison tient au fait que de nombreux secteurs réglementés ne sont pas ouverts ou ne sont que partiellement ouverts à la concurrence, et sont donc moins contestables que d'autres secteurs de l'économie. Tel est souvent le cas des industries de réseau, où des marchés réputés concurrentiels sont séparés d'activités réservées (dégrouper) et où l'accès aux réseaux détenus par l'entreprise en place est réglementé par des règles en matière d'accès et des conditions tarifaires. Une réglementation asymétrique favorisant des entreprises nationales par rapport à des entreprises étrangères peut avoir un impact direct sur les politiques d'encouragement de l'investissement, mais peut être mue par des considérations politiques autres que l'efficacité et la contestabilité du marché⁵.

30. Bien qu'elle vise à créer des marchés concurrentiels lorsque les forces du marché n'y parviennent pas, la réglementation économique peut également poursuivre simultanément d'autres objectifs politiques. L'un des secteurs les plus importants de la réglementation gouvernementale, susceptible d'avoir un impact négatif sur la capacité des entreprises à entrer sur un marché national grâce aux IDE, concerne les industries caractérisées par une forte présence de l'État et/ou dominées par des **entreprises publiques**. L'exemple le plus flagrant de cas dans lesquels des entreprises publiques ou d'autres entreprises très réglementées constituent des obstacles aux IDE, est celui où elles détiennent une mission les habilitant à agir comme unique fournisseur dans une industrie particulière (c'est-à-dire que des entreprises privées, étrangères ou nationales, n'ont tout simplement pas le droit d'entrer sur ce marché). Ces secteurs de l'économie sont souvent la cible de politiques protectionnistes adoptées par des pays afin de protéger l'intérêt national et de favoriser des « champions nationaux », ce qui implique, par définition, d'accorder un traitement préférentiel à certaines entreprises par rapport à d'autres, sur la base du critère de la nationalité⁶.

31. Les politiques d'encouragement de l'investissement ont également été fortement influencées ces dernières années par les craintes de distorsion de la concurrence résultant du **subventionnement de l'entreprise investisseur**. Les gouvernements ont été de plus en plus préoccupés par le risque de distorsions du marché lorsque les investisseurs bénéficient d'avantages indus dans leur marché d'origine, notamment des subventions, des avantages publics, la possibilité de subventions croisées, etc. Les subventions faussent souvent le jeu de la concurrence en modifiant les signaux du marché, ce qui provoque des inefficiences, des distorsions de prix et des incitations altérées. Étant donné que les pratiques de subventionnement manquent souvent de transparence, les désaccords à propos des subventions sont une source majeure de tension dans les relations commerciales. Ces désaccords peuvent continuer à conduire à un nationalisme économique croissant, à une intervention de l'État et/ou au protectionnisme, avec un impact direct sur la capacité et les incitations des entreprises à réaliser des IDE, en raison de l'adoption de mesures visant à examiner très attentivement l'impact de ces avantages lorsque des entreprises étrangères investissent dans la juridiction.

Encadré 1. Contrôle des subventions dans l'Union européenne et aux États-Unis

Le Conseil européen, par exemple, est parvenu à un accord politique sur une nouvelle réglementation qui devrait régler les effets potentiels de distorsion des subventions étrangères. La réglementation donnera à la Commission européenne le pouvoir d'enquêter sur, et de contrer, des subventions étrangères ayant un effet de distorsion du marché, accordées à des sociétés créées pour acquérir des entreprises de l'UE ou pour prendre part à des procédures de passation de marchés publics dans l'UE.

De la même manière, les parlementaires républicains aux États-Unis ont déposé deux projets de loi sur cette question (Projets de loi H.R. 5639 et S.4322) en 2021 et 2022, sous le titre « Foreign Merger Subsidy Disclosure Act » (Loi sur la divulgation obligatoire des subventions reçues de l'étranger dans le cadre d'une opération de fusion). Ces lois exigeraient des entreprises subventionnées par des gouvernements étrangers de divulguer cette information lorsqu'elles visent une grande opération de fusion.

4. Examens de filtrage des IDE et examens de contrôle des fusions

32. Cette section donne une vue d'ensemble des mécanismes de filtrage des IDE et de contrôle des fusions, en examinant quels sont respectivement leurs objectifs, leurs conditions de déclenchement, leurs aspects procéduraux et de fond, ainsi que les mesures correctives qu'ils peuvent prévoir et le contrôle judiciaire dont ils font l'objet.

4.1. Filtrage des IDE pour des motifs d'intérêts de sécurité essentiels

4.1.1. Vue d'ensemble et objectifs

33. L'investissement étranger est largement considéré comme bénéfique pour les économies hôtes. Dans certains scénarios, des projets d'investissement particuliers peuvent cependant inspirer des préoccupations en raison des incidences qu'ils peuvent avoir sur des intérêts « de sécurité essentielle », « de sécurité nationale » ou « d'intérêt public » (voir Encadré 2 sur la terminologie). Ces préoccupations peuvent découler du risque d'espionnage ou de sabotage, si l'entreprise contrôlée par l'étranger et ses opérations dans le pays hôte permettent l'accès à des informations sensibles. À titre d'exemple, l'entreprise concernée peut obtenir cet accès en raison de sa proximité physique avec des sites sensibles, ou au motif que la collecte de données sensibles fait partie de ses activités dans le pays hôte. La participation à des opérations de maintenance d'une infrastructure critique est un exemple d'investissement étranger susceptible de permettre le sabotage de cette infrastructure. D'autres préoccupations ont trait au contrôle étranger de chaînes d'approvisionnement ou à la fourniture de produits ou services critiques qui crée des dépendances – un problème lié au concept de « risque de dépendance à un fournisseur unique ». Des acteurs mal intentionnés pourraient exploiter leur position dans la chaîne d'approvisionnement, en particulier s'ils contrôlent une part significative des produits ou services leur permettant d'exercer une pression sur le gouvernement hôte. Il s'y ajoute une autre préoccupation : l'acquisition par des étrangers de capacités technologiques qui pourraient être utilisées contre les intérêts du pays hôte ou des intérêts alliés, par exemple si ces capacités sont utilisées dans des applications de défense par un adversaire potentiel.

Encadré 2. Sécurité essentielle, sécurité nationale, ordre public et intérêt national

Différents concepts sont employés dans le contexte du filtrage des investissements. Ils sont notamment désignés sous les termes suivants : « sécurité essentielle », « sécurité nationale », « ordre public » et « intérêt national ». Le terme « intérêt national » recouvre un concept large, qui permet aux autorités du pays hôte de prendre en considération un vaste éventail d'intérêts publics auxquels l'investissement projeté peut toucher, notamment les effets sur l'emploi, la base d'imposition, des effets économiques plus larges, etc. Le nombre de pays parmi les économies avancées qui examinent un investissement sous l'angle de ses effets sur « l'intérêt national » est faible et n'a pas augmenté récemment. Les examens de cette nature sont soumis aux instruments juridiques de l'OCDE relatifs à l'investissement, en particulier les Codes de la libéralisation de l'OCDE, et ne peuvent être entrepris que dans des circonstances très étroites.

En vertu des politiques actuelles en la matière, l'attention se concentre désormais sur des examens portant uniquement sur un ensemble beaucoup plus étroit d'intérêts, décrits sous les termes d'intérêts « de sécurité essentielle », « de sécurité nationale » ou « d'ordre public ». Ces différences de terminologie n'impliquent pas nécessairement des différences de portée dans la pratique. En effet, le contenu de ces concepts est en évolution constante, étant donné que de nouvelles menaces ou vulnérabilités deviennent connues, qui poussent les gouvernements à adapter leurs réponses à celles-ci. Les instruments régissant la politique d'investissement, notamment les Codes de l'OCDE (OCDE, 2022^[6]) définissent les mesures qui sont prises afin de sauvegarder des intérêts de sécurité essentielle ou d'ordre public. Les gouvernements sont donc libres d'introduire de nouvelles mesures dans le cadre de ces concepts.

34. Au-delà des simples chiffres mentionnés ci-dessus à propos de la croissance des mécanismes de filtrage opérationnels dans les juridictions de l'OCDE (voir 2. ci-dessus et en particulier le Graphique 3), les changements politiques des dernières années ont apporté des changements qualitatifs majeurs dans la conception et l'administration des mécanismes de filtrage des investissements. Leur conception est désormais beaucoup plus affinée et clairement articulée ; le champ des transactions soumises à examen et les obligations corrélatives de l'investisseur sont plus clairement définis ; les responsabilités et pouvoirs des autorités compétentes sont établis, et ces autorités sont dotées du personnel et des ressources nécessaires afin de leur permettre d'accomplir leur mission. Un grand nombre de réformes du régime légal de filtrage des investissements ont été inspirées par les [Lignes directrices de l'OCDE sur les politiques d'investissement des pays d'accueil relatives à la sécurité nationale](#) de 2009, qui constituent une Recommandation de l'OCDE décrivant la bonne politique à adopter pour concevoir le mécanisme de filtrage des investissements et les politiques connexes.

35. Ces évolutions, et l'expansion considérable de la portée des mécanismes de filtrage des investissements, ont conduit à une augmentation rapide du nombre de transactions relevant du champ d'application de ces mécanismes.

36. Il est difficile d'estimer l'effet réel que l'augmentation des mécanismes de filtrage des investissements et du nombre croissant de transactions examinés a eu sur l'investissement international. Il est possible que certaines transactions ne soient pas proposées en raison de mécanismes de filtrage nouveaux ou renforcés. Il est également possible que des investisseurs présentant certaines caractéristiques considèrent que certaines transactions ne sont plus viables, ou ne soient pas invités à faire des offres d'acquisition, au motif que les vendeurs ou les acquéreurs potentiels s'attendent à des retards, des coûts ou des obstacles en raison de la procédure d'examen. Il n'existe pas de données fiables sur l'impact que le renforcement du filtrage des investissements a eu sur les transactions d'investissement,

et cet impact dépend probablement fortement du secteur industriel, de l'origine ou de la propriété de l'investisseur et du pays où l'investissement a lieu.

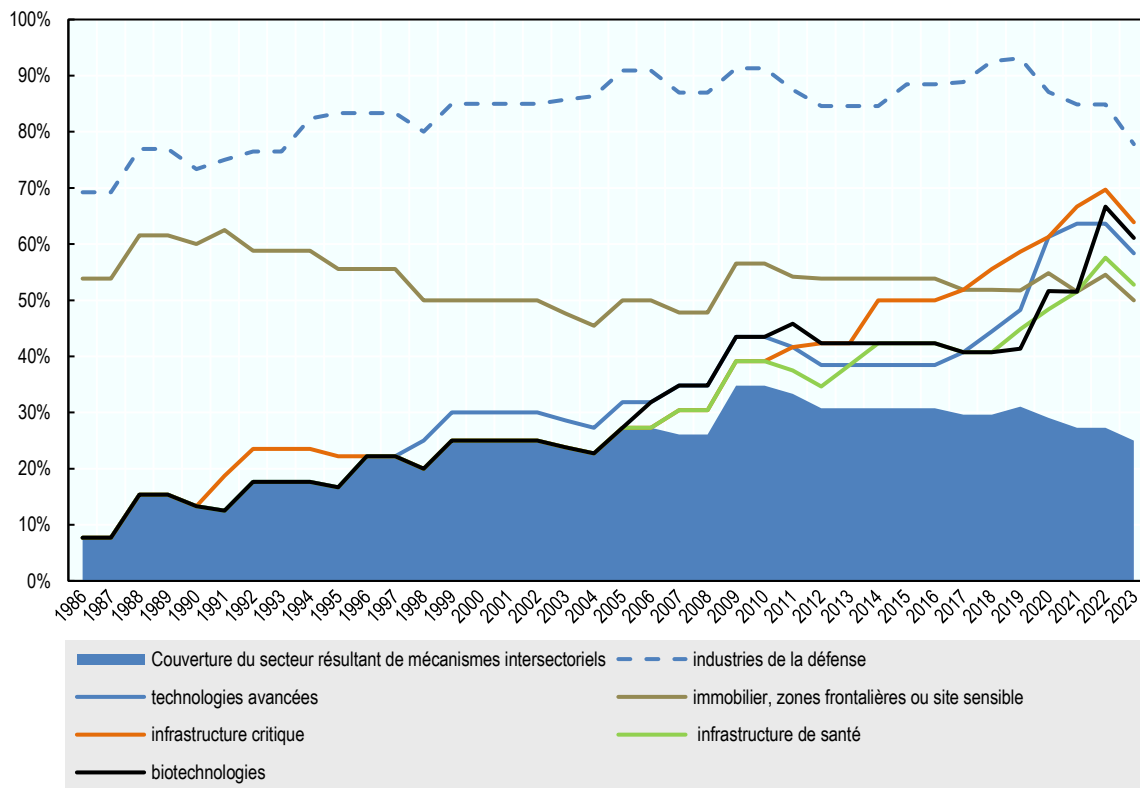
37. Les différents pays ont conçu leurs mécanismes d'examen des investissements afin qu'ils correspondent à leur perception individuelle de leur exposition, au profil de leur économie respective et à des facteurs similaires. Les sections suivantes décrivent les composantes des mécanismes de contrôle des investissements et leurs caractéristiques au regard de critères communs. Cette présentation ne doit pas être interprétée comme suggérant que les pays de l'OCDE se sont dotés d'un ensemble commun de règles dans ce domaine.

4.1.2. Conditions de déclenchement du filtrage des investissements

38. La question de savoir si une transaction projetée sera examinée afin d'évaluer ses implications pour des intérêts de sécurité essentiels dans le pays hôte dépend généralement de la réunion de certains critères posés par la loi. Ces critères reflètent l'évaluation abstraite par le législateur des transactions qui sont susceptibles de poser un risque et qui justifient donc un examen au cas par cas. Ils ont généralement trait aux caractéristiques de l'actif objet de l'acquisition (par exemple, le secteur industriel, l'emplacement physique, une technologie sensible), à celles de l'acquéreur (par exemple, acquéreur étranger, nationalité ou résidence spécifique de l'acquéreur, contrôle étatique de l'acquéreur) ; et à celles de la transaction (par exemple, si elle conduit à la détention d'une participation de contrôle ou d'une autre participation significative⁷) (OCDE, 2020, p. 44^[7]).

39. De nombreux pays ont désormais mis en place des mécanismes de filtrage qui appliquent ces paramètres en relation avec le caractère sensible de la transaction, prédéterminé de manière abstraite. Ainsi, les transactions dans des secteurs plus sensibles peuvent être soumises à un contrôle plus étroit, qui prend la forme d'exigences d'autorisation préalable, d'abaissement des seuils de déclenchement, etc., comparées à des transactions intervenant dans des secteurs moins sensibles. Un nombre croissant de secteurs, - au-delà du secteur traditionnel de la défense et de l'immobilier dans des sites sensibles -, sont désormais considérés comme sensibles. Ainsi, les infrastructures critiques, les technologies avancées, les biens à double usage et l'industrie de la santé relèvent de plus en plus du champ d'application des mécanismes de filtrage des investissements. Certains pays ont établi des mécanismes de filtrage intersectoriel, qui ne s'appliquent pas seulement à un ensemble limité de secteurs mais à l'ensemble de l'économie (mais peuvent néanmoins moduler les seuils de déclenchement ou les obligations de l'investisseur en fonction du secteur spécifique concerné par l'acquisition). Le Graphique 5 montre comment la fréquence relative d'inclusion de certains secteurs dans le champ d'application des mécanismes de filtrage des investissements a évolué au cours des décennies passées dans les pays membres de l'OCDE.

Graphique 5. Fréquence relative d'inclusion de certains secteurs dans le champ d'application des mécanismes de filtrage des investissements dans les pays de l'OCDE (1986-2022)



Note : La fréquence relative est évaluée comme le nombre d'occurrences d'inclusion d'un secteur donné dans le champ d'application d'un mécanisme de filtrage des investissements dans un pays donné, dans tous les pays qui procèdent au filtrage des investissements pendant une année donnée. Les données pour 2022 reflètent les politiques en vigueur au 30 octobre 2022.

Source : OCDE.

40. Dans de nombreux pays, les investisseurs qui sont ressortissants ou résidents de certains pays alliés figurent sur liste blanche et certaines au moins de leurs acquisitions sont exemptées de filtrage (OCDE, 2020, p. 55^[7]).

41. Les critères qui déterminent si une transaction doit être examinée ne suggèrent pas en soi qu'une transaction déclenche un risque, et ce ne sont pas les critères selon lesquels la transaction sera finalement évaluée. Ces critères déclenchent plutôt des obligations pour l'investisseur (et, occasionnellement, pour la cible de l'acquisition) et ouvrent la compétence des autorités afin d'examiner la transaction. Si les mécanismes en place imposent une obligation de porter la transaction à l'attention des autorités, des sanctions civiles ou pénales contraignent habituellement les entités à se conformer aux obligations de notification ; en outre, la possibilité d'un examen ultérieur et l'interdiction des transactions non notifiées sont autant d'incitations économiques supplémentaires à notifier des transactions (OCDE, 2020, p. 88^[7]).

42. Le contrôle d'un investissement a généralement lieu au moment de la transaction, mais il peut intervenir beaucoup plus tard dans certains cas, si l'investisseur s'est abstenu de notifier la transaction. Excepté dans certaines circonstances rares et dans quelques juridictions, le filtrage des investissements n'est pas interprété comme un processus continu de gestion du risque lié à la propriété étrangère d'un actif. Des événements ultérieurs relatifs à l'investissement, de nouvelles informations ou des changements de l'environnement global ne permettent pas normalement à un gouvernement d'intervenir dans le statut de propriété (OCDE, 2020, p. 89^[7]). Les autorités chargées du filtrage doivent donc anticiper le risque futur

lié à l'acquisition ou à la propriété d'actifs sensibles pendant des périodes potentiellement longues. Par ailleurs, il n'est pas possible de remédier à la croissance graduelle du risque, résultant par exemple d'une série de transactions subséquentes, autrement qu'en examinant des transactions individuelles *supplémentaires*.

43. La définition du type de transaction devant faire l'objet d'un contrôle obéit à des règles différentes selon les pays, en particulier en ce qui concerne la question de savoir si et comment seront traités des acquisitions indirectes, des participations plus importantes au capital et des changements d'orientation de l'activité des entreprises cibles⁸.

4.1.3. Modalités procédurales

44. Les modalités procédurales du filtrage des investissements sont très diverses. Les paramètres sur lesquels différents pays ont fait des choix différents dépendent des questions suivantes : le point de savoir si les investisseurs doivent obtenir une approbation préalable, s'ils *doivent* notifier (notification obligatoire) ou s'ils *peuvent* notifier (notification volontaire) des transactions afin d'obtenir la sécurité juridique indispensable à la transaction projetée ; quels sont les délais applicables à la procédure d'examen ; quelles sont les informations à fournir par les investisseurs et quelle est la latitude accordée aux investisseurs pour proposer des mesures potentielles d'atténuation. En ce qui concerne les délais, la plupart des mécanismes les fixent précisément et prévoient des délais courts susceptibles de prolongation (OCDE, 2021, p. 25^[8]). Toutefois, un grand nombre des mécanismes plus anciens qui sont moins détaillés n'instaurent pas des calendriers prévisibles ou des délais définis, ce qui empêche les entreprises d'anticiper le délai total qui sera nécessaire pour parvenir à une décision (OCDE, 2020, p. 104^[7]) (OCDE, 2021, p. 13^[8]). Ce mécanisme joue un rôle relativement limité dans la pratique, si tant est qu'il en joue un.

45. De nombreux pays prévoient également la possibilité d'examiner d'office des transactions qui n'ont pas à être notifiées ou qui n'ont pas été notifiées en dépit d'une obligation de ce faire. Dans certains pays, des délais absolus ou relatifs sont prévus pour ces procédures d'examen d'office. Les délais relatifs courent à partir du moment où l'autorité a eu connaissance de la transaction, tandis que les délais absolus courent à partir du moment où la transaction a été exécutée.

46. Dans les juridictions où un examen n'est pas obligatoire, les investisseurs peuvent demander une décision de non-objection afin d'obtenir la sécurité juridique requise pour leur transaction, étant donné qu'une décision formelle empêche l'examen ultérieur d'une transaction donnée.

4.1.4. Évaluation

47. Les transactions notifiées font l'objet d'un examen individuel, sous réserve qu'elles relèvent du champ d'application du mécanisme de filtrage⁹. Le résultat de cet examen et l'appréciation des critères applicables à une transaction spécifique sont moins transparents pour les parties concernées et le grand public, étant donné qu'ils impliquent des informations sensibles à propos des évaluations gouvernementales et des secrets d'affaires des parties en cause. Dans de nombreuses juridictions, le fait même qu'une transaction soit en cours de contrôle est confidentiel. Ce secret et l'incertitude à propos des résultats du contrôle ont alimenté la perception chez les tiers que l'issue des mécanismes d'examen des investissements est opaque et imprévisible, et que ces mécanismes peuvent être utilisés abusivement dans certains cas pour faire de la discrimination contre des étrangers.

48. Il n'est pas facile de résumer les raisons pour lesquelles les autorités gouvernementales estiment qu'une transaction spécifique crée un risque pour des intérêts de sécurité essentiels, à la fois dans certains cas particuliers – dans la mesure où cette information devient connue – et globalement. Les facteurs qui servent de critères de déclenchement et sont définis dans les règles régissant les mécanismes de filtrage joueront généralement – mais pas nécessairement – un rôle dans l'évaluation au cas par cas de transactions individuelles.

49. Des appréciations différentes, le grand rôle joué par les pronostics et des intérêts concurrents afin d'attirer des capitaux étrangers pour en tirer les bénéfices sociétaux corrélatifs, complexifient considérablement les décisions de filtrage. Cette situation conduit à un vaste éventail de résultats possibles, en fonction des hypothèses sur les évolutions futures qui sous-tendent la décision, dans un environnement mondial rapidement changeant en termes de sécurité.

4.1.5. Mesures d'atténuation

50. L'augmentation du nombre de transactions contrôlées a également entraîné une augmentation du nombre de transactions autorisées uniquement sous condition de remplir certaines obligations spécifiques à la transaction. Les interdictions pures et simples de transactions individuelles continuent d'être excessivement rares.

51. Les obligations imposées aux investisseurs ou convenues avec eux, connues sous le nom de mesures d'atténuation, sont un instrument permettant de garantir la proportionnalité des décisions de filtrage. Elles visent à permettre que la transaction soit réalisée, tout en traitant des risques de sécurité identifiés. La part des transactions dans lesquelles des mesures d'atténuation ont été appliquées, par rapport au nombre de transactions examinées, demeure relativement faible et l'existence ainsi que le contenu des mesures d'atténuation sont presque toujours tenus confidentiels. Plus récemment, un nombre limité de juridictions ont révélé dans leurs rapports annuels ou leur législation leurs pratiques et les types d'obligations pris en considération pour l'adoption de mesures d'atténuation. Ces listes de mesures traduisent notamment des efforts pour garantir aux gouvernements un approvisionnement continu en certains produits ou services, la volonté de gérer l'accès de personnes qui ne sont pas totalement de confiance à certaines informations ou technologies, des restrictions limitant la participation à la direction de l'entreprise dans laquelle une participation est acquise, ou des exigences de notification applicables à certaines transactions.

52. Les mesures d'atténuation peuvent soit traiter des risques pour la sécurité en modifiant l'objet de la transaction (mesures d'atténuation modificatrices), soit imposer des obligations que l'acquéreur accepte de mettre en œuvre pendant une période donnée (mesures d'atténuation d'accompagnement) (OCDE, 2022, p. 14^[9] ; OCDE, 2020, p. 73^[7])¹⁰. Le choix entre les deux catégories de mesures a des implications considérables pour les autorités et les investisseurs. Les premières n'exigent généralement pas un suivi important au fil du temps et leur respect est plus facile à évaluer, alors que les dernières peuvent exiger des ressources pendant des périodes plus longues, afin de contrôler leur respect et de les faire appliquer. Afin d'externaliser certaines des tâches liées au contrôle de conformité, plusieurs pays permettent aujourd'hui la délégation de ce rôle de contrôle à des tiers indépendants aux frais de l'investisseur (OCDE, 2022, p. 26^[9]).

4.1.6. Contrôle judiciaire

53. En raison du caractère sensible des informations pour les parties concernées et des implications potentielles en termes de réputation, les candidats acquéreurs contestent rarement les décisions administratives devant des tribunaux ou juridictions similaires. En outre, le contrôle judiciaire peut toucher à des compétences essentielles relevant de la souveraineté de l'État et entrer en conflit avec l'obligation de tenir secrètes certaines informations relatives à la sécurité (OCDE, 2020, p. 94^[7]). La quasi-absence de jurisprudence sur les contrôles d'investissements contribue à la rareté des informations sur la pratique administrative dans ce domaine politique.

54. Jusqu'à présent, le nombre de décisions de filtrage qui ont été contestées en justice a été limité. Dans un échantillon de 62 économies, une seule décision de filtrage pour des motifs de sécurité essentielle avait fait l'objet d'une contestation selon les informations connues à mi-2020, qui a finalement été réglée par voie de transaction (OCDE, 2020, p. 94^[7]). Depuis lors, quelques rares autres procédures ont pris fin,

mais elles portaient principalement sur l'existence même du pouvoir de contrôler une transaction, et n'ont donc pas permis d'éclairer certains aspects de fond.

55. Toutefois, lorsqu'une nouvelle législation vient d'être introduite et qu'il n'existe donc aucune orientation pouvant guider l'interprétation de ses dispositions, le contrôle judiciaire assume un rôle particulièrement important. Le contrôle judiciaire sert plusieurs objectifs fondamentaux, en veillant au respect des principes d'une bonne administration de la justice sur le fond et en la forme, en contribuant à l'application cohérente des règles, en encadrant le pouvoir discrétionnaire des autorités et en aidant à identifier les besoins de réforme lorsque les résultats ne correspondent pas aux intentions politiques (OCDE, 2020, p. 94^[7]). Les [Lignes directrices de l'OCDE sur les politiques d'investissement des pays d'accueil relatives à la sécurité nationale](#) de 2009 mettent également l'accent sur le fait que la possibilité pour les investisseurs de solliciter un contrôle administratif ou judiciaire des conclusions de l'examen fondé sur la sécurité nationale, réalisé par la branche exécutive de l'État hôte, accroît la redevabilité.

56. Il existe des divergences entre les juridictions et des incertitudes parmi elles à propos du rôle que les tribunaux joueront pour façonner les nouveaux régimes et pour déterminer si et comment ils encadreront finalement les pouvoirs discrétionnaires des autorités.

57. Le contrôle judiciaire des décisions de filtrage des IDE est limité dans certaines juridictions (par exemple, les décisions présidentielles aux États-Unis¹¹), mais est disponible en vertu de règles spécifiques dans certains pays (par exemple, en Finlande, en France et au Portugal) ou générales (par exemple, en Allemagne) dans d'autres. Les États membres de l'UE imposent obligatoirement de pouvoir disposer d'un recours contre des décisions de filtrage¹².

58. Lorsque le contrôle judiciaire n'est pas exclu, l'étendue de ce contrôle (c'est-à-dire l'ampleur du pouvoir pour les tribunaux de rejurer l'affaire ayant donné lieu à la décision frappée d'appel) dépendra des règles nationales et du développement futur de la jurisprudence.

4.2. Examens de contrôle des fusions

4.2.1. Objectif

59. Les avantages procurés par des marchés concurrentiels efficaces sont bien connus, mais les objectifs spécifiques de la politique de concurrence et de la mise en œuvre du droit de la concurrence font depuis longtemps l'objet d'un débat¹³. Traditionnellement, il est largement reconnu que l'application du droit de la concurrence doit avoir pour objectif principal le bien-être des consommateurs. Le contrôle des fusions est un moyen d'atteindre cet objectif, car il vise à empêcher le préjudice qui serait causé aux consommateurs par des transactions susceptibles de réduire la concurrence future entre des entreprises rivales et/ou d'exclure des consommateurs¹⁴. Admettre en postulat que le bien-être des consommateurs est l'objectif principal de la politique de concurrence a des conséquences concrètes sur l'application du droit de la concurrence ; en effet, « si les consommateurs sont perdants du fait d'une pratique, cette dernière est considérée comme anticoncurrentielle, même si les pertes des consommateurs sont entièrement compensées par des gains du producteur » (Hovenkamp, 2019^[10]). Dans l'UE, la norme du bien-être des consommateurs est profondément enracinée dans le débat politique et dans les documents officiels. Les Lignes directrices sur les fusions horizontales, par exemple, soulignent qu'une concurrence effective entraîne une baisse des prix, une meilleure qualité, un choix plus large et une plus grande innovation, autant d'éléments qui bénéficient aux consommateurs¹⁵. Bien qu'elles soient actuellement en cours de réexamen, les Lignes directrices sur les fusions horizontales américaines de 2010 reflètent également ce souci de l'intérêt du consommateur, en décrivant comment les autorités antitrust examinent les effets des transactions sur les clients et les consommateurs, et en soulignant que le pouvoir de marché doit être évité, précisément au motif que des marchés concurrentiels, contrairement à la concentration, sont plus susceptibles de bénéficier aux consommateurs¹⁶.

60. En dépit de cette clarté, des appels à étendre le concept de bien-être des consommateurs, voire même à élargir les objectifs de la politique de concurrence ont été lancés dès la mise en place des mécanismes de contrôle. Les premières affaires portées devant la Cour suprême américaine à ce sujet révèlent également le souci de protéger des ouvriers contre le risque de perdre leur emploi¹⁷. Dans l'UE, la réglementation sur le contrôle des concentrations, bien qu'elle incorpore un critère purement fondé sur la concurrence, dispose également que la Commission doit aussi tenir compte, dans son évaluation d'une opération de fusion, d'autres objectifs fondamentaux définis dans les traités¹⁸. En outre, la réglementation de l'UE sur le contrôle des concentrations permet aux États membres de prendre des mesures appropriées afin de protéger leurs intérêts légitimes, qui incluent explicitement la sécurité publique, bien que des règles procédurales spécifiques subordonnent ces mesures à la condition qu'elles ne nuisent pas à d'autres objectifs fondamentaux du marché intérieur. Enfin, comme le décrit en détail la Section 5.2 ci-dessous, plusieurs régimes de droit de la concurrence permettent aux autorités de la concurrence ou à des organes (politiques) séparés de prendre en compte des exceptions fondées sur l'intérêt public.

4.2.2. Conditions de déclenchement du contrôle des fusions

61. Qu'il s'agisse d'un régime volontaire ou (tout particulièrement) d'un régime obligatoire (voir section 4.2.3 ci-dessous), il est essentiel que les conditions dans lesquelles des transactions peuvent ou doivent être notifiées aux autorités de la concurrence soient claires et objectives¹⁹. En effet, l'incertitude à propos de ces conditions pourrait augmenter les coûts à la fois pour les entreprises et pour les autorités, puisque les premières devraient faire des recherches et engager des ressources pour savoir si elles doivent engager une procédure auprès des autorités de la concurrence, tandis que les dernières devraient investir des ressources afin de contrôler les marchés et de découvrir si des entreprises ont violé l'obligation de notification préalable et ont procédé à la réalisation anticipée d'une transaction soumise à cette obligation (ces deux infractions étant communément désignées sous le terme de « gun jumping »).

62. Deux aspects sont essentiels dans la fixation des conditions assujettissant des transactions au contrôle des fusions : 1) définir quelles transactions justifient un examen dans le cadre du contrôle des fusions ; et 2) fixer des seuils qui, s'ils sont atteints, imposent que les transactions concernées soient notifiées à une autorité de la concurrence spécifique (OCDE, 2013^[11]).

63. En ce qui concerne la première catégorie de conditions, la définition des transactions **justifiant un examen dans le cadre du contrôle des fusions** vise à identifier ex ante les concentrations qui entraînent des changements de la structure du marché de telle nature qu'ils pourraient potentiellement affecter les incitations d'entreprises à exercer une concurrence et, partant, bouleverser l'équilibre concurrentiel au niveau de tout le marché concerné. Les juridictions ont habituellement recours à deux types de critères pour identifier ces transactions : des critères économiques et des critères objectifs.

- Les critères économiques s'appuient sur l'essence d'une transaction et se concentrent sur la capacité à exercer une influence *de jure* or *de facto* sur une entreprise qui était auparavant indépendante. Le contrôle (et ses différentes déclinaisons) est le critère économique le plus communément utilisé. Plusieurs autorités de la concurrence ont examiné si l'acquisition d'intérêts minoritaires devrait également suffire à déclencher un contrôle. En effet, des participations minoritaires peuvent affecter les incitations de l'actionnaire minoritaire à faire concurrence, par exemple en lui donnant une incitation à réduire sa production ou à augmenter ses prix, si la perte peut ensuite être récupérée grâce à sa participation dans la cible. Bien que certaines juridictions étendent leur contrôle à des transactions conduisant à des influences minoritaires inférieures à une influence de contrôle ou décisive²⁰, la plupart ne le font pas. Tout récemment, la Commission européenne a examiné la possibilité de réformer le contrôle des fusions sur ce point, mais a finalement abandonné cette option, après être parvenue à la conclusion que la charge qu'elle ferait peser sur les investisseurs, ainsi que sur le personnel de la Commission, serait plus lourde que

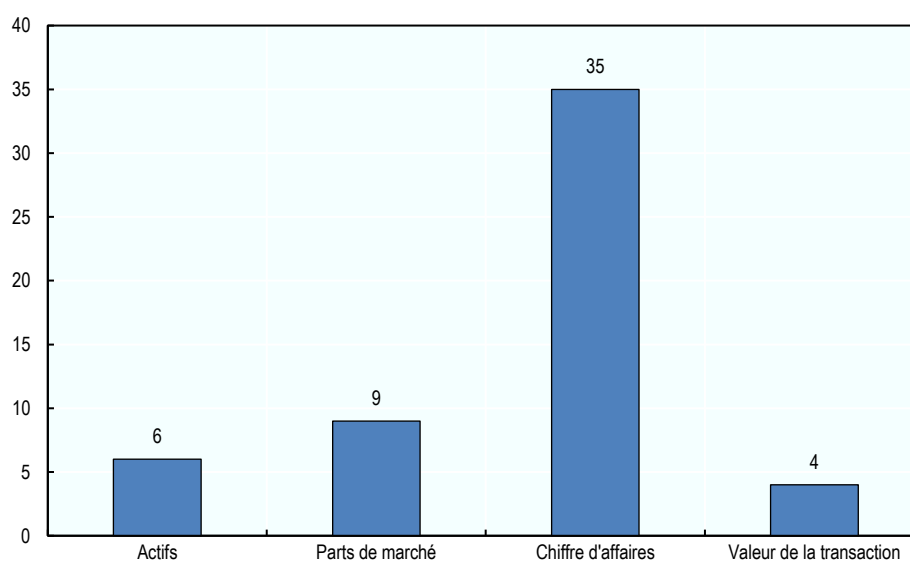
les bénéfices découlant de l'examen des notifications d'acquisitions minoritaires ne conférant pas une minorité de contrôle (Commission européenne, 2021^[12]).

- Les critères objectifs visent à tourner les difficultés posées par les critères économiques, en évitant la nécessité de procéder à des évaluations laborieuses et en réduisant la marge d'interprétation. Les critères objectifs les plus courants prennent la forme de participations spécifiques au capital de l'entreprise cible (par exemple, exprimées en pourcentage du capital de la cible), qui agissent comme des indicateurs des effets potentiels de la transaction sur la relation entre les parties et laissent très peu de place à des conclusions divergentes.

64. La seconde catégorie de conditions concerne les seuils de notification, qui servent à identifier les transactions qui ont un **poinds suffisant** et ont un **lien suffisamment étroit** avec une juridiction donnée pour exiger leur notification à l'autorité de la concurrence compétente. Il convient de noter que ces seuils de notification sont pour la plupart horizontaux et non spécifiques à un secteur, bien que certaines juridictions aient des règles spéciales pour certains secteurs spécifiques, que ce soit en termes de niveau de seuils ou en termes de compétence pour examiner la transaction²¹.

65. Le graphique ci-dessous donne un aperçu des critères de notification dans les juridictions de l'OCDE.

Graphique 6. Critères choisis pour les seuils de notification dans les juridictions de l'OCDE (2022)



Légendes du graphique : Actifs – Parts de marché – Chiffre d'affaires – Valeur de la transaction

Source : (OCDE, 2022^[13])

66. Comme le montre le graphique, la plupart des juridictions de l'OCDE utilisent des critères basés sur le chiffre d'affaires de l'entreprise, bien que certaines aient (également) recours à des seuils basés sur des actifs ou sur le pouvoir de marché, tels les parts de marché ou la position dominante²². En dépit de leur effet positif en termes de sécurité juridique, les seuils de notification quantitatifs ont également révélé des failles, car ils peuvent manquer d'appréhender des transactions problématiques qui sont en-deçà des seuils. Afin de contrôler ces transactions potentiellement problématiques, plusieurs juridictions ont récemment adopté des approches différentes. À titre d'exemple, le Royaume-Uni a adopté une mesure transitoire jusqu'à l'adoption du National Security and Investment Act 2021, abaissant les seuils de notification à la CMA pour certains secteurs sensibles, afin de garantir que toutes les transactions soient examinées, y compris celles impliquant de petites entreprises ayant une technologie hautement

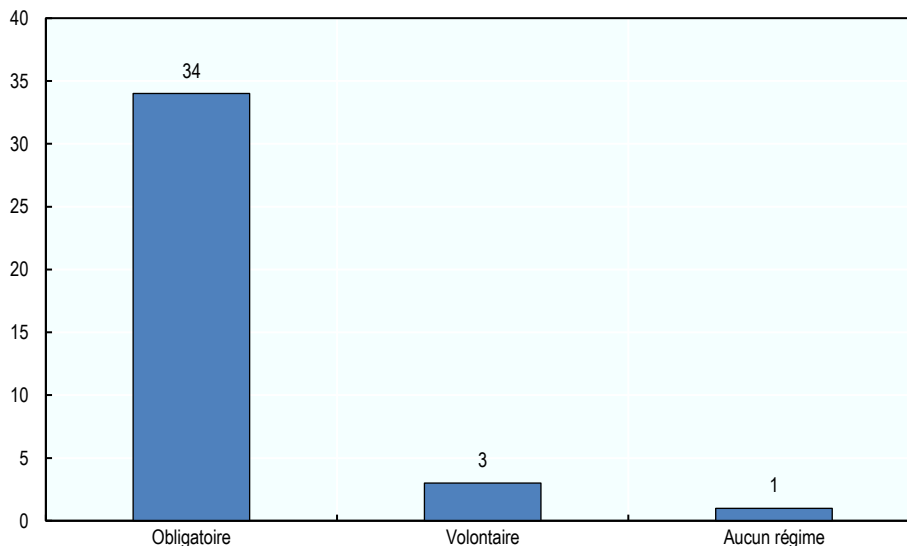
spécialisée²³. Afin de garantir le contrôle d'acquisitions d'entreprises innovantes naissantes par des entreprises en place, l'Allemagne et l'Autriche ont introduit des seuils de valeur de la transaction en 2017.

67. Cependant, tous ces critères de notification ont un point commun : la nationalité de l'acquéreur n'est pas un critère pertinent pour les besoins de la notification. En effet, les seuils de notification pour le contrôle des fusions sont neutres, et ne tiennent pas compte du fait que l'acquéreur est une entreprise immatriculée localement ou une entreprise étrangère. Par ailleurs, certaines caractéristiques de l'acquéreur, telle sa nature d'entreprise publique poursuivant des objectifs autres que la maximisation des profits, peuvent jouer un rôle dans l'évaluation subséquente de la transaction sur le fond²⁴.

4.2.3. Effets de la notification

68. La plupart des juridictions de l'OCDE ont adopté un régime de notification obligatoire (voir Graphique 7).

Graphique 7. Types de régime de contrôle des fusions, juridictions de l'OCDE (2022)



Légendes du graphique : Obligatoire – Volontaire – Aucun régime
Source : (OCDE, 2022^[13])

69. La plupart des régimes de notification obligatoire prévoient également des effets suspensifs et des obligations de moratoire. Cela signifie que les parties à la fusion ont l'obligation de notifier leur transaction et celle de ne pas réaliser la fusion jusqu'à ce qu'elle soit autorisée. Cette dernière obligation vise à garantir que les parties demeurent indépendantes jusqu'à ce que l'autorité compétente ait déterminé que leur concentration n'aura pas d'effet négatif sur les structures du marché. La violation par les parties de l'une ou l'autre de ces obligations les exposera à des poursuites pour gun jumping (OCDE, 2018^[14]). Les autorités ont mis en place différentes méthodes de détection de ces violations, y compris des perquisitions²⁵ et des demandes formelles ou informelles d'informations. Les entreprises qui ont commis l'infraction de gun jumping peuvent encourir différentes sanctions, qui vont d'amendes jusqu'à des mesures correctives et la dissolution (OCDE, 2018, p. 32^[14]).

70. Certaines juridictions de l'OCDE dérogent au régime habituellement caractérisé par des notifications obligatoires et des obligations de moratoire corrélatives. Ainsi, certaines d'entre elles (par ex., l'Italie) ont un régime de notification obligatoire sans effets suspensifs automatiques. Dans d'autres

juridictions (par ex., l'Australie, le Royaume-Uni), en dépit d'un régime de notification volontaire, les autorités de la concurrence peuvent exiger des parties qu'elles ne réalisent pas l'acquisition jusqu'à l'issue du contrôle de la fusion.

4.2.4. Modalités procédurales et décisions

71. La grande majorité des juridictions de l'OCDE ont un régime de contrôle des fusions se déroulant en deux étapes ou phases (OCDE, 2022^[13]). Au cours de la Phase I, l'autorité examine les preuves disponibles dans un délai relativement court défini par la loi, et détermine si les preuves sont suffisantes pour autoriser la fusion (y compris en la soumettant à des conditions) ou s'il y a lieu de la soumettre à un examen approfondi au cours de la Phase II. Cette dernière phase implique une analyse plus approfondie des problèmes posés et la collecte d'informations et de preuves plus détaillées.

72. À l'issue de la Phase II, les autorités doivent établir si la transaction

- peut être autorisée au motif qu'elle ne génère aucun préjudice pour la concurrence ou, si elle génère ce préjudice, au motif qu'il est compensé par des effets pro concurrentiels suffisants ;
- génère un préjudice pour la concurrence suffisant pour qu'elle soit interdite ou que son autorisation soit soumise à des conditions.

73. Les deux phases sont soumises à des délais stricts définis dans la loi afin de garantir la sécurité juridique et de réduire la charge pesant sur les entreprises (par ex. en termes de coûts et de retards). Pendant cet examen, les parties à la fusion jouissent de droits spécifiques, substantiels et procéduraux, y compris le droit d'obtenir des informations sur les problèmes de concurrence importants posés par leur transaction, la possibilité de répondre et le droit de solliciter le réexamen des décisions définitives défavorables par un organe de jugement séparé²⁶.

74. Étant donné que l'analyse d'une fusion est un exercice prospectif, elle n'exige pas seulement d'évaluer un ensemble de faits actuels, mais également « [...] *une évaluation de ce qui se produira probablement si une fusion a lieu, par comparaison avec ce qui se produira probablement si elle n'a pas lieu ... la certitude à propos de l'effet anticoncurrentiel est rarement possible et n'est pas requise pour considérer qu'une fusion est illégale [...].* » (Ministère de la Justice et Commission fédérale du commerce des États-Unis, 2010^[15]) Dans plusieurs juridictions de l'OCDE (par ex., l'UE, l'Australie, les États-Unis), le point de basculement, au-delà duquel les autorités décident d'interdire une fusion ou de l'autoriser sous conditions, tient au fait que la fusion est « plus susceptible que non » d'être préjudiciable, bien que les dispositions exactes et la jurisprudence sur la plausibilité du préjudice diffèrent (OCDE, 2016^[16]).

4.2.5. Évaluations

75. Dans les juridictions de l'OCDE, les régimes de contrôle des fusions adoptent deux tests principaux pour évaluer les effets d'une fusion notifiée : (1) une diminution substantielle de la concurrence (test SLC pour « substantial lessening of competition ») ou un obstacle important au maintien d'une concurrence effective (test SIEC pour « significant impediment to effective competition ») ; et, plus rarement, (2) un test de domination, qui se concentre sur le point de savoir si une fusion est susceptible de créer ou de renforcer une position dominante. En premier lieu, les juridictions diffèrent à propos des seuils qu'elles appliquent pour déterminer si des effets dommageables probables sont suffisamment graves pour justifier le blocage d'une fusion (OCDE, 2002^[17]). En second lieu, un test SLC/SIEC est moins centré sur des questions structurelles, la définition du marché et les parts de marché, et se concentre plutôt sur l'impact de la fusion sur les contraintes concurrentielles existantes et plus largement sur ses effets sur l'équilibre du marché dans son ensemble (OCDE, 2009^[18]), sans qu'il soit besoin d'établir le leadership de l'entité fusionnée sur le marché pour contester une fusion. Selon cette norme, les autorités évaluent généralement si l'entreprise fusionnée peut avantageusement augmenter les prix en raison de la disparition de la concurrence entre les entités fusionnées (les « effets unilatéraux »), ou si les

changements dans la structure du marché entraînés par la fusion augmenteront les incitations des acteurs du marché à coordonner leur stratégie de marché (les « effets coordonnés »).

76. Un test SLC/SIEC est en réalité plus adapté à une approche basée sur l'économie, puisqu'il met l'accent sur la rivalité entre entreprises, les preuves empiriques et l'analyse économique, plutôt que sur des questions structurelles (OCDE, 2009^[18]). À titre d'exemple, c'est en se fondant sur un test SLC/SIEC que la Commission européenne a récemment étendu certaines théories du préjudice, en intervenant dans des fusions qui affectaient l'innovation en général, sans faire spécifiquement référence à des marchés de produits identifiés, à des pipelines de produits se chevauchant ou à la R&D²⁷. En règle générale, un test de domination, en particulier s'il est interprété comme incluant la domination d'une seule entreprise par opposition avec une domination collective, permettra de bloquer ou d'intervenir dans un moins grand nombre de fusions anticoncurrentielles qu'un test SLC/SIEC. Par exemple, un test de domination ne s'étend pas intrinsèquement aux effets coordonnés découlant d'une fusion qui permet aux entreprises de coordonner (de manière plus facile, plus efficace et plus stable) leur comportement et d'augmenter leurs prix. En outre, un test de domination ne permettra pas de bloquer la prise de contrôle d'un entrant potentiel par une entreprise en place, qui permettrait à des entreprises opérant sur des marchés oligopolistiques d'augmenter les prix sans qu'il y ait aucun leadership sur le marché (Röller et de la Mano, 2006^[19]).

4.2.6. Mesures correctives

77. Si l'examen de la fusion identifie des problèmes de concurrence, des mesures correctives peuvent être proposées par les parties ou imposées par l'autorité afin de les traiter et d'autoriser les transactions sous conditions. Les mesures correctives sont conventionnellement classées en

- Mesures correctives structurelles, telles que la cession (« désinvestissement ») de certaines activités ou de certains actifs, afin de créer ou de renforcer une source de concurrence, de manière à restaurer ou à maintenir la concurrence sur le marché en cause. Il s'agit de mesures ponctuelles qui n'exigent généralement aucune surveillance continue après leur mise en œuvre. Étant donné qu'elles règlent le problème de concurrence une fois pour toutes en rétablissant une structure de marché plus concurrentielle, et qu'elles sont plus faciles à administrer pour les autorités et moins coûteuses, elles constituent généralement l'option préférée des autorités²⁸. Si la cession est la mesure corrective choisie, et selon la juridiction, l'acquéreur sera identifié en amont lors de la conception de la mesure corrective et avant l'autorisation de la transaction (par ex., aux États-Unis) ou à un stade ultérieur, c'est-à-dire après la procédure d'examen (tel est souvent le cas, par exemple, dans l'UE, où des mesures correctives préalablement fixées sont moins courantes). Dans le dernier cas, l'autorité adopte une décision initiale d'autorisation conditionnelle, puis une seconde décision approuvant ou refusant l'acquéreur proposé. Lorsqu'il est difficile d'identifier un acquéreur convenable, l'autorité peut, dans de nombreuses juridictions, retarder la conclusion de l'opération jusqu'à ce qu'elle ait approuvé l'acquéreur.²⁹
- Mesures correctives comportementales, impliquant un engagement des parties à la fusion qui soumet leur comportement à certaines contraintes (par ex., en les obligeant à garantir l'accès à des produits à des conditions égales). Ces mesures correctives imposent une surveillance à long terme et des obligations déclaratives. C'est pourquoi les autorités les considèrent comme le meilleur second choix et, même lorsqu'elles sont acceptées, les cessions (« désinvestissements ») constituent toujours l'étalon de mesure pour évaluer leur efficacité en termes de préservation de la concurrence³⁰. Lorsqu'elles sont adoptées, elles sont généralement accompagnées de la nomination d'un mandataire chargé de la surveillance, afin de contrôler leur respect par les parties. En ce qui concerne spécifiquement les fusions transfrontières, le Comité de la concurrence de l'OCDE a discuté, par le passé, des avantages de faire appel à des mandataires communs, afin d'aligner les délais et de faire économiser des coûts aux parties (Comité de la concurrence de l'OCDE, 2011^[20]). Enfin, étant donné que les mesures correctives comportementales peuvent

donner lieu à des contentieux pour non-respect, des clauses d'arbitrage sont fréquemment incluses, en vertu desquelles l'entité fusionnée ou des tiers intéressés soumettront le différend à un jury d'arbitrage, qui pourra accorder des mesures de réparation de droit privé, ce qui peut encourager le respect de ces mesures.

78. La distinction entre les deux types de mesures correctives n'est pas toujours aussi tranchée. Par exemple, une mesure corrective comportementale accordant un accès illimité à un brevet peut être très proche d'une mesure corrective structurelle.

79. Une fois proposées par l'autorité ou les parties à la fusion, les mesures correctives doivent être acceptées par toutes les parties concernées. Elles sont généralement soumises à une période de commentaire ou à un test de marché, ce qui permet aux parties intéressées de soumettre leurs observations.

4.2.7. Contrôle judiciaire

80. Indépendamment de l'étendue réelle du contrôle exercé par les tribunaux, il est important de souligner que la simple existence de la possibilité d'engager une procédure judiciaire peut, dans une certaine mesure, suffire à cadrer l'action des autorités (Renshaw et Blockx, 2013^[21]), par exemple en évitant qu'elles se livrent à des interprétations excessivement larges de nouvelles dispositions légales.

81. Bien que très peu de décisions soient contestées devant les tribunaux³¹, les tendances ont changé au fil du temps en ce qui concerne le rôle des tribunaux en matière de contrôle des fusions. Les tribunaux sont passés d'une très grande déférence envers les évaluations techniques complexes des autorités à un contrôle plus intense des décisions en matière de fusions, y compris des constatations factuelles. Tel a été le cas dans l'UE³² et au Royaume-Uni³³, par exemple.

5. Questions politiques se situant à l'interface du filtrage des IDE pour des raisons de sécurité essentielle et du contrôle des fusions

82. Les risques pour la concurrence et les risques pour la sécurité essentielle peuvent naître (et naissent souvent) indépendamment les uns des autres, même s'il arrive, dans certains cas, que la même transaction suscite des préoccupations dans le cadre des deux mécanismes. En effet, des risques pour la sécurité essentielle peuvent découler de l'acquisition d'une entreprise produisant une technologie stratégique avancée, alors même qu'elle n'atteint pas les seuils déclenchant un contrôle des fusions. De la même manière, les transactions soumises à un contrôle des fusions n'engendreront pas, dans la plupart des cas, des menaces pour la sécurité essentielle.

83. Toutefois, des préoccupations communes peuvent naître occasionnellement des deux mécanismes de contrôle. On citera l'exemple flagrant de l'acquisition d'un concurrent possédant des actifs sensibles dans le secteur de la défense, qui peut conduire au risque de dépendance à un fournisseur unique³⁴. Le nombre de transactions suscitant des préoccupations dans le cadre des deux mécanismes peut être considéré comme très limité à ce jour³⁵ ; néanmoins, des contrôles parallèles en vertu des deux mécanismes pourraient devenir plus répandus à l'avenir, en raison de l'expansion récente du nombre de secteurs jugés « stratégiques » ou exigeant une protection en raison de leur lien avec des intérêts de sécurité essentiels (par ex., infrastructure critique, technologie avancée, données, ressources naturelles), qui sont donc soumis à un filtrage pour des raisons de sécurité essentielle.

84. Cette section examine les questions qui se posent à l'intersection des deux mécanismes de contrôle, en mettant l'accent sur les préoccupations communes et les risques potentiels de tensions, les principes communs, et les avantages de la coopération nationale et internationale.

5.1. Risques de tensions entre les résultats du filtrage au nom de la sécurité nationale et ceux du contrôle des fusions

85. Comme indiqué à la section 4. ci-dessus, le filtrage pour des raisons de sécurité nationale et le contrôle des fusions poursuivent des objectifs différents et la réalisation parallèle de ces deux contrôles ne conduit pas nécessairement à un risque de conflits. En réalité, leurs objectifs et les mesures correctives auxquelles ils peuvent aboutir se soutiennent souvent mutuellement, de telle sorte que la protection de la concurrence contribue également à réaliser des objectifs de sécurité essentielle. En laissant de côté la jurisprudence sur les lois antitrust³⁶, et en se concentrant sur le contrôle des fusions, on constate que les récentes décisions en matière de fusions ont confirmé que les deux mécanismes de contrôle partagent des préoccupations communes à propos des **risques de dépendance à un fournisseur unique** (bien que ces risques naissent parfois dans des scénarios différents et ne soient pas nécessairement liés aux

mêmes transactions), et, dès lors, que les objectifs de garantie de la concurrence et de la sécurité essentielle peuvent être alignés. Dans une récente fusion entre deux opérateurs fournissant des services d'appui à la sécurité nationale à l'U.S. National Security Agency (NSA), le ministère de la Justice des États-Unis a exprimé sa crainte que la transaction élimine les incitations des deux entreprises à se livrer une concurrence vigoureuse pour obtenir le prochain marché de la NSA, « *mettant [ainsi] en péril la concurrence sur un marché vital pour notre sécurité nationale* »³⁷. Plus généralement, le récent décret pris en juillet 2021 par le président américain appelle à renforcer les contrôles en vertu de la législation antitrust dans l'industrie de la défense, soulignant implicitement le fait que des fusions qui conduiraient le ministère de la Défense à dépendre uniquement d'un petit nombre d'entreprises pour obtenir des capacités de défense critiques pourrait constituer une menace pour des intérêts de sécurité essentiels³⁸.

86. Toutefois, bien que le risque de dépendance à un fournisseur unique puisse être une préoccupation commune pour les deux mécanismes et conduire à des objectifs alignés dans les deux contrôles, d'autres circonstances peuvent donner lieu à des tensions entre des intérêts de sécurité essentielle (par ex., si l'exclusion implicite ou explicite de certains acquéreurs potentiels conduit à des marchés moins concurrentiels), et les examens de contrôle des fusions (qui visent à interdire des fusions entraînant une diminution significative de la concurrence et à autoriser des transactions générant des efficiences). À titre d'exemple, des décisions interdisant des fusions pour des motifs d'intérêt public peuvent parfaitement contrecarrer des intérêts pro-concurrentiels et bloquer des transactions qui produiraient des gains d'efficience³⁹.

87. Bien que cela arrive rarement, des risques pour la sécurité essentielle peuvent être traités dans le cadre du contrôle des fusions dans certaines juridictions, en utilisant une disposition spéciale qui permet de mettre en balance l'intérêt concurrentiel et d'autres considérations de politique publique (sur les considérations d'intérêt public, voir la section 5.2 ci-dessous). À part ces cas, les règles sur le contrôle des fusions sont suffisamment souples pour permettre de tenir compte des spécificités des industries liées à des intérêts de sécurité essentielle (par ex., les barrières à l'entrée, l'existence d'un pouvoir de marché de l'acquéreur, la complexité des produits) de manière à ne pas nuire à ces intérêts⁴⁰. Cela étant, compte tenu du fait que le filtrage des IDE est souvent distinct du contrôle des fusions et poursuit des objectifs différents dans des procédures séparées, le risque de tensions ne peut pas être sous-estimé. En raison de la priorité donnée à des intérêts de sécurité essentielle, le risque est que ces intérêts primeront probablement sur les problèmes de concurrence ou, s'ils sont intégrés dans la même procédure en tant qu'exceptions tenant à l'intérêt public, qu'ils influenceront l'application du droit de la concurrence et introduiront une certaine forme d'élément politique dans la décision finale. Ce risque de tensions est encore plus grave si l'on songe que le filtrage des IDE implique un nombre sans cesse croissant de secteurs au-delà des intérêts liés à la défense, y compris les infrastructures critiques, les données, les technologies de communication ou la santé (voir section 4.1.1 ci-dessus et Encadré 2). Cette expansion peut avoir pour effet d'augmenter le nombre de cas dans lesquels un conflit pourrait surgir, attirant ainsi l'attention sur les avantages potentiels qu'il y aurait à identifier certaines formes de coordination (voir section 5.3 ci-dessous). Limiter ces risques exige une définition aussi claire que possible des intérêts de sécurité essentielle, afin d'éviter des interprétations trop larges.

88.

5.2. Lien institutionnel entre le filtrage des IDE et le contrôle des fusions

89. D'une part, la politique en la matière bénéficierait de la prise en compte de l'interaction possible entre les deux mécanismes de contrôle, ce qui créerait des opportunités de coordination et d'équilibrage. D'autre part, le contrôle des fusions et le filtrage des IDE poursuivent des objectifs autonomes distincts, qui ont été mis en lumière à la section 4. ci-dessus.

90. Ces considérations se reflètent dans la structure institutionnelle. Trois grands modèles peuvent être identifiés dans les juridictions de l'OCDE :

- Un **modèle d'autorité unique**, dans lequel l'autorité de la concurrence procède à un examen holistique des problèmes posés à la fois en termes de sécurité essentielle et de concurrence. Tel est le cas en Pologne, où l'Office de la concurrence et de la protection des consommateurs (UOKiK) a également des pouvoirs de décision en matière de filtrage des IDE pour des motifs de sécurité publique, et, plus largement, d'intérêt public⁴¹. De la même manière, le filtrage des IDE en Roumanie est intégré au contrôle des fusions et le Conseil de la concurrence roumain agit comme intermédiaire entre le Conseil suprême de la défense nationale (SCSD) et les parties.
- Un **modèle de doubles responsabilités**, dans lequel les contrôles au titre de la concurrence et de la sécurité essentielle sont réalisés dans le cadre d'une seule procédure par des organes distincts. C'était le modèle adopté au Royaume-Uni avant les changements introduits par le National Security and Investment Act 2021. Si le Secrétaire d'État émettait une notification d'examen de l'intérêt public, la CMA pouvait examiner la transaction à la fois sous l'angle de la concurrence et de la sécurité nationale, et adressait ensuite un rapport au Secrétaire d'État, sur la question de savoir si la transaction pouvait entraîner une diminution significative de la concurrence, et sur toute déclaration reçue à propos de l'intérêt public impliqué. Finalement, bien qu'il ait été tenu d'accepter les conclusions de la CMA sur les problèmes de concurrence, le Secrétaire d'État était seul responsable d'adopter la décision finale, bloquant ou autorisant la fusion pour des raisons de sécurité nationale, éventuellement sous conditions. De la même manière, la sécurité publique et d'autres intérêts publics sont reconnus comme légitimes par le Règlement de l'UE sur le contrôle des fusions, et peuvent justifier les mesures adoptées par des États membres afin de bloquer (ou d'assujettir à des conditions supplémentaires) des fusions autorisées au niveau de l'UE. Ces dispositions s'appliqueront parallèlement aux mécanismes nationaux de filtrage des IDE récemment adoptés, ce qui pourra éventuellement provoquer des conflits ou entraîner des incertitudes à propos de l'ampleur des mesures que des États membres peuvent adopter une fois qu'une fusion a été autorisée au niveau de l'UE (Burnside et Kidane, 2022^[1])⁴². L'UE et le RU ne sont toutefois pas les seules juridictions qui permettent (permettaient) explicitement de prendre des intérêts publics en considération dans les procédures de contrôle des fusions. L'encadré ci-dessous donne un bref aperçu des considérations d'intérêt public qui sont prises en compte dans le contrôle des fusions dans d'autres juridictions de l'OCDE.

Encadré 3. Considérations d'intérêt public dans le contrôle des fusions

Plusieurs juridictions de l'OCDE permettent de prendre en compte, dans l'évaluation d'une fusion, des considérations d'intérêt public, au-delà même des objectifs économiques essentiels de la concurrence, ce qui peut conduire à adopter une décision sur la fusion pour des motifs autres que ses effets pro-concurrentiels ou anticoncurrentiels. Une étude récente montre que, bien que quatre des cinq juridictions étudiées adoptent une approche principalement fondée sur la concurrence, 88% de leurs régimes nationaux de contrôle des fusions incorporent au moins un critère tenant à l'intérêt public (Reader, 2016^[22]), même si ces critères sont rarement appliqués dans la pratique.

Les intérêts publics peuvent prendre des formes variées. Certaines juridictions les mentionnent dans des déclarations générales figurant dans le préambule des lois sur la concurrence, tandis que d'autres les incluent explicitement dans les critères d'évaluation des fusions que les autorités de la concurrence sont tenues d'appliquer. Il n'existe aucune liste exhaustive des considérations d'intérêt public prises en compte par les juridictions. Le concept d'intérêt public peut être soit général (par ex., « *intérêt public légitime* », « *intérêt public primordial* », évaluation des « *avantages publics* »), soit spécifique et plus étroit, reflétant les besoins sociaux, politiques et économiques du pays. Des considérations spécifiques peuvent concerner un certain secteur ou une industrie particulière, et sont particulièrement fréquentes dans les secteurs de l'énergie (par ex., « *sécurité d'approvisionnement* », « *stabilité de la fourniture d'énergie* »), des médias (« *pluralité des médias* »), de la finance (« *règles prudentielles* », « *stabilité du système financier* ») et de la défense (« *sécurité nationale* », « *défense nationale* »).

Toutefois, même si les lois des pays membres de l'OCDE permettent que des décisions soient prises en matière de fusion sur la base de considérations d'intérêt public, cela arrive rarement dans la pratique.

Source : (OCDE, 2017^[23]).

- Un **modèle de contrôle parallèle**, dans lequel les problèmes en matière de concurrence et de sécurité nationale sont évalués par différents organes dans le cadre de procédures séparées et selon des ensembles de règles distincts. C'est le modèle adopté dans la plupart des juridictions, notamment aux États-Unis, en Italie et en France. À la suite de l'adoption du National Security and Investment Act en 2021, c'est également le modèle désormais retenu par le Royaume-Uni, où l'examen des problèmes liés à la sécurité nationale ne relève plus de l'Enterprise Act de 2002 et intervient séparément du contrôle des fusions. Ainsi, les autorités de la concurrence sont responsables du contrôle des fusions, tandis que, pour le filtrage des IDE, les autorités de filtrage sont habituellement situées dans des ministères ou des autorités spécialisées. Bien qu'il ait été fait jusqu'à une époque récente pour souligner la nature exceptionnelle d'une intervention dans une transaction d'investissement, ce choix semble de plus en plus remis en cause en raison du nombre élevé d'affaires individuelles auxquelles des bureaucraties ministérielles sont confrontées et du fait que les ministères ont pour fonction de préparer des décisions politiques plutôt que d'administrer des transactions individuelles. L'évaluation matérielle des transactions est habituellement réalisée par un éventail beaucoup plus large d'entités ayant une expertise très pointue dans le domaine de la sécurité, de l'industrie et de la défense. Cette évaluation peut être faite dans des comités permanents où ces entités sont représentées, ou dans des comités ad hoc dont la composition dépend des secteurs industriels concernés par la transaction.

91. Lorsqu'on examine la structure institutionnelle, la diversité des mécanismes de contrôle et les intérêts en cause soulèvent la question de savoir qui doit prendre les décisions exigeant un certain équilibre ou arbitrage entre les préoccupations qui sont liées à la concurrence et celles qui ont trait à

des considérations de sécurité essentielle. Des autorités de la concurrence indépendantes devraient-elles examiner des considérations de sécurité essentielle lorsqu'elles procèdent à leurs évaluations des effets sur la concurrence ? Des organes politiques, tels des ministères, qui changent au fil du temps et ont leur propre agenda pour la poursuite d'objectifs qui vont au-delà de la garantie de marchés concurrentiels, devraient-ils influencer l'application du droit de la concurrence, sans recevoir aucun avis ni orientation de la part d'un organe indépendant ? Un organe indépendant devrait-il intervenir dans des procédures en cours sur le fondement du droit de la concurrence, ou uniquement pour annuler des décisions des autorités de la concurrence, une fois achevée leur évaluation indépendante séparée ?

92. D'une part, la poursuite d'objectifs politiques (très souvent) différents dans le cadre d'un même contrôle peut sembler contre-intuitive, particulièrement si l'on considère que des préoccupations liées à la sécurité essentielle peuvent surgir, alors même que des préoccupations liées à la concurrence ne sont pas en cause et vice versa (OCDE, 2020^[7]). Il s'y ajoute que les autorités de la concurrence peuvent manquer de l'expertise ou de la légitimité démocratique requise pour se prononcer sur des menaces pour la sécurité essentielle, en particulier si la notion de sécurité essentielle couvre des intérêts stratégiques supplémentaires dépassant le secteur de la défense, comme cela est souvent le cas aujourd'hui. Il peut également être nécessaire de gérer différentes exigences de confidentialité, à la fois dans l'administration du dossier et lors du contrôle judiciaire ultérieur éventuel d'une décision combinée.

93. D'autre part, la conduite de procédures distinctes peut engendrer une charge supplémentaire pour les entreprises et ajouter à la complexité de leur démarche puisqu'elles doivent faire des notifications séparées, se soumettre à des contrôles séparés, répondre à des demandes d'informations séparées et mener des négociations séparées à propos des mesures correctives, autant d'éléments qui peuvent peser lourdement sur la réalisation de la transaction concernée (Burnside et Kidane, 2022^[11]). Ce système peut également créer un risque de décisions discordantes, particulièrement en ce qui concerne la conception des mesures correctives (voir 5.6 ci-dessous). Il est donc nécessaire d'identifier les circonstances dans lesquelles une certaine forme de coordination entre les autorités chargées des différents contrôles peut être souhaitable, y compris sur l'échange d'informations, les délais de contrôle et la conception des mesures correctives (voir 5.3 ci-dessous).

5.3. Les avantages de la coopération au niveau national et international

5.3.1. Coopération nationale

94. Étant donné que des contrôles (le plus souvent) séparés poursuivent des objectifs différents, des tensions peuvent s'élever entre les deux mécanismes de contrôle, ainsi qu'il a été exposé à la section 5.1 ci-dessus, ce qui suggère de réfléchir aux avantages d'une certaine forme de coordination. Indépendamment même de ce risque de tensions, l'expansion du filtrage des IDE pour des motifs de sécurité essentielle, - un plus grand nombre de juridictions imposent des notifications obligatoires avec des seuils relativement bas dans un nombre sans cesse croissant de secteurs - a alourdi la charge pesant sur les entreprises, puisqu'elles doivent faire des notifications séparées, répondre à des demandes d'informations séparées et se soumettre à des contrôles parallèles de la part d'autorités différentes. La coordination peut aider à réduire cette charge, non seulement pour les entreprises, mais également pour les autorités publiques qui pourraient s'échanger des informations plutôt que de mener des contrôles parallèles pouvant conduire à des demandes faisant double emploi.

95. Plusieurs réformes récentes des mécanismes de filtrage des IDE reconnaissent la nécessité de coordonner ce contrôle avec les exigences réglementaires existantes. Par exemple, à la suite de l'adoption du National Security and Investment Act (NSI) de 2021 au Royaume-Uni, le Secrétaire d'État peut examiner et intervenir dans certaines acquisitions susceptibles de menacer la sécurité nationale, dans le cadre de procédures qui sont distinctes du contrôle des fusions. Lorsqu'une transaction se qualifie pour

être soumise aux deux contrôles, d'une part « *la CMA [Competition and Markets Authority] et l'ISU [Investment Security Unit] entendent se coordonner, autant que de besoin, afin de gérer les interactions entre les deux régimes qui peuvent se produire dans des affaires particulières* »⁴³. D'autre part, « *les parties à la fusion sont encouragées à discuter avec la CMA de la procédure et du calendrier de contrôle de la fusion relevant du champ d'application des deux régimes, à un stade précoce.* »

96. En raison du caractère confidentiel des contrôles et en se fondant uniquement sur des informations publiques, il est difficile d'estimer le nombre de transactions qui relèvent des deux mécanismes de contrôle. Toutefois, au-delà même de ces cas limités, la possibilité d'une coopération entre les autorités de filtrage des IDE et les autorités de contrôle des fusions peut s'avérer utile sur plusieurs aspects, lorsqu'il existe une possibilité que les décisions de contrôle des fusions empiètent, même légèrement et indirectement, sur des intérêts liés à la sécurité et vice versa :

- **Définition du marché.** Dans le cadre des évaluations des effets d'une fusion sur la concurrence, la définition des marchés en cause et la mesure du pouvoir de marché peuvent être difficiles, particulièrement lorsqu'il s'agit de produits complexes, notamment dans les industries de la défense ou de la technologie. Les autorités qui traitent des intérêts de sécurité essentiels peuvent mieux savoir, par exemple, si deux systèmes d'armement servent le même objectif ou si de nouveaux produits technologiques se trouvent dans le pipeline. En outre, le secteur de la défense se caractérise souvent par un pouvoir de marché significatif de l'acquéreur, étant donné que les États sont souvent les seuls clients et sont les mieux placés pour savoir s'ils doivent s'approvisionner à l'échelle locale ou mondiale.
- **Évaluation de la concurrence.** Les autorités responsables de veiller à la préservation des intérêts de sécurité essentielle traitent d'un nombre limité de marchés et sont mieux informées de la présence de barrières à l'entrée. À titre d'exemple, les marchés de la défense ou de la haute technologie se caractérisent souvent par de hautes barrières à l'entrée, non seulement en raison de la complexité des produits mais également parce que les dépenses publiques pour certains produits (par ex., des produits militaires) changent considérablement au fil du temps, de telle sorte que l'entrée est plus ou moins attractive selon les époques.
- **Risques anticoncurrentiels.** Par exemple, les marchés de produits liés à la sécurité peuvent présenter des caractéristiques spécifiques qui affectent les risques et la probabilité d'effets anticoncurrentiels après la fusion. Dans l'industrie de la défense, la nature hétérogène et sophistiquée des produits peut réduire les risques d'effets coordonnés post-fusion, car il peut être difficile de parvenir à une entente dans ces circonstances. Par ailleurs, en raison de la fréquence à laquelle les autorités publiques s'approvisionnent, en vertu de marchés importants couvrant plusieurs années, les opportunités de conclure une entente anticoncurrentielle sont plus limitées. En revanche, sachant le nombre limité d'entreprises et leur pouvoir de marché, les risques d'effets unilatéraux peuvent être plus élevés. Les autorités chargées de la défense des intérêts de sécurité essentielle sont bien placées pour fournir leurs contributions sur ces spécificités du marché.
- **Efficiences.** Alors que les parties à la fusion prétendent souvent que la transaction créera des efficiences, leur permettant de fournir des produits meilleurs à des prix plus bas, les autorités chargées de la défense des intérêts de sécurité essentielle sont bien placées pour confirmer si la concentration est souhaitable à cet effet.
- **Délais.** Le filtrage des investissements risque de retarder la réalisation de la transaction. En premier lieu, alors que la procédure de contrôle des fusions est assortie de délais clairement définis, il apparaît dans certains cas (notamment dans un grand nombre des mécanismes plus anciens, qui sont régulés de manière moins détaillée) que les contrôles au titre de la sécurité nationale ne sont pas soumis à des délais impératifs définis par la loi (voir section 4.1.3 ci-dessus), ce qui peut potentiellement engendrer une incertitude à propos de l'exécution d'ensemble de la transaction. En second lieu, certaines juridictions (par ex., la Roumanie) empêchent qu'une

décision de contrôle des fusions soit adoptée avant que l'autorité responsable de l'évaluation des problèmes de sécurité essentielle ait fourni sa contribution. Bien que l'alignement des délais puisse ne pas être nécessaire lorsqu'une évaluation n'a pas d'incidence sur l'autre au motif qu'elles poursuivent des objectifs différents, la coordination des délais peut être bénéfique lorsqu'il s'agit de définir des mesures correctives. Des calendriers cohérents de contrôle peuvent garantir un contrôle simultané des mesures correctives par deux autorités.

- **Mesures correctives.** La coordination des mesures correctives élaborées dans le cadre de deux contrôles parallèles distincts peut contribuer à éviter que des ensembles de mesures potentiellement contradictoires soient imposés aux parties à la transaction. Au-delà même des régimes de contrôle des risques pour l'intérêt public, la coordination entre les autorités qui contrôlent en parallèle les mêmes transactions est cruciale pour comprendre quelles mesures devraient être prises pour contrer les effets anticoncurrentiels des transactions, tout en préservant l'intérêt de sécurité essentielle en jeu. Ce besoin de coordination peut surgir à toutes les étapes du processus d'élaboration des mesures correctives ; depuis la décision sur la nature des mesures correctives à imposer jusqu'au contrôle de leur respect. En effet, des mesures correctives potentiellement contradictoires compromettront tout simplement la réalisation du double objectif de préserver la concurrence et de sauvegarder l'intérêt national.

97. Bien que la coopération semble souvent souhaitable sur ces aspects, la question est plutôt de savoir jusqu'où elle devrait aller. Par exemple, les autorités peuvent être confrontées à des problèmes juridiques lorsqu'elles échangent des informations, étant donné que ces informations peuvent violer des règles de confidentialité en l'absence de dispositions légales spécifiques. Certaines juridictions réglementent spécifiquement cet aspect, en prévoyant que la divulgation d'informations entre des autorités publiques et l'autorité chargée du filtrage des IDE ne constitue pas la violation d'une obligation de confidentialité, quelle qu'elle soit⁴⁴. D'autres juridictions réglementent la coopération de manière plus large, en prévoyant que les autorités qui traitent d'intérêts de sécurité essentiels peuvent recommander des actions afin de réduire les impacts négatifs de l'évaluation d'une transaction, peuvent participer à des discussions, entrevues et réunions organisées par les autorités antitrust ou peuvent fournir toute autre assistance supplémentaire à ces dernières⁴⁵. Enfin, certaines juridictions ont récemment introduit des dispositions spécifiques afin de faciliter l'application des nouveaux régimes de filtrage des IDE en se fondant sur des informations reçues dans le cadre de mécanismes de contrôle des fusions plus établis⁴⁶.

98. Cela étant, la question de savoir si la coopération doit aller jusqu'à coordonner des contrôles parallèles dépend d'une évaluation au cas par cas, étant donné que des raisons de sécurité nationale peuvent exiger un plus haut degré d'autonomie et de confidentialité, rendant inapproprié l'alignement des contrôles⁴⁷.

5.3.2. Coopération internationale

99. Des questions différentes se posent, en revanche, à propos de la coopération au niveau international.

100. À l'heure actuelle, le filtrage des investissements a lieu presque exclusivement à l'intérieur des frontières nationales, sans pratiquement aucune collaboration transfrontières dans des affaires individuelles, à l'exception des mécanismes d'échange d'informations établis entre les États membres de l'UE et de la coopération en matière de renseignements financiers qui existe entre les autorités de certains pays (voir Encadré 4 pour les détails). Seul un petit nombre de juridictions reconnaissent explicitement la possibilité de se coordonner et d'échanger des informations avec des autorités étrangères responsables du filtrage des IDE pour des motifs de sécurité essentielle⁴⁸. Les transactions qui peuvent toucher à des intérêts de sécurité de plusieurs pays, en raison de l'existence de filiales ou de marchés d'approvisionnement, sont potentiellement contrôlées dans toutes les juridictions concernées, dans le cadre de procédures distinctes et non coordonnées qui suivent leurs règles respectives en matière de

critères nationaux et d'évaluation. Les décisions qui sont prises dans des juridictions individuelles à propos de la même transaction ne sont pas coordonnées au-delà des frontières et s'appliquent cumulativement.

101. Toutefois, la multiplication des mécanismes de filtrage des IDE et de contrôle des fusions au niveau mondial accroît la charge pesant sur les entreprises ainsi que les risques de contrôles et de mesures correctives contradictoires, posant la question de savoir si une certaine forme de coopération internationale est justifiée.

Encadré 4. Le mécanisme de l'UE pour la coopération et l'échange d'informations sur les investissements directs étrangers dans l'Union

Le Règlement (UE) 2019/452 sur le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union est entré en vigueur en mars 2019 et ses instruments s'appliquent depuis octobre 2020. Le Règlement répond à l'intégration économique particulièrement profonde caractérisant le marché commun, où un large éventail de politiques et de pratiques différentes saperait l'efficacité globale du filtrage destiné à sauvegarder les intérêts collectifs de sécurité de l'Union. Le Règlement contient un ensemble de règles et de mécanismes. Sa principale innovation est la création d'un mécanisme décentralisé d'échange d'informations qui exige et permet l'échange sécurisé d'informations sur des transactions spécifiques entre des points de contact désignés dans chacun des États membres et avec la Commission européenne. L'échange permet également de partager des commentaires et des avis avec l'État membre où la transaction a lieu, indépendamment du point de savoir si cette dernière est filtrée dans cette juridiction. Les États membres demeurent compétents pour prendre les décisions individuelles de filtrage. Le Règlement fixe également des normes communes pour le filtrage des investissements en Europe, mais n'oblige pas les États membres à filtrer les investissements ou à définir les types de transactions qui doivent faire l'objet d'un filtrage. Il prévoit également des échanges réguliers entre les autorités des États membres.

102. Toutefois, cette coopération est limitée aux cas dans lesquels le filtrage des IDE dans un État membre peut affecter la sécurité ou l'ordre public dans un autre État membre, et ne couvre donc pas la coopération avec les autorités de contrôle des fusions étrangères. Dans un rapport récent sur le filtrage des IDE dans l'UE, la Commission a reconnu la nécessité de creuser davantage la question de l'interaction entre le filtrage des IDE et le contrôle des fusions⁴⁹.

5.4. Capter des transactions en-deçà des seuils et combattre le gun jumping

103. Les sections 4.1.2 et 4.2.2 ci-dessus ont passé en revue les différents types de seuils que les mécanismes de filtrage des IDE et de contrôle des fusions utilisent pour discerner les transactions devant faire l'objet d'un contrôle. Toutefois, ces deux mécanismes de contrôle se heurtent à deux défis principaux à cet égard :

- Établir des moyens permettant de filtrer toutes les transactions qui peuvent potentiellement susciter des préoccupations sans surcharger les autorités ; et
- Identifier les transactions que les parties se sont illégalement abstenues de notifier.

104. En ce qui concerne le premier défi, certains législateurs ont adopté des solutions globalement similaires dans le cadre des deux mécanismes de contrôle. À titre d'exemple :

- Certaines juridictions (par ex., l'Autriche⁵⁰ et la France⁵¹) ont récemment abaissé les seuils qui déclenchent le filtrage des IDE, à la manière de ce que certaines autres juridictions (par ex., les propositions du RU visant à désigner des entreprises ayant un statut stratégique sur le marché)

ont fait ou projettent de faire afin d'appréhender des transactions qui n'ont pas fait l'objet d'un contrôle des fusions jusqu'à présent.

- Certaines juridictions (par ex., les États-Unis, le Portugal,⁵² l'Allemagne⁵³) ont octroyé aux autorités chargées du filtrage des IDE des pouvoirs leur permettant, dans des délais stricts, de détecter des transactions qu'elles souhaitent contrôler et de les soumettre d'office à un contrôle. Cette approche est similaire à certaines propositions récentes visant à réformer les régimes de contrôle afin de capter des acquisitions d'entreprises qui n'ont pas déclenché des notifications obligatoires (par ex., les propositions faites au Royaume-Uni pour réformer le régime de contrôle des fusions en l'appliquant aux entreprises ayant un statut stratégique sur le marché (« Strategic Market Status (SMS) »⁵⁴).

105. En ce qui concerne le second défi, les autorités de contrôle des fusions ont eu recours à différents instruments pour détecter le gun jumping, depuis la veille systématique des médias jusqu'à la dénonciation par des tiers et des concurrents, ou encore les informations obtenues dans des notifications subséquentes. De manière intéressante, en raison de l'importance de la détection pour l'efficacité des mécanismes de contrôle, certaines juridictions ont consacré des ressources spécifiques dans le cadre des mécanismes de filtrage des IDE, afin de rechercher activement les transactions qui n'ont pas été notifiées. À titre d'exemple, la France⁵⁵ et les États-Unis⁵⁶ se sont dotés d'institutions ou d'un personnel spécialisés afin de collecter des informations et de surveiller les transactions qui n'ont pas été notifiées mais qui pourraient menacer des intérêts de sécurité essentielle.

106. En raison de ces préoccupations communes, les autorités chargées du filtrage des IDE et celles qui sont chargées du contrôle des fusions pourraient exploiter leur expérience mutuelle et leurs informations respectives pour détecter des transactions non notifiées. L'Autriche a fait un premier pas dans cette direction, en exigeant, dans une modification récente de sa législation, que dans tous les cas où une fusion est notifiée, l'autorité fédérale de la concurrence informe le ministère compétent en matière de filtrage des IDE⁵⁷.

5.5. Transparence et prévisibilité

107. Depuis l'adoption des différentes réglementations sur le contrôle des fusions, la transparence est devenue un principe fondamental du contrôle des fusions. En 2021, le Conseil de l'OCDE a adopté la [Recommandation sur la transparence et l'équité procédurale dans la mise en œuvre du droit de la concurrence](#), qui donne plus de contenu à ces principes généraux. Elle recommande aux adhérents de faire en sorte que le cadre légal, les procédures et les délais soient publiquement disponibles et que les autorités soient transparentes en ce qui concerne leurs décisions (c'est-à-dire les faits, le fondement légal et les sanctions) et leurs priorités en matière de mise en œuvre du droit de la concurrence.

108. En tant que principe général, la transparence est un concept à facettes multiples et inclut :

- La codification et la publication de règles, afin de permettre aux intéressés d'anticiper les obligations qui pèsent sur eux et leurs implications pour eux ;
- Des informations sur l'interprétation des règles et la pratique des autorités pour leur application, notamment des notes explicatives, des lignes directrices et des statistiques ;
- La codification et la publication de procédures, y compris les délais de réalisation des contrôles ;
- La codification des meilleures pratiques ;
- La revue de la jurisprudence, par exemple sous la forme de rapports annuels ;
- La consultation des parties prenantes sur la réforme des règles et lignes directrices.

109. Étant donné qu'ils constituent un régime de contrôle solidement établi dans un grand nombre de juridictions, la plupart des régimes de contrôle des fusions reflètent largement ces exigences de transparence dans leurs règles. Les informations publiquement disponibles sur le contrôle des fusions permettent souvent de déterminer (1) les délais de dépôt des notifications ; (2) les procédures de notification, y compris les informations à fournir lors du dépôt initial ; (3) les taxes à payer lors du dépôt ; (4) les délais de réalisation du contrôle ; (5) les périodes suspensives et les limites à la réalisation de la transaction avant son autorisation ; (6) les procédures d'enquête ; (7) les délais devant être respectés par les parties à la fusion, par les tiers ou par les autorités de la concurrence pendant la durée du contrôle ; (8) les procédures et les délais d'appel des décisions défavorables ou de contestation d'une fusion ; (9) les droits procéduraux des parties à la fusion et des tiers ; (10) les procédures de répression des violations des lois sur le contrôle des fusions (par ex., un défaut de notification) ou des décisions de contrôle des fusions ; et (11) des mesures de protection des informations confidentielles.

110. Après avoir acquis une expérience suffisante du contrôle des fusions, les autorités de la concurrence ont souvent publié des lignes directrices et des notices d'interprétation sur l'analyse des fusions et les procédures, afin de poser des règles claires et d'aider les parties à traiter de futures opérations de fusion. Les premières lignes directrices sur les fusions du ministère de la Justice des États-Unis ont été publiées en 1968, dans l'objectif de garantir précisément la transparence sur les normes qu'il appliquait lors du contrôle des fusions. Dans l'Union européenne, le premier projet de notice sur le contrôle des fusions a été proposé en 2002, dans le cadre d'un ensemble plus large de propositions de réforme du contrôle des fusions. Depuis lors, les autorités de la concurrence ont adopté des lignes directrices supplémentaires (par ex., sur les fusions verticales et non horizontales) afin d'accroître la transparence. De la même manière, la plupart des juridictions en Amérique latine⁵⁸ et dans la région Asie-Pacifique⁵⁹ ont publié des lignes directrices sur les fusions.

111. En ce qui concerne les mécanismes de filtrage des IDE, la Recommandation de l'OCDE de 2009 relative aux lignes directrices sur les politiques d'investissement des pays d'accueil relatives à la sécurité nationale appelle également à assurer la transparence sur les objectifs et les pratiques réglementaires. Les juridictions de l'OCDE ont fait des progrès majeurs afin de garantir la transparence. Les mécanismes récemment mis en place contiennent pour la plupart des règles détaillées sur les critères d'évaluation, les règles de procédure et les responsabilités, remplaçant les mécanismes dits de première génération qui ne contenaient pas ces détails (OCDE, 2021^[8]). En outre, certaines juridictions (par ex., l'Australie⁶⁰, le Canada⁶¹, la République tchèque⁶², le Danemark⁶³, l'Allemagne⁶⁴, l'Italie⁶⁵ et les États-Unis⁶⁶) ont commencé à révéler des listes non exhaustives de mesures d'atténuation, souvent dans des rapports annuels sur leur fonction de filtrage.

112. Toutefois, plusieurs pays membres de l'OCDE appliquent encore des règles de filtrage des IDE rudimentaires, qui incluent des critères imprécis. Ces mécanismes jouent cependant un rôle limité dans la pratique.

113. En tant que régime de contrôle établi, le contrôle des fusions pourrait fournir des informations utiles pour l'application des principes de transparence aux mécanismes de filtrage des IDE, en gardant toutefois à l'esprit que ces principes peuvent devoir être adaptés en fonction des situations différentes et de l'évolution des circonstances au fil du temps, et de l'importance de tenir certaines informations sensibles confidentielles.

5.6. Mesures correctives et d'atténuation

114. Ainsi qu'il a été noté dans les sections 4.1.5 et 4.2.6 ci-dessus, plutôt que de bloquer des transactions, les autorités respectivement chargées des deux mécanismes de contrôle ont souvent recours à des mesures correctives ou à des accords d'atténuation afin de remédier aux problèmes identifiés au cours du contrôle. Ces instruments sont largement connus en ce qui concerne le contrôle des fusions, mais les informations sont moins nombreuses en ce qui concerne les arrangements adoptés dans le cadre des mécanismes de filtrage des IDE, étant donné que leur contenu est rarement rendu public.

115. Concevoir ces mesures correctives dans le cadre de deux mécanismes de contrôle distincts génère un risque de conflit, en particulier le risque que ces mesures s'affaiblissent voire même se contredisent mutuellement. Afin d'éviter ces risques, la coopération peut être utile, d'une part. Les quelques accords existants signés entre les autorités de la concurrence et les autorités de filtrage des IDE fournissent des exemples de coopération possible. Ainsi, le protocole d'accord signé entre le Department for Business, Energy and Industrial Strategy (BEIS) et la CMA sur l'application du NSI Act de 2021 prévoit plusieurs possibilités :

- Premièrement, une forme de coopération de nature **procédurale**, dans laquelle les autorités alignent leurs procédures de contrôle, avec la possibilité de demander des délais supplémentaires afin d'éviter des mesures correctives contradictoires ou incompatibles ;
- Deuxièmement, une forme de coopération qui s'exerce davantage **sur le fond**, dans laquelle le BEIS et la CMA s'échangent des informations à l'avance. Le BEIS examinera ensuite les observations faites par la CMA et sollicitera un avis « *s'il y a lieu* ». Si plusieurs arrangements sont envisageables afin d'atténuer des risques pour la sécurité essentielle, le BEIS prendra en compte leur impact respectif sur les problèmes de concurrence identifiés par la CMA ;
- Troisièmement, si des **conflits** surviennent, le protocole d'accord prévoit de les résoudre, en faisant remonter la décision à la hiérarchie des deux autorités.

116. D'autre part, une coopération très étendue peut ne pas être toujours possible, étant donné que la conception des mesures correctives en vertu des deux mécanismes diverge sur plusieurs aspects :

- La procédure est clairement établie dans le cadre des régimes de contrôle des fusions ; en revanche, les règles formelles sur la portée, le contenu, les conditions et la durée de la procédure de demande d'accords d'atténuation sont rares dans les mécanismes de filtrage des IDE (OCDE, 2020, p. 72^[7]).
- Bien que les parties à la fusion proposent souvent la nomination de mandataires tiers chargés de surveiller le respect des mesures correctives convenues dans le cadre du contrôle des fusions, le respect des accords d'atténuation des risques liés à la sécurité est souvent contrôlé par les mêmes autorités que celles qui ont procédé au contrôle⁶⁷. Tout récemment, en raison de l'augmentation des coûts en résultant pour les gouvernements, certaines juridictions ont externalisé cette mission de surveillance en la confiant à des tiers⁶⁸. Cette externalisation aidera les autorités publiques à surveiller le respect d'accords complexes spécifiques à une industrie, puisque cette tâche pourrait être « *décourageante* »⁶⁹, mais il n'en demeure pas moins que le choix de l'externalisation semble délicat.

6. Conclusions

117. Au cours des 30 dernières années seulement, le nombre de pays de l'OCDE+5 qui ont mis en place un mécanisme opérationnel de filtrage des investissements est passé de cinq à 24, ce qui a entraîné une augmentation de la charge de travail corrélative dans un grand nombre de ces juridictions.

118. Plusieurs facteurs ont récemment déclenché des réformes significatives des mécanismes de filtrage des IDE dans les juridictions de l'OCDE. Ces facteurs, détaillés dans la section 2. ci-dessus, comprennent entre autres l'émergence d'investisseurs venant de juridictions qui ne sont pas des alliés ou des partenaires traditionnels des économies avancées, ou encore l'assurance géoéconomique et géopolitique croissante de certains gouvernements et les tensions en résultant.

119. Les mécanismes de filtrage des IDE poursuivent généralement des objectifs différents de ceux des contrôles des fusions, bien qu'ils soient souvent alignés sur ces derniers. En dépit du fait que ces deux régimes soient pour la plupart autonomes, les interactions entre les décisions prises en vertu de ces deux mécanismes de contrôle peuvent susciter certaines préoccupations, lorsqu'ils s'appliquent tous deux à une transaction donnée, plus particulièrement en ce qui concerne la conception des mesures correctives, ce qui peut créer le risque qu'ils se sapent mutuellement. Tel est particulièrement le cas à la lumière de la multiplication récente des mécanismes de filtrage et/ou de l'élargissement de leur champ d'application à un plus grand nombre de transactions, notamment celles qui impliquent des technologies sensibles, des données ou une infrastructure critique, indépendamment du point de savoir si la transaction aboutit à l'acquisition d'une participation de contrôle. Outre le fait qu'elle multiplie les strates de complexité, la réalisation de contrôles parallèles non coordonnés peut avoir un impact sur les délais d'exécution de la transaction et sur l'efficacité des mesures correctives imposées.

120. Si des juridictions décident de maintenir ou d'établir des procédures séparées qui peuvent s'appliquer cumulativement, la coopération au niveau national et international peut aider à gérer les risques de conflits, par exemple en concevant des mesures correctives qui ne sapent pas d'autres objectifs politiques. La coopération peut également aider à régler des problèmes communs en utilisant moins de ressources, par exemple le problème de l'identification des transactions que les parties se sont illégalement abstenues de notifier.

121. Néanmoins, la coopération exige de surmonter des problèmes de délais, de confidentialité et de sensibilités liés aux intérêts impliqués. Des principes communs devraient inspirer autant que possible les deux mécanismes, en particulier la prévisibilité et la transparence.

Notes de fin de document

¹ (OCDE, 2020^[7]) a identifié plusieurs raisons pour lesquelles ce domaine politique a connu un regain d'attention. Elles sont plus amplement détaillées ci-dessous.

² Sous la seule exception du Luxembourg.

³ Toutefois, des politiques ouvertes en matière d'investissement (et d'échanges commerciaux) peuvent ne pas toujours suffire à garantir la contestabilité du marché. Des caractéristiques structurelles, notamment la nature intrinsèquement locale de certains marchés, la non-négociabilité de certains produits et services, et des réglementations qui ne sont pas en soi restrictives, du point de vue commercial ou de l'investissement (par exemple, des normes et exigences de concession de licences) peuvent protéger des entreprises en place de la pression concurrentielle exercée par des investissements étrangers et/ou des importations réels ou probables, même dans un régime ouvert d'investissement et d'échanges. De la même manière, des pratiques anticoncurrentielles peuvent élever des barrières à l'entrée et entraver les échanges et l'investissement ; d'où l'importance, même dans des régimes ouverts d'échanges et d'investissement, de mettre en œuvre un programme énergique d'application du droit de la concurrence.

⁴ Ces modèles des relations entre la structure du marché et les incitations à investir ne prennent pas en compte la manière dont la relation changerait si l'accès au marché de capitaux était possible pour financer l'investissement dans l'innovation. Les rentes générées par le pouvoir de marché ne fournissent les ressources nécessaires afin de financer des activités d'innovation que si les marchés des capitaux sont imparfaits, ou si l'emprunt est difficile ou coûteux.

⁵ La Recommandation de l'OCDE sur l'évaluation de la concurrence fournit quelques orientations sur la manière d'identifier des réglementations restrictives de la concurrence et reconnaît l'importance de les modifier. Voir [OECD/LEGAL/0455](https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0455), à l'adresse suivante : <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0455>

⁶ La Recommandation de l'OCDE sur la neutralité concurrentielle, récemment approuvée, reconnaît l'importance de garantir des conditions de concurrence équitables afin de garantir une concurrence efficace. voir [OECD/LEGAL/0462](https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0462), à l'adresse suivante : <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0462>.

⁷ En raison des risques liés à l'accès à certaines technologies et données sensibles, le critère traditionnel de la participation importante ou de contrôle détenue dans les actifs acquis n'est plus aussi pertinent. De nombreuses juridictions ont abaissé les seuils de participation dans la cible d'acquisition pour les besoins de l'examen des transactions d'investissement (OCDE, 2020, p. 29^[7]), et cette tendance s'est encore accélérée dans le contexte de la pandémie de Covid-19 (OCDE, 2020^[28] ; OCDE, 2020^[27]).

⁸ Un aperçu des politiques à cet égard, à la date de mai 2020, figure dans (OCDE, 2020, p. 81^[7]), mais les pratiques politiques ont évolué depuis.

⁹ Un petit nombre d'États membres de l'Union européenne ont élargi les intérêts qui peuvent être explicitement pris en considération et ont inclus dans leur législation, en tant qu'intérêts protégés, des intérêts de sécurité ou d'ordre public d'autres États membres de l'UE (Allemagne, Lituanie, République Slovaque) ou des projets ou programmes revêtant un intérêt pour l'Union (Allemagne, Lituanie, Pologne, Roumanie, République Slovaque, Slovaquie).

¹⁰ Différentes dénominations peuvent être utilisées. Par exemple, le Royaume-Uni distingue entre les conditions « structurelles » et les conditions « comportementales ». Selon la catégorisation adoptée par le Royaume-Uni, les « conditions structurelles s'appliquent à la structure d'entreprise d'une entité, y compris les structures de prise de décisions et les structures de propriété. Les mesures pourraient par exemple exclure de l'acquisition certaines parties d'une entité ou certains actifs ou imposer une approbation gouvernementale des sites d'activité proposés. Les conditions comportementales s'appliquent au comportement de certaines personnes ou entités, en imposant par exemple une inspection régulière de sécurité sur site ou des entretiens avec le personnel. Elles ne changent pas les structures de l'entreprise » (Gouvernement du Royaume-Uni, Department for Business, Energy and Industrial Strategy, [Guidance: National Security and Investment Act 2021: guidance on compliance and enforcement](#)).

¹¹ 50 U.S. Code § 4565. Pouvoir de contrôler certaines décisions en matière de fusions, d'acquisitions et d'absorptions ; l'alinéa e), (1) dispose que « les actes du Président en vertu de l'alinéa (1) de la sous-section (d) et les décisions du Président en vertu de l'alinéa (4) de la sous-section (d) ne peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire. »

¹² Règlement (UE) 2019/452 du 19 mars 2019 établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union, article 3(5).

¹³ Voir la Note du Secrétariat de l'OCDE sur « The objectives of competition law and policy » préparée pour le Forum mondial sur la concurrence les 10–11 février 2003, www.oecd.org/daf/competition/2486329.pdf. La discussion de 2003 a mis en lumière le fait que les pays de l'OCDE comptent moins sur le droit de la concurrence pour promouvoir ce qui peut être caractérisé comme des objectifs d'intérêt public au sens large. En revanche, les pays en développement et en transition continuent d'inscrire largement ces objectifs d'intérêt public dans leur droit de la concurrence, particulièrement dans le domaine du contrôle des fusions.

¹⁴ Voir [Recommendation of the OECD Council on Merger Review](#) (2005).

¹⁵ Commission, « Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises » (Lignes directrices de la Commission sur les concentrations horizontales) JO C 31, 5.2.2004, paragraphe 8 : « la concurrence effective génère des avantages pour les consommateurs, comme des prix modiques, des produits de qualité, un grand choix de biens et de services et l'innovation. Grâce au contrôle qu'elle exerce sur les opérations de concentration, la Commission empêche la réalisation des opérations qui priveraient les clients de ces avantages en augmentant significativement le pouvoir de marché de certaines entreprises. »

¹⁶ (Ministère de la Justice et Commission fédérale du commerce des États-Unis, 2010^[15]) « Horizontal Merger Guidelines » : « Le thème commun des présentes lignes directrices est que les fusions ne doivent pas être autorisées à créer, augmenter ou enraciner le pouvoir de marché ou à faciliter son exercice. Pour

la simplicité de l'exposé, les présentes lignes directrices se réfèrent généralement à ces effets comme le renforcement du pouvoir de marché. Une fusion renforce le pouvoir de marché si elle est susceptible d'encourager une ou plusieurs entreprises à augmenter les prix, réduire la production, diminuer l'innovation ou nuire autrement aux consommateurs en conséquence de la diminution des contraintes ou incitations concurrentielles. » Il convient de noter qu'à la suite d'une annonce faite le 18 janvier 2022, la FTC et le DoJ ont lancé une enquête publique conjointe afin de réviser les Horizontal Merger Guidelines. D'après les informations publiquement disponibles à la date de rédaction de la présente note, il ne semble pas que cette révision prévoie d'apporter des changements à la norme du bien-être des consommateurs.

¹⁷ *United States v Trans-Missouri Freight Association*, US Supreme Court 166, 290 (1897).

¹⁸ Le règlement du Conseil (CE) 139/2004 sur le contrôle des concentrations entre entreprises (EUMR) [2004] JO L24/1. Le préambule de l'EUMR dispose que, dans ses appréciations des concentrations, la Commission européenne doit tenir compte des « objectifs fondamentaux visés à l'article 2 du Traité, y compris celui de renforcer la cohésion économique et sociale de la Communauté, visé à l'article 130a ».

¹⁹ Cette exigence est également imposée dans la Recommandation du Conseil de l'OCDE sur le contrôle des fusions (2005), qui dispose que les pays membres doivent « *utiliser des critères clairs et objectifs pour déterminer si et quand une fusion doit être notifiée ou, dans les pays n'ayant pas prévu de notification obligatoire, si et quand une fusion va répondre aux conditions d'un contrôle.* »

²⁰ Voir par exemple l'Autriche et l'Allemagne.

²¹ Voir par exemple la France, en ce qui concerne les transactions dans le secteur de la vente au détail ou dans les territoires français d'outre-mer.

²² L'inconvénient des critères basés sur des parts de marché est qu'ils peuvent exiger, à un stade très préliminaire, une analyse de fond (par ex., la définition du marché) qui est généralement réservée à l'évaluation subséquente de la transaction (OCDE, 2016^[26]).

²³ Les secteurs dans lesquels ces seuils de notification abaissés se sont appliqués sont respectivement : (1) le secteur militaire et des biens à double usage, définis par référence aux Strategic Export Control Lists du Royaume-Uni ; (2) les processeurs et micro logiciels et (3) certains secteurs de la technologie quantique.

²⁴ Voir Prepared Remarks du Commissioner Noah Joshua Phillips (FTC) « *Championing Competition: The Role of National Security in Antitrust Enforcement* » (8 décembre 2020). Dans son discours, il a expliqué que le postulat habituel sur lequel repose l'application du droit de la concurrence, c'est-à-dire le fait que les entreprises poursuivent la maximisation de leurs profits, peut ne pas être valable en ce qui concerne les entreprises publiques, étant donné, par exemple, qu'elles peuvent ne pas poursuivre l'objectif de récupérer des pertes si cela peut aider à réaliser d'autres objectifs de politique publique (par ex., la protection de champions nationaux, la sécurité nationale).

²⁵ Voir décision française n° 16-D-24 du 8 novembre 2016 dans l'affaire *Altice*, décision de la Commission européenne dans les affaires *Ineos/Kerling* et *Caterpillar/MWM*, et décision du Bundeskartellamt dans l'affaire *Asklepios Kliniken/Hamburg GmbH/Mariahilf*.

²⁶ Voir Recommandation du Conseil de l'OCDE sur le contrôle des fusions (2005).

²⁷ Voir décision de la Commission européenne dans l'affaire M.7932 – *Dow/DuPont*.

²⁸ Voir par exemple US Department of Justice, « Assistant Attorney General Makan Delrahim Delivers Keynote Address at American Bar Association's Antitrust Fall Forum » (16 novembre 2017) ; voir avis de la Commission européenne sur les mesures correctives applicables en vertu du Règlement du Conseil (CE) n° 139/2004 et du Règlement de la Commission (CE) n° 802/2004.

²⁹ Bien qu'elle ne soit pas courante aux États-Unis, cette solution est fréquente dans l'UE. Voir par exemple la fusion dans l'affaire *Western Digital/Viviti Technologies*, où le nombre d'acquéreurs convenables potentiels était limité et où l'identité de l'acquéreur était cruciale pour garantir le caractère effectif des engagements.

³⁰ Par exemple, la décision de la Commission européenne dans l'affaire M.7480 *Teva/Allergan*, où la mesure correctrice comportementale a également été acceptée car elle conduira finalement à un changement structurel du marché.

³¹ Dans l'UE, une recherche lancée sur le site web de la CJUE afin de trouver des affaires incluant une référence aux réglementations sur les fusions, précédentes ou actuelles, ne donne que 37 résultats. Ceux-ci incluent également des actions mineures devant les tribunaux de l'UE, liées par exemple à des rectifications ou au remboursement de frais de procédure.

³² Au moment de l'introduction du régime européen de contrôle des fusions, la question de savoir si les tribunaux de l'UE contrôlèrent effectivement en profondeur l'application des nouvelles dispositions par la Commission et si le contrôle judiciaire serait suffisamment rapide pour éviter de causer un préjudice aux parties en cas de victoire n'était pas claire, en raison des obligations de moratoire imposées par les nouvelles règles. En dépit de la déférence manifestée à l'égard de l'évaluation économique technique complexe réalisée par les autorités de la concurrence, qui a conduit des tribunaux à se refreiner eux-mêmes, sans substituer leur propre point de vue à celui de l'autorité compétente (voir *Commission c. Tetra Laval B.V.*, Avis de l'Avocat général Tizzano, dans l'affaire C-12/03 P EU:C:2004:318, paragraphe 89), les tribunaux de l'UE ont grandement contribué à façonner le contrôle des fusions dans l'UE et ont certainement pris une part plus active et étroite au contrôle des décisions de la Commission, comme le démontre la récente décision annulant l'interdiction par la Commission du projet de fusion de Hutchison 3G UK (Three) et Telefónica UK (O2) (voir affaire T-399/16, arrêt du Tribunal de l'UE (première chambre, formation étendue) du 28 mai 2020, *CK Telecoms UK Investments Ltd c. Commission européenne*). Les tribunaux de l'UE ont en effet protégé les droits de la défense des parties, en sanctionnant la Commission lorsque ses décisions n'étaient pas suffisamment motivées pour permettre un recours judiciaire effectif, ils ont clarifié l'interprétation de concepts nouveaux et ils ont fixé les normes d'administration de la preuve (Levy, 2019^[24]). Afin de répondre aux critiques à propos du caractère tardif de leurs interventions, les tribunaux ont appliqué des procédures accélérées, raccourcissant la durée de la procédure d'appel.

³³ Au Royaume-Uni, les tribunaux ont évolué vers un contrôle plus intense des décisions en matière de fusions, y compris le contrôle des conclusions de fait (Harker, Peyer et Wright, 2011^[25]). La jurisprudence ancienne en la matière témoignait d'un haut degré de déférence à l'égard des conclusions de l'autorité de la concurrence, en application du « test d'irrationalité de *Wednesbury* ». La jurisprudence subséquente semble toutefois reconnaître la nécessité d'un contrôle judiciaire plus rigoureux (voir *Carnworth LJ* dans l'affaire *IBA Health*). Les décisions suivantes ont en effet confirmé que le CAT est en droit, « *en agissant en qualité de juridiction de supervision plutôt que d'appel, de déterminer si les conclusions sont*

convenablement supportées par des preuves[et] si toutes les considérations sur la matérialité des faits ont été prises en compte » (Unichem v OFT [2005] CAT 8 [174]).

³⁴ Voir l'affaire *General Dynamic/Alvis* devant l'Office of Fair Trading (OFT). Cette affaire concernait l'acquisition d'Alvis (ayant pour activité la conception, le développement et la production de véhicules blindés de combat et de systèmes militaires terrestres) par l'entreprise américaine General Dynamics. Le ministère de la Défense du Royaume-Uni a soulevé des objections concernant la maintenance des capacités stratégiques du Royaume-Uni, étant donné qu'Alvis était l'entreprise assurant la conception des véhicules blindés de l'armée britannique.

³⁵ Le nombre de transactions soulevant des problèmes de sécurité nationale est faible. Bien qu'il n'existe pas de données sur le nombre de transactions qui ont déclenché à la fois un filtrage des IDE et un contrôle des fusions, on peut supposer que ce nombre est relativement faible.

³⁶ Dans les affaires anciennes d'ententes, les autorités ont jugé que des ententes conclues en temps de guerre et impliquant des produits militaires risquaient de poser des problèmes de sécurité nationale, en affectant la production de matériels de guerre et les marchés publics d'approvisionnement en fournitures de guerre. Voir, par exemple, *United States v. Rintelen*, 233 F. 793 (S.D.N.Y. 1916), aff'd sub nom. *Lamar v. United States*, 260 F. 561 (2d Cir. 1919); *United States v. Bopp*, 237 F. 283 (N.D. Cal. 1916); *United States v. Bausch & Lomb Optical Co.*, 34 F. Supp. 267 (S.D.N.Y. 1940).

³⁷ Complaint, *United States v. Booz Allen Hamilton Corp., et al*, No. 1:22-cv-01603-CCB, (4d Cir. 29 juin 2022), disponible dans *In the Matter of RWJ Barnabas Health and Saint Peter's Healthcare System*, Docket No. 9409 (FTC déposé le 2 juin 2022), consultable à l'adresse suivante : <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1516576/download>.

³⁸ Le décret prévoit « *un examen de la situation concurrentielle dans le secteur industriel de la défense, y compris dans les domaines où une absence de concurrence pourrait être préoccupante, et la formulation de recommandations pour améliorer les procédures d'appel d'offres, dans des conditions conformes à l'objectif du Competition in Contracting Act de 1984.* »

³⁹ Voir l'affaire *Hytera/Sapura*. La CMA a considéré que la fusion ne posait pas de problèmes en termes de concurrence. Toutefois, le Secrétaire d'État est intervenu pour des raisons de sécurité nationale, en obtenant l'assurance que des informations et technologies sensibles seraient protégées et que les entreprises continueraient d'assurer la réparation et la maintenance des appareils radio utilisés par les services d'urgence au Royaume-Uni.

⁴⁰ Dans le cadre du contrôle des fusions, par exemple, la présence de barrières à l'entrée dans l'industrie de la défense, l'existence d'un pouvoir de l'acheteur, souvent détenu par les ministères de la Défense, et la complexité des produits concernés sont autant d'aspects qui peuvent tous être aisément pris en considération dans les cadres légaux existants. L'argument selon lequel la fusion est cruciale pour des intérêts de sécurité essentielle peut être pris en compte, en raison des gains d'efficacité. Par exemple, une fusion conduisant à intensifier la R&D, permettant le développement de meilleurs produits à des prix inférieurs ou permettant la combinaison de ressources et de personnels complémentaires peut déjà être autorisée au motif que les efficacités l'emportent sur les problèmes de concurrence.

⁴¹ Loi polonaise du 19 juin 2020 sur les subventions accordées aux entrepreneurs affectés par la COVID-19 au titre des intérêts sur leurs prêts bancaires, et sur la procédure simplifiée d'approbation d'arrangements en lien avec la COVID-19. Toutefois, la Pologne applique également un système séparé

de filtrage des IDE en vertu de la loi du 24 juillet 2015 sur *le contrôle de certains investissements*, qui est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2015 et a été ultérieurement modifiée. Cette loi s'applique à une liste d'entreprises spécifiques opérant dans l'un des 15 secteurs stratégiques identifiés dans les règlements d'application. Une traduction non officielle de cette loi figure dans la notification de la Pologne portant la référence DAF/INV/RD(2016)1/REV1.

⁴² Voir Commission européenne : « Mergers: Commission finds that Hungary's veto over the acquisition of AEGON's Hungarian subsidiaries by VIG breached Article 21 of the EU Merger Regulation » (21 février 2022), disponible à l'adresse suivante :

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_1258.

⁴³ CMA, « Mergers: Guidance on the CMA's jurisdiction and procedure » (Janvier 2021, tel que modifié le 4 janvier 2022).

⁴⁴ Voir section 54 du National Security and Investment Act 2021.

⁴⁵ Département de la Défense américain, Directive 5000.62, Impact Of Mergers Or Acquisitions Of Major DoD Suppliers On DoD Programs (1996), modifiée par Dep't Of Def., DoD Directive 5000.62, Review Of Mergers, Acquisitions, Joint Ventures, Investments, And Strategic Alliances Of Major Defense Suppliers On National Security And Public Interest (2017).

⁴⁶ L'Autriche a récemment introduit une disposition exigeant que toutes les notifications reçues dans le cadre du contrôle des fusions soient adressées au ministre fédéral des Affaires numériques et économiques compétent pour l'évaluation des IDE. Cette disposition s'applique aux notifications soumises après le 10 septembre 2021. Voir, Loi autrichienne de 2021 portant modification de la loi sur les ententes et la concurrence (KaWeRÄG 2021).

⁴⁷ Par exemple au Royaume-Uni, où le protocole d'accord entre le BEIS et la CMA, s'il reconnaît l'opportunité d'aligner des contrôles si des transactions sont notifiées aux deux autorités et lorsque cela est « approprié » et « jugé utile », reconnaît également que « pour des raisons de sécurité nationale, il peut ne pas être toujours approprié d'aligner les procédures de contrôle. »

⁴⁸ La section 54 de la loi britannique National Security and Investment Act 2021 dispose que « *le Secrétaire d'État peut également divulguer ces informations à une autorité publique étrangère pour les besoins de l'exercice de fonctions correspondantes des autorités publiques étrangères.* » La section 721(c) du Defense Production Act de 1950 (50 U.S.C. 4565(c)) (telle que modifiée par la section 1713 (Information Sharing) du Foreign Investment Risk Review Modernization Act de 2018 (FIRRMA)) prévoit également la possibilité d'échanger des informations avec des gouvernements de pays qui sont des alliés ou des partenaires des États-Unis.

⁴⁹ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Premier rapport annuel sur le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union, 23 novembre 2021, COM(2021) 714 final.

⁵⁰ Loi fédérale, promulguant une loi sur le contrôle des investissements et modifiant la loi sur le commerce extérieur de 2011.

⁵¹ Décret n° 2020-892 du 22 juillet abaissant temporairement les seuils de notification.

⁵² Decreto-Lei n°138/2014 of 15 September 2014.

⁵³ Décret sur le commerce extérieur et les paiements (Außenwirtschaftsverordnung), section 55 sur le champ d'application du contrôle intersectoriel (Anwendungsbereich der sektorübergreifenden Prüfung).

⁵⁴ CMA, A new pro-competition regime for digital markets, Avis de la Taskforce sur les marchés numériques (décembre 2020), para 4.145.

⁵⁵ En France, le *Décret 2019-206 du 20 mars 2019 relatif à la gouvernance de la politique de sécurité économique*, dont l'article 3.II mandate spécifiquement le *Service de l'Information Stratégique et de la Sécurité Économiques* (SISSE) afin de remplir ce rôle de détection et d'identification des transactions.

⁵⁶ Le CFIUS a pour mission d'établir un processus d'identification des transactions couvertes pour lesquelles « (i) une notification en vertu de la clause (i) du sous-paragraphe (C) ou une déclaration en vertu de la clause (v) de ce sous-paragraphe n'est pas soumise au Comité ; et (ii) des informations sont raisonnablement disponibles » (FIRMA, Section 1710, insérée en tant que Section 721(b)(1) dans 50 U.S.C. 4565(b)(1)).

⁵⁷ Loi autrichienne de 2021 modifiant la loi sur les ententes et la concurrence (KaWeRÄG 2021). Selon cette information, le ministère de l'Économie peut, en vertu de la loi autrichienne sur le contrôle des investissements de 2020, engager une procédure d'office s'il considère qu'une transaction soumise à une notification en vertu du contrôle des investissements n'a pas été notifiée au ministère.

⁵⁸ Argentine, Brésil, Chili, Colombie, Costa Rica, El Salvador, Mexique, Nicaragua, Panama, Paraguay et Pérou.

⁵⁹ Australie, Taipei chinois, Hong Kong, Chine, Inde, Indonésie, Japon, Corée, Nouvelle-Zélande, Philippines et Singapour.

⁶⁰ L'Australie a compilé la législation, des explications, des notes d'orientation et des rapports annuels sur le site web de l'Australian Foreign Investment Review Board (FIRB).

⁶¹ Voir par exemple l'*Annual Report on the Investment Canada Act 2017-2018*, p.22, qui énumère des types de mesures qui ont été « envisagées ou imposées ».

⁶² Loi n° 34/2021.

⁶³ Bekendtgørelse om Nr.1454.

⁶⁴ Außenwirtschaftsverordnung (AWV), § 58a Freigabe eines Erwerbs nach § 55.

⁶⁵ <https://www.governo.it/it/dipartimenti/dip-il-coordinamento-amministrativo/dica-att-goldenpower/9296>

⁶⁶ *Committee on Foreign Investment in the United States Annual Report to Congress, Calendar Year 2015*, p.21, qui énumère uniquement, à titre illustratif, un sous-groupe de mesures qui ont été « négociées et adoptées en 2015 ».

⁶⁷ Plusieurs pays (par ex., l'Australie, le Canada, l'Allemagne et les États-Unis) permettent aujourd'hui de déléguer à des tiers indépendants la mission de contrôler le respect des accords d'atténuation. Toutefois,

cette délégation est encore limitée et ses implications soulèvent des préoccupations dans certains pays (OCDE, 2022, p. 28^[9])

⁶⁸ Des exemples de pratiques envisagées au Canada sont relatés dans le Rapport annuel 2017-2018 – Loi canadienne sur les investissements. Les États-Unis et le Royaume-Uni prévoient également la possibilité de nommer un expert technique tiers pour faire un rapport sur le respect des mesures de conformité.

⁶⁹ Remarques de l'Assistant Attorney General for National Security John C. Demers au cours de la Sixième conférence nationale de l'ACI sur la CFIUS : Compliance and Enforcement (16 juillet 2020), disponibles à l'adresse suivante : <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-national-security-john-c-demers-delivers-keynote-aci-s-sixth>.

Bibliographie

- Aghion, P. et al. (2005), « Competition and Innovation: An Inverted U relationship », *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 120/2, pp. 701-728, <https://www.jstor.org/stable/25098750>. [5]
- Burnside, A. et A. Kidane (2022), « Merger control meets FDI: the multi-stop shop expands », *Elgaronline*, pp. 68-76, <https://doi.org/10.4337/clpd.2022.02.01>. [1]
- Comité de la concurrence de l'OCDE (2011), *Summary of discussion - Policy roundtable on remedies in merger cases*. [20]
- Commission européenne (2021), *Commission Staff Working Document - Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control*. [12]
- Friederiszick, H., M. Grajek et L. Röller (2008), « Analyzing the relationship between regulation and investment in the telecom sector », *White Paper, ESMT European School of Management and Technology*. [4]
- Harker, M., S. Peyer et K. Wright (2011), « Judicial scrutiny of merger decisions in the EU, UK and Germany », *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 60/1, pp. 93-124. [25]
- Hovenkamp, H. (2019), « Is Antitrust's Consumer Welfare Principle Imperiled? », *Journal of Corporation Law*, vol. 45/101. [10]
- Levy, N. (2019), « Judicial review of merger decisions: An overview of EU and national case law », *e-Competitions - Antitrust Case Laws e-Bulletin*. [24]
- Ministère de la Justice et Commission fédérale du commerce des États-Unis (2010), *Draft US Horizontal Merger Guidelines*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2010\)66/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2010)66/en/pdf). [15]
- Nelson, R. (dir. pub.) (1962), *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, Princeton University Press. [3]
- OCDE (2022), *Code de la libération des mouvements de capitaux*. [6]
- OCDE (2022), *OECD Competition Trends 2022*. [13]
- OCDE (2022), *Proportionality of investment screening mechanisms - Research note by the OECD Secretariat, DAF/INV/WD(2022)2*. [9]
- OCDE (2021), *Transparency, Predictability and Accountability for investment screening mechanisms - Research note by the OECD Secretariat, https://oe.cd/natsec2021*. [8]

- OCDE (2020), *Acquisition- and ownership-related policies to safeguard essential security interests*, <https://oe.cd/natsec2020>. [7]
- OCDE (2020), *Filtrage des investissements pendant la crise de la COVID-19 – et au-delà*, OCDE, <https://oe.cd/covidscreen>. [28]
- OCDE (2020), *Inventory of investment measures taken between 16 September 2019 and 15 October 2020*, <https://oe.cd/INVINV2020>. [27]
- OCDE (2018), *Résumé des discussions de la Table ronde sur les effets suspensifs des notifications de fusion et la réalisation anticipée des opérations (gun jumping)*. [14]
- OCDE (2017), *Synthèse de la Table ronde sur les considérations d'intérêt public dans le contrôle des concentrations*. [23]
- OCDE (2016), *Processus décisionnel des autorités dans les affaires de fusions -- Note de référence du Secrétariat*. [16]
- OCDE (2016), *Rattachement local et seuils de compétence dans le contrôle des fusions - Note de référence du Secrétariat*. [26]
- OCDE (2013), *Definition of Transaction for the Purpose of Merger Control Review*. [11]
- OCDE (2009), *Norme d'examen des fusions - Note pour Discussion*. [18]
- OCDE (2002), *Substantive Criteria used for Merger Assessment - Background note by the Secretariat*. [17]
- Reader, D. (2016), « Accomodating Public Interest Considerations in Domestic Merger Control: Empirical Insights », *CCP Working Paper*. [22]
- Renshaw, A. et J. Blockx (2013), « Judicial review of mergers in the EU », *The Antitrust Bulletin*, vol. 58/2-3. [21]
- Röller, L. et M. de la Mano (2006), « The impact of the new susbtantive test in European merger control », *European Competition Journal*, vol. 2/1. [19]
- Schumpeter, J. (1943), *Capitalism, Socialism and Democracy*, Allen Unwin, Londres. [2]