

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

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

CONSIDÉRATIONS D'INTÉRÊT PUBLIC DANS LE CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS

-- Note de référence du Secrétariat --

14 et 15 juin 2016

Ce document rédigé par le Secrétariat de l'OCDE est une note de référence en vue de la session III de la 123e réunion du Groupe de travail n°3 de l'OCDE sur la coopération et l'application de la loi, organisée les 14 et 15 juin 2016.

Les opinions et les interprétations exprimées 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/daf/competition/public-interest-considerations-in-merger-control.htm*

Pour toute question relative à cette note, veuillez contacter Mme Despina Pachnou (téléphone : +33 1 45 24 95 25 - courriel : despina.pachnou@oecd.org).

JT03399416

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine

Ce document et toute carte qu'il peut comprendre sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.



CONSIDÉRATIONS D'INTÉRÊT PUBLIC DANS LE CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS

*Note de référence du Secrétariat **

Résumé

Bien que l'efficacité soit un aspect essentiel du droit et de la politique de la concurrence dans tous les pays membres de l'OCDE, la législation de certains pays relative à la concurrence prend également en compte des objectifs qui vont au-delà du principal objectif économique du droit de la concurrence, en intégrant ce que l'on appelle des « considérations d'intérêt public ». Étant donné que le contrôle des concentrations peut avoir des répercussions politiques et économiques, ces considérations sont particulièrement importantes.

Les considérations d'intérêt public dans le contrôle des concentrations varient considérablement d'une juridiction à l'autre et prennent diverses formes. En font partie les clauses d'intérêt public incluses dans les critères d'évaluation des fusions ou dans d'autres dispositions légales (par exemple, sous forme d'exemption d'une évaluation par l'autorité de la concurrence). Les méthodes permettant de prendre en compte des clauses d'intérêt public (notamment, l'intégration de considérations d'intérêt public dans la législation ou la conception des institutions) font l'objet de débats et des différences peuvent être observées entre les pays membres de l'OCDE et les pays non membres. Les pays membres de l'OCDE interprètent les clauses d'intérêt public au sens restreint et les appliquent uniquement dans des circonstances exceptionnelles, tandis que les pays non membres y ont plus souvent recours. Les autorités de la concurrence peuvent avoir du mal à concilier la prise en compte de critères d'intérêt public et les facteurs favorisant la concurrence, car ces divers aspects ne vont pas forcément dans le même sens.

En dehors de clauses intégrées dans la législation, l'intérêt public peut être pris en compte indirectement lors de l'évaluation de fusions, dans quelques circonstances rares et exceptionnelles (par exemple une crise financière), notamment quand sont avancés les arguments des gains d'efficacité globaux ou de l'entreprise défaillante. Les autorités de la concurrence ne sont pas tenues par la loi de tenir compte de ces considérations dans tous les cas et, de manière générale, le droit de la concurrence ne prend pas explicitement en compte l'intérêt public. Les autorités de la concurrence peuvent cependant, dans de telles situations, s'efforcer de trouver là encore un juste équilibre, comme lorsqu'elles évaluent les facteurs favorisant la concurrence au regard des clauses d'intérêt public.

* Cette note de référence a été préparée par Mme Aranka Nagy, détachée auprès de la Division de la concurrence de l'OCDE par l'Autorité hongroise de la concurrence. Elle est assortie des commentaires de Mme Federica Maiorano et de Mme Despina Pachnou, de la Division de la concurrence de l'OCDE. Toutes les références sont citées intégralement dans la bibliographie à la fin de la note.

TABLE DES MATIÈRES

1. Contexte.....	4
2. Objectif concurrentiel et objectifs non concurrentiels	4
2.1 L’objectif essentiel concurrentiel	5
2.2 Considérations d’intérêt public dans le droit de la concurrence.....	5
3. Clauses d’intérêt public dans le contrôle des concentrations.....	7
3.1 Définition et conception institutionnelle	7
3.1.1 Définition de l’intérêt public dans le contrôle des concentrations.....	7
3.1.2 Classification des clauses d’intérêt public.....	9
3.1.3 Conception institutionnelle pour mettre en œuvre les considérations d’intérêt public.....	10
3.2 Application des clauses d’intérêt public.....	12
3.2.1 Équilibre entre les aspects concurrentiels et les considérations d’intérêt public dans des circonstances générales.....	12
3.2.2 Équilibre entre les aspects concurrentiels et les considérations d’intérêt public dans des circonstances exceptionnelles.....	13
3.2.3 Maintien d’une cohérence lors du contrôle des fusions transnationales.....	14
3.3 Participation de l’État à l’évaluation des fusions pour des motifs d’intérêt public	15
3.3.1 Participation de l’État à l’évaluation des prises de contrôle étrangères	15
3.3.2 Participation de l’État au contrôle des fusions	16
4. Autres considérations d’intérêt public lors du contrôle des concentrations.....	18
4.1 Dérogation à l’effet suspensif.....	19
4.2 L’argument de l’entreprise défaillante.....	20
4.3 Allégations de gains d’efficacité globaux.....	21
4.4 Mesures correctives pour des motifs d’intérêt public.....	22
5. Conclusion.....	23
Notes.....	24
Bibliographie.....	29

Encadrés

Encadré 1. Exemples de clauses d’intérêt public dans les pays membres et non membres de l’OCDE	8
Encadré 2. Tests de l’intérêt public dans les pays non membres.....	10
Encadré 3. Équilibre entre les aspects concurrentiels et les considérations d’intérêt public dans des circonstances exceptionnelles	14
Encadré 4. Régimes relatifs à l’investissement étranger	16
Encadré 5. Champions nationaux des marchés énergétiques	18
Encadré 6. Vaste ensemble de mesures correctives dans les industries d’importance stratégique.....	22

1. Contexte

1. Parmi les axes prioritaires des travaux de l'OCDE, les considérations d'intérêt public dans le contrôle des concentrations ne sont pas un thème entièrement nouveau. Pour préparer le Forum mondial sur la concurrence (2003a), l'OCDE a demandé aux pays de présenter les objectifs de leurs politiques de la concurrence. Les réponses ont été analysées dans une note (OCDE, 2003a) qui a recensé, en plus de l'objectif économique, « essentiel », du droit de la concurrence, des objectifs « supplémentaires » désignés dans le présent document par le terme « considérations d'intérêt public ». Depuis, l'OCDE a organisé plusieurs tables rondes dans le cadre desquelles a été examinée la prise en compte des considérations d'intérêt public dans le droit de la concurrence (par exemple, OCDE 2009a, 2009b, 2009c, 2009d, 2011, 2012 et 2013). Cela étant, jusqu'à présent, aucune table ronde n'a étudié spécifiquement les considérations d'intérêt public dans le contrôle des concentrations.

2. Plusieurs pays de l'OCDE excluent les considérations d'intérêt public du processus de contrôle des concentrations. D'autres prennent en compte des facteurs d'intérêt public comme la stabilité financière, la sécurité publique et la pluralité des médias lors de leurs évaluations des fusions. La présente note donne une vue d'ensemble de la prise en compte ou non, dans le droit de la concurrence, et plus particulièrement dans les règles sur le contrôle des concentrations, de considérations d'intérêt public et d'autres problèmes non concurrentiels auxquels les pays sont confrontés. Ce faisant, elle soulève un certain nombre de questions, entre autres les suivantes : Sous quelle forme les considérations d'intérêt public sont-elles intégrées dans la législation ? Quelles sont les solutions institutionnelles les plus courantes pour leur mise en œuvre ? Quel poids est accordé aux considérations d'intérêt public dans le contrôle des concentrations ? Quelles sont les interventions les plus courantes de l'État dans les fusions pour des motifs d'intérêt public ? En dehors des clauses intégrées dans la législation, dans quelles autres situations des considérations d'intérêt public pourraient-elles être appliquées lors du contrôle des concentrations ?

3. La présente note explore les options et les exemples dans différents pays membres de l'OCDE, ainsi que dans quelques pays non membres.

4. Cette note est structurée comme suit : la section 2 donne un bref aperçu des objectifs du droit de la concurrence et décrit l'objectif économique essentiel (« concurrentiel ») et les objectifs supplémentaires (« non concurrentiels ») du droit de la concurrence. La section 3 fournit une description des considérations d'intérêt public dans le contrôle des concentrations, telles qu'elles se présentent dans la législation (« clauses d'intérêt public »). La section 4 traite d'autres canaux pour prendre en compte l'intérêt public dans le contrôle des concentrations.

2. Objectif concurrentiel et objectifs non concurrentiels

5. Selon un « *consensus général, l'objectif fondamental du droit de la concurrence est de protéger et de préserver la concurrence en tant que moyen le plus adapté pour assurer la répartition efficiente des ressources dans les économies de marché. Bien que les pays aient une définition différente de ce que peuvent être des résultats efficients pour le marché, ils conviennent de manière générale que le concept d'efficience se concrétise par une baisse des prix à la consommation, une amélioration de la qualité des produits et un meilleur choix de produits* » (OCDE, 1994). Par conséquent, la mission essentielle du droit de la concurrence est de promouvoir une efficience allocative en veillant à ce que les marchés soient compétitifs et à ce que les entreprises ne soient pas confrontées à des obstacles déraisonnables lorsqu'elles cherchent à parvenir à une efficience productive (Hovenkamp, 2013).

6. Si la mission essentielle du droit de la concurrence est semblable dans les différents pays, les législations varient sur le fond et sur le plan institutionnel, et leurs objectifs spécifiques peuvent aller au-delà de l'objectif économique essentiel concurrentiel (Gal et Fox, 2014) ou changer au fil du temps (Blair et Sokol, 2013). Le Réseau international de la concurrence (RIC) a identifié divers objectifs du droit de la

concurrence à travers le monde, comme la garantie d'un processus concurrentiel efficace, la promotion du bien-être des consommateurs, la maximisation de l'efficacité, la garantie de la liberté économique, la garantie de conditions équitables de concurrence pour les petites et moyennes entreprises, la promotion de l'équité et de l'égalité, la promotion du choix des consommateurs, l'intégration des marchés, la facilitation de la privatisation et de la libéralisation des marchés, et la promotion de la concurrence sur les marchés internationaux (RIC, 2007).

7. Bien que l'efficacité soit un aspect au cœur du droit et de la politique de la concurrence dans tous les pays membres de l'OCDE (OCDE, 1995), le droit de la concurrence de certaines juridictions comporte d'autres objectifs : les « considérations d'intérêt public » (OCDE, 1994). Les sous-sections suivantes donnent un bref aperçu de l'objectif essentiel concurrentiel et des objectifs d'intérêt public du droit de la concurrence.

2.1 L'objectif essentiel concurrentiel

8. La norme de bien-être que les pays devraient appliquer pour parvenir à l'efficacité fait depuis longtemps l'objet d'un débat (Harker, 2011) : bien-être total ou bien-être des consommateurs (Blair et Sokol, 2013). Les avantages et les inconvénients des différentes approches évoquées dans ce débat ne sont pas traités en détail ici, mais un exposé des différentes options est nécessaire avant de chercher à déterminer dans quelle mesure la prise en compte de l'intérêt public complète les objectifs ou oblige à s'en écarter.

9. Le bien-être total est généralement défini comme le surplus global des producteurs et des consommateurs, tandis que le bien-être des consommateurs suppose la recherche d'une maximisation du surplus des consommateurs, même si, ce faisant, le bien-être total diminue (Harker, 2011).

10. Selon le modèle du bien-être total, la politique de la concurrence se préoccupe uniquement de l'efficacité globale (en tenant compte aussi des gains d'efficacité réalisés par les producteurs), et non de la répartition des avantages (Lao, 2014). Bon nombre d'analystes des situations anticoncurrentielles (Motta, 2004, Posner, 2001, Carlton, 2007, Elzinga, 1977, Farrell et Katz, 2006, Blair et Sokol, 2013) pensent que le droit de la concurrence devrait être motivé par la recherche du bien-être total, plutôt que du bien-être des consommateurs. Ces chercheurs – en particulier ceux associés à l'École de Chicago – estiment que le droit de la concurrence n'est pas adapté pour veiller à la distribution des revenus et que d'autres politiques publiques conviennent mieux pour contribuer à atteindre ce type d'objectifs (Cseres, 2007). Cette approche n'accorde guère de valeur au transfert de richesse des consommateurs vers les producteurs ou à la protection des intérêts des consommateurs (Cseres, 2007).

11. La plupart des pays ont opté pour le modèle du bien-être des consommateurs, qui est le principe autour duquel s'articule leur droit de la concurrence : ils interdisent les pratiques limitant ce bien-être et soumettent toute autre conduite à une discipline de marché (Meese, 2013). Selon le modèle du bien-être des consommateurs, l'objectif ultime du droit de la concurrence est d'augmenter l'efficacité générale tout en fournissant aux consommateurs une part équitable de la richesse totale (Cseres, 2007). Par conséquent, toute réduction du bien-être des consommateurs, y compris les hausses des prix, est préjudiciable (Meese, 2013). Bien entendu, cette norme du bien-être des consommateurs peut donner lieu à des décisions de mise en œuvre différentes selon les circonstances¹.

2.2 Considérations d'intérêt public dans le droit de la concurrence

12. Un solide cadre pour la politique de la concurrence peut en soi aider à atteindre des objectifs de développement durable, comme la réduction de la pauvreté (entre autres en diminuant les prix et en augmentant le choix des consommateurs) et la croissance économique (par exemple en créant une rivalité entre les entreprises et en stimulant la productivité (Davies et Thiemann, 2015)). Le droit de la concurrence

peut aussi être expressément axé sur un certain nombre d'objectifs supplémentaires d'intérêt public (OCDE, 2003a). Il arrive que ces objectifs supplémentaires soient contradictoires par rapport à l'objectif essentiel concurrentiel : un test pour jauger l'intérêt public peut permettre l'approbation d'une fusion anticoncurrentielle ou d'une pratique commerciale restrictive ou entraîner le blocage ou la correction d'une fusion ou d'une pratique commerciale favorable à la concurrence afin de servir l'intérêt public (OCDE, 2003a).

13. Les travaux de l'OCDE concernant le droit de la concurrence et la conduite responsable d'activités commerciales suggèrent que la plupart des autorités de la concurrence dans les pays membres de l'OCDE ne prennent habituellement pas en compte de facteurs allant au-delà des objectifs essentiels concurrentiels (OCDE, 2015a). Les autorités de la concurrence dans les pays de l'OCDE attentives à des considérations d'intérêt public les interprètent et les appliquent généralement dans un sens restreint (OCDE, 2015a). Les considérations d'intérêt public ont généralement plus de poids dans les économies émergentes (Lewis, 2002). Par conséquent, les pays non membres appliquent habituellement plus souvent des considérations d'intérêt public (OCDE, 2003a)². Selon la CNUCED, une concurrence efficace peut être considérée comme un élément fondamental de la stratégie de développement économique des économies émergentes, ce qui les incite à inclure dans leur droit de la concurrence des objectifs de politique publique qui vont au-delà d'une recherche d'efficacité (CNUCED, 2011). Par exemple, le chômage peut être élevé dans les économies émergentes ; par conséquent, les gouvernements font de la création d'emplois une de leurs considérations prioritaires lors du contrôle des concentrations (Oxenham, 2012)³.

14. La prise en compte ou non du concept d'intérêt public dans le droit de la concurrence fait l'objet d'un débat⁴ :

- Les objectifs d'intérêt public sont généralement d'ordre général et donc difficiles à interpréter et à appliquer de manière objective, transparente et cohérente. En les prenant en compte, le risque est de créer une incertitude et une imprévisibilité juridiques lors de la mise en œuvre du droit de la concurrence. L'argument a été avancé que des questions d'intérêt public (comme la pluralité des médias, l'emploi) peuvent être mieux abordées par des politiques directes (RIC, 2002) ou par une réglementation sectorielle (Cheng et al., 2014). Intégrer l'évaluation de considérations d'intérêt public dans le contrôle des concentrations peut nuire à une analyse fondamentale de la concurrence en cas de fusions, et par conséquent à l'« intérêt public » général que la politique de la concurrence a pour but de promouvoir (Balkin et Mbikiwa, 2014).
- Les commentateurs qui plaident en faveur d'un droit et d'une politique de la concurrence allant au-delà de l'objectif essentiel concurrentiel font remarquer que la concurrence ne peut exister dans un vide (Banda et al., 2015). Les autorités de la concurrence doivent rendre des comptes aux gouvernements qui cherchent à mettre en œuvre des politiques en plus de la promotion de la concurrence sur les marchés (CNUCED, 2011). L'inclusion de critères non concurrentiels permet aux pays de concevoir leur droit de la concurrence de sorte qu'il corresponde à leurs critères socioéconomiques (Gal et Fox, 2014) et peut aussi, dans certains cas, améliorer la crédibilité de l'autorité de la concurrence⁵.

15. À la connaissance du Secrétariat, aucune évaluation d'impact n'a été réalisée sur les effets des décisions de mise en œuvre du droit de la concurrence uniquement pour des motifs d'intérêt public, ce qui s'explique sans doute par les difficultés méthodologiques, comme le manque d'hypothèses et de résultats clairs et comparables. Par conséquent, aucune évaluation empirique n'a été effectuée pour déterminer si l'inclusion d'objectifs d'intérêt public dans le droit de la concurrence compense les effets anticoncurrentiels sur le marché.

3. Clauses d'intérêt public dans le contrôle des concentrations

16. Les décisions commerciales, notamment les fusions, sont susceptibles d'avoir des conséquences politiques et économiques, ce qui, dans certains cas, incite à inclure des considérations d'intérêt public dans la législation sur le contrôle des concentrations. Une récente étude confirme que des considérations d'intérêt public sont présentes dans les régimes de contrôle des concentrations de nombreux pays à travers le monde, même si la majorité d'entre eux ne sont pas des membres de l'OCDE (Reader, 2016)⁶.

17. Les clauses d'intérêt public dans la législation sur le contrôle des concentrations prennent diverses formes, comme des exigences explicites pour prendre en compte l'intérêt public dans les évaluations de fusions, l'exemption de soumettre des fusions à une évaluation par l'autorité de la concurrence ou la possibilité accordée à d'autres instances publiques de prendre des décisions invalidant celles de l'autorité de la concurrence.

18. La première partie de la section 3 s'intéresse à la définition de l'intérêt public dans la législation sur le contrôle des concentrations et aux types de clauses les plus courants. Elle présente les modèles institutionnels pour mettre en œuvre les clauses d'intérêt public. La deuxième partie de la section 3 explore certains des problèmes auxquels les autorités de la concurrence peuvent être confrontées lorsqu'elles appliquent de telles clauses. La troisième partie décrit l'application concrète, par les États, des considérations d'intérêt public dans le contrôle des concentrations.

3.1 Définition et conception institutionnelle

3.1.1 Définition de l'intérêt public dans le contrôle des concentrations

19. Il n'existe pas de définition universelle de l'intérêt public. Aux fins de la présente note, les considérations d'intérêt public sont des facteurs non concurrentiels pris en compte dans le contrôle des concentrations. Les clauses d'intérêt public varient considérablement d'une juridiction à l'autre, selon le contexte social, culturel et politique, et peuvent changer au fil du temps pour refléter les évolutions de la société (Jolly, 2007).

20. L'intérêt public peut être pris en compte dans le droit de la concurrence de différentes manières :

- dans les objectifs/principes généraux ou dans le préambule d'une loi ;
- dans les critères d'évaluation des fusions ;
- dans toute autre disposition/exception du droit de la concurrence qui permet aux fusions d'être évaluées par d'autres instances publiques que les autorités de la concurrence.

21. Dans de nombreux pays, il ne ressort pas clairement si le préambule ou l'objectif d'une loi doit être pris en compte lors de l'évaluation d'une fusion (Buthelezi et Njisane, 2015). Cette section se concentre par conséquent sur les clauses d'intérêt public incluses parmi les critères d'évaluation des fusions et sur les clauses autorisant l'intervention d'autres instances publiques que les autorités de la concurrence.

**Encadré 1. Exemples de clauses d'intérêt public dans les pays membres
et dans les pays non membres de l'OCDE**

Aux termes de l'article 21 (4) du règlement de l'*Union européenne* sur le contrôle des concentrations entre entreprises (le « règlement CE sur les concentrations »), les États membres de l'UE sont autorisés à prendre les mesures appropriées pour assurer la protection d'intérêts publics légitimes (non concurrentiels), y compris la sécurité publique, la pluralité des médias et les règles prudentielles. Nombre de pays membres de l'OCDE ont des clauses permettant à l'État d'intervenir dans le contrôle des concentrations en vertu de divers motifs de politique publique, tels que :

- le développement industriel, la protection de l'emploi, la promotion de la compétitivité des entreprises face à la concurrence internationale en *France* ;
- les avantages pour l'économie dans son ensemble ou un intérêt public supérieur en *Allemagne* ;
- les intérêts d'ordre général pertinents pour l'économie nationale, dans le cadre de l'intégration européenne en *Italie* ;
- des raisons d'intérêt général aux *Pays-Bas* ;
- des questions de principe ou d'intérêt majeur pour la société en *Norvège* ;
- les avantages d'un intérêt stratégique fondamental pour l'économie nationale au *Portugal* ;
- la défense et la sécurité nationale, la protection de la sécurité publique et de la santé publique, la libre circulation des biens et des services au sein du territoire national, la protection de l'environnement, la promotion de la recherche scientifique et développement et le maintien des objectifs de réglementation du secteur en *Espagne* ;
- les intérêts publics exceptionnels, comme la sécurité nationale, la pluralité des médias, ou la stabilité du système financier au *Royaume-Uni*.

En *Corée*, des facteurs comme le développement de l'emploi, le développement économique de zones non métropolitaines, un approvisionnement stable en énergie et la réduction de la pollution de l'environnement doivent être pris en compte.

Les régimes de concurrence en Nouvelle-Zélande et en Australie, qui sont structurés de la même manière, comportent l'un comme l'autre des critères non concurrentiels. En *Nouvelle-Zélande*, les avantages publics (en général, les gains d'efficacité économiques) dans le pays et les politiques économiques du gouvernement doivent être envisagés. En *Australie*, une nette augmentation de la valeur réelle des exportations, le remplacement des importations et tout autre aspect lié à la compétitivité internationale de l'industrie australienne doivent être pris en compte.

En *République populaire de Chine*, les clauses d'intérêt public comportent l'évaluation de l'impact d'une fusion sur la sécurité nationale et l'impact d'une fusion proposée sur le développement de l'économie nationale.

22. Les clauses d'intérêt public parmi les critères d'évaluation des fusions peuvent prendre la forme d'une liste non exhaustive de facteurs (par exemple, en Pologne) ou d'une liste fermée précisant certains facteurs qui devraient être protégés (par exemple, en Espagne). Habituellement, le droit de la concurrence exige des autorités de la concurrence qu'elles trouvent un juste équilibre quand elles examinent les critères d'intérêt public au regard de l'effet défavorable envisagé sur la concurrence (par exemple, en Allemagne, en Italie et au Portugal).

23. La forme que prend l'intérêt public dans la législation a son importance (Mariniello et al., 2015, Hodge et al., 2009) :

- Une formulation générale ou une définition au sens large donne aux autorités de la concurrence plus de marge de manœuvre et renforce leur pouvoir discrétionnaire lors de la mise en œuvre.

Cela évite le risque d'appliquer des critères d'intérêt public correspondant à une définition stricte (Hodge et al., 2009) qui, au fil du temps, peut ne plus traduire les objectifs des politiques publiques.

- Une définition très large, « fourre-tout », peut être préjudiciable au droit de la concurrence (Chisholm et Jung, 2014). Si le concept d'intérêt public n'est pas clairement défini et s'il n'existe pas de documents juridiques non contraignants pour clarifier sa signification, les autorités de la concurrence devront interpréter le concept au cas par cas. Cela peut accentuer l'incertitude et l'imprévisibilité du droit (Capobianco et Nagy, 2015) et exposer les autorités de la concurrence à des influences et des pressions politiques (Mariniello et al., 2015).

3.1.2 Classification des clauses d'intérêt public

24. Il n'existe pas de liste exhaustive des clauses d'intérêt public, car les objectifs des politiques publiques sont sensiblement différents d'un pays à l'autre. Une distinction peut être établie entre les considérations générales et spécifiques, et les considérations économiques et non économiques :

- *Considérations générales – spécifiques* : Le concept d'intérêt public peut être soit général (par exemple, « l'intérêt public légitime », « l'intérêt public supérieur », la pondération des « avantages publics »)⁷ ou spécifique et plus restreint, reflétant les besoins sociaux, politiques et économiques du pays. Les considérations spécifiques peuvent porter sur un certain secteur ou une certaine industrie, et sont particulièrement courantes dans l'énergie (par exemple, la « sécurité de l'offre », un « approvisionnement stable en énergie »), les médias (la « pluralité des médias »), la finance (« les « règles prudentielles », la « stabilité du système financier ») et la défense (la « sécurité nationale », la « défense nationale »)⁸.
- *Considérations économiques – non économiques* : Une distinction peut être établie entre les considérations liées à des questions économiques (par exemple, la « protection des petites et moyennes entreprises », la « compétitivité internationale des entreprises nationales », le « développement économique des zones non métropolitaines »)⁹ et les considérations visant d'autres objectifs (par exemple, la « protection de l'emploi » sur le plan social, la « santé publique » ou la « protection de l'environnement »)¹⁰.

Encadré 2. Tests de l'intérêt public dans les pays non membres

Exemple de l'Afrique du Sud

Les objectifs d'intérêt public dans le contrôle des concentrations sont plus répandus dans les pays non membres (OCDE, 2003a). Si ces objectifs jouent un rôle plus important dans les pays non membres, c'est que ces derniers ont plus fréquemment recours à des politiques industrielles et la volonté d'aligner leur politique de la concurrence sur leurs politiques publiques générales (Lewis, 2002, Omphemetse et Sibanda, 2015, Hodge et al., 2009). Les clauses d'intérêt public les plus courantes sont motivées par des considérations socioéconomiques ou sociopolitiques, comme l'« emploi », la « compétitivité internationale », les « exportations » et la « promotion de la stabilité » (voir les juridictions de l'Afrique du Sud, du Botswana, de la Zambie, du Kenya et de la Namibie. Oxenham, 2012, Machine, 2014, Smith et Swan, 2014).

En Afrique du Sud, l'article 12A (3) de la loi sur la concurrence précise que les autorités de la concurrence compétentes (la Commission ou le Tribunal) doivent envisager l'impact de la fusion sur : i) une certaine industrie ou un certain secteur ; ii) l'emploi ; iii) la possibilité de devenir compétitives pour les entreprises détenues par des personnes traditionnellement désavantagées ; et iv) la capacité des industries nationales à être compétitives sur les marchés internationaux. Le test de l'intérêt public est distinct du test de la concurrence (comme l'a confirmé l'affaire *Harmony Gold mining Co/Gold Fields Ltd* (Tavuyanago, 2015)). Même si la fusion passe le test classique de la concurrence, des considérations d'intérêt public doivent tout de même être évaluées (Machine, 2014).

L'Afrique du Sud a récemment publié des lignes directrices pour encadrer son approche concernant l'évaluation des considérations d'intérêt public (« *Guidelines on the assessment of public interest provisions in merger regulation under the Competition Act 89 of 1998* », des lignes directrices sur l'évaluation des dispositions relatives à l'intérêt public dans la réglementation sur les fusions aux termes de la Loi sur la concurrence 89 de 1998, pour que la Commission les soumette à une consultation publique le 23 janvier 2015). Ces lignes directrices proposent une analyse en cinq étapes qui préconisent aux autorités de la concurrence de :

- déterminer l'impact probable de la transaction sur l'intérêt public ;
- déterminer dans quelle mesure l'impact supposé sur un intérêt public spécifique résulterait de cette fusion ;
- déterminer si les effets seraient importants ;
- examiner si les parties participant à la fusion peuvent justifier l'impact probable sur cet intérêt public particulier ; et
- examiner les mesures correctives possibles pour remédier à un quelconque effet négatif probable sur l'intérêt public.

Dans le cadre de la fusion *Wal-Mart/Massmart* (Wal-Mart Stores Inc. et Massmart Holdings Limited 73/LM/Nov10), Wal-Mart, leader mondial de la grande distribution, envisageait d'acquérir le contrôle de Massmart, grossiste et détaillant sud-africain de produits d'épicerie et de marchandises diverses. Comme Wal-Mart n'était pas présent en Afrique du Sud avant la fusion, la transaction ne soulevait pas de problèmes de concurrence. Cependant, elle a suscité des préoccupations pour des motifs d'intérêt public, en particulier concernant l'emploi (les pertes d'emploi potentielles du fait de la fusion) et le secteur (l'augmentation des importations et l'impact préjudiciable au niveau de la production locale). La Cour d'appel spécialisée dans les questions de concurrence (Competition Appeal Court, ou CAC) a autorisé la fusion, sous réserve qu'aucun licenciement en rapport avec la fusion n'ait lieu pendant deux ans et que les parties créent un fonds de développement pour aider les producteurs locaux à faire face à la concurrence étrangère (Banda et al., 2015).

3.1.3 Conception institutionnelle pour mettre en œuvre les considérations d'intérêt public

25. Les différents moyens institutionnels de mettre en œuvre des considérations d'intérêt public peuvent se regrouper sous deux catégories, à savoir i) le modèle d'autorité unique et ii) le modèle de responsabilités doubles.

26. *Le modèle d'autorité unique.* Certains pays confient à l'autorité de la concurrence le test de l'intérêt public lors de l'analyse des fusions, indépendamment du secteur ou de l'industrie concernée (par exemple, l'Afrique du Sud ou la République populaire de Chine).

27. Le concept d'autorité unique permet une application cohérente et systématique de la législation (Capobianco et Nagy, 2015) et peut par conséquent conforter la certitude du droit. Cette approche donne aux autorités de la concurrence la possibilité de réaliser une analyse complète prenant en compte des critères concurrentiels, ainsi que des critères non concurrentiels. Comme les autorités de la concurrence sont généralement indépendantes du gouvernement et des groupes de parties prenantes, sans doute sont-elles moins susceptibles d'exercer des pressions externes (Machine, 2014).

28. Les considérations d'intérêt public font cependant intervenir des facteurs plus subjectifs que les facteurs économiques généralement pris en compte par les autorités de la concurrence lors du contrôle des concentrations (Poddar et Stooke, 2014). Cela risque d'exposer les autorités de la concurrence à des pressions politiques et d'affecter leur indépendance et leur impartialité (Capobianco et Nagy, 2015). La mise en œuvre de considérations d'intérêt public peut donner lieu à un conflit d'intérêt interne, en particulier au sein d'autorités de la concurrence supervisées par une instance politique (par exemple, un ministère), car l'évaluation de la concurrence peut exiger une autre solution différente de la considération d'intérêt public que cherche à promouvoir l'instance politique. En outre, les autorités de la concurrence peuvent ne pas être dotées des compétences nécessaires. De plus, comme les autorités de la concurrence ne sont pas des organes élus, on pourrait arguer qu'elles n'ont pas la légitimité démocratique requise pour évaluer l'intérêt public, surtout si, dans le cadre de cette évaluation, elles doivent trouver un compromis entre un objectif public et un autre, ou trancher entre les intérêts de différents groupes.

29. *Le modèle de responsabilités doubles.* Selon ce modèle, les autorités de la concurrence réalisent une évaluation standard de la concurrence, tandis que les considérations d'intérêt public sont examinées par un organisme sectoriel de réglementation ou une instance en charge des politiques publiques (par exemple, un ministère). On rencontre les combinaisons suivantes :

- *Compétences partagées.* Les considérations d'intérêt public sont canalisées dans la procédure de contrôle des concentrations par la position officielle de l'instance de réglementation sectorielle ou autre organisme public décisionnaire. Les compétences partagées sont fréquentes en matière de fusions dans le secteur des médias¹¹. Les procédures menées par l'autorité de la concurrence et l'instance de réglementation sectorielle sont généralement liées en termes de calendrier et de règles procédurales. La réglementation nationale précise si la décision de l'instance de réglementation ou d'un autre organisme est contraignante pour l'autorité de la concurrence¹².

Compte tenu de l'intervention de deux institutions distinctes, la procédure est d'une plus grande clarté. Les autorités de la concurrence sont moins exposées aux pressions politiques et aux craintes d'un conflit d'intérêt. Cependant, il peut s'avérer difficile d'aligner les procédures des institutions distinctes : les principes de coopération doivent être clairement établis légalement pour éviter un chevauchement des responsabilités. Les compétences partagées peuvent aussi donner lieu à de longues procédures.

- *Intervention extérieure.* La considération de clauses d'intérêt public est laissée à un ministre ou autre organisme public décisionnaire (en dehors d'une instance de réglementation), et la conclusion de l'évaluation menée par l'autorité de la concurrence peut être invalidée par l'évaluation ultérieure d'un tel organisme. Selon ce modèle, l'application de la clause d'intérêt public constitue une exception. Généralement, l'intervention extérieure ne se limite pas à certains secteurs ou à certaines industries. Le modèle extérieur – en tant que forme spécifique de participation des États à l'évaluation des fusions pour des motifs d'intérêt public – est décrit plus en détail dans la section 3.3.2.

Le modèle extérieur comporte les mêmes avantages que le modèle des compétences partagées (par exemple, l'autorité de la concurrence se concentre uniquement sur les critères liés à la concurrence, le processus de prise de décision est plus clair, la question de légitimité démocratique ne se pose pas). Cependant, on pourrait arguer qu'il expose le contrôle des concentrations aux influences politiques et empêche par conséquent une mise en œuvre indépendante du droit de la concurrence (Hodge, 2009). En outre, il est possible que les ministres ou autres organismes publics décisionnaires connaissent mal les considérations concurrentielles (Machine, 2014) et que les autorités de la concurrence soient plus compétentes pour tenir compte d'aspects non concurrentiels dans leur évaluation (Vane, 2015).

- *Compétences concurrentes.* Les fusions dans certains secteurs sont évaluées à la fois par l'autorité de la concurrence et l'instance de réglementation sectorielle ou un autre organisme, dans le cadre de procédures distinctes et indépendantes (tandis que, selon le modèle des compétences partagées, les procédures sont liées en termes de calendrier et de règles). Selon ce modèle, l'évaluation des considérations d'intérêt public relève de l'instance de réglementation sectorielle ou d'un autre organisme décisionnaire spécialisé. Les organismes responsables ne tiennent pas compte des points de vue de chacun d'entre eux lorsqu'ils effectuent leur évaluation. Des compétences concurrentes sont souvent sollicitées pour l'évaluation de fusions sur les marchés financiers et bancaires¹³.

3.2 *Application des clauses d'intérêt public*

30. Certains intervenants du secteur des entreprises ont fait valoir que « *de manière générale, il ne faudrait pas appliquer de facteurs non concurrentiels à un contrôle des concentrations visant à déterminer l'impact de ces opérations sur la concurrence* » (ICC/BIAC, 2000, OCDE, 2015a) afin de protéger la certitude et la prévisibilité du droit (Poddar et Stooke, 2014). Selon les Pratiques recommandées du RIC pour l'analyse des fusions, le contrôle des fusions devrait se concentrer « *exclusivement sur l'identification et la prévention ou la correction de fusions anticoncurrentielles. Une loi relative au contrôle des fusions ne devrait pas servir à poursuivre d'autres objectifs* » (RIC, 2008, Poddar et Stooke, 2014). L'application de considérations d'intérêt public pourrait interférer avec des décisions commerciales favorables (ou défavorables) à une fusion qui reposent sur la capacité des parties à prévoir le résultat de l'évaluation des autorités de la concurrence (Reader, 2016)¹⁴.

31. Dans les sections suivantes, la présente note traite de certains des problèmes rencontrés par les pays lors de l'interprétation et de l'application de clauses d'intérêt public, et en particulier de l'équilibre que les autorités de la concurrence parviennent à établir entre les aspects concurrentiels et les considérations d'intérêt public dans des circonstances générales et exceptionnelles, ainsi que de leurs efforts pour maintenir une cohérence lors du contrôle de fusions transnationales.

3.2.1 *Équilibre entre les aspects concurrentiels et les considérations d'intérêt public dans des circonstances générales*

32. Il n'est pas toujours facile de trouver le juste équilibre entre les critères de concurrence et les critères d'intérêt public : les évaluations d'une même fusion qui tiennent compte à la fois de critères de concurrence et de critères d'intérêt public, ces derniers comportant des considérations politiques et socioéconomiques (Buthelezi et Njisane, 2015), n'aboutissent pas forcément aux mêmes conclusions. Cela peut donner lieu, sur la base de motifs d'intérêt public, à la validation d'une fusion anticoncurrentielle ou au blocage d'une fusion favorable à la concurrence.¹⁵ Il ressort des recherches du Secrétariat que les exemples de validation d'une fusion anticoncurrentielle pour des motifs d'intérêt public sont plus nombreux que les cas d'interdiction d'une fusion approuvée par l'autorité de la concurrence.

33. Selon le modèle de compétence unique, les autorités compétentes peuvent être confrontées à un exercice d'équilibre difficile de pondération des critères d'intérêt public par rapport aux facteurs concurrentiels (Poddar et Stooke, 2014) :

- *Interprétation des clauses d'intérêt public* : les objectifs de politiques publiques peuvent être généraux, divers et évoluer au fil du temps, ce qui rend difficile l'interprétation des clauses d'intérêt public. Ces clauses sont parfois invoquées dans des circonstances imprévisibles comme une crise financière, ce qui complique encore leur définition, leur délimitation et leur application (Chisholm et Jung, 2014). Des clauses clairement identifiées et formulées (IBA, 2015) peuvent contribuer à la transparence et à la prévisibilité de leur interprétation. En outre, il est possible de rendre l'interprétation de clauses d'intérêt public plus objective, transparente et prévisible à l'aide de documents juridiques non contraignants (instructions, avis, etc.)¹⁶. Les lignes directrices sud-africaines mentionnées dans l'encadré 2 constituent un exemple de dispositions non contraignantes. De plus, pour permettre une analyse juridique des décisions, il faut que le raisonnement qui sous-tend ces décisions et l'interprétation de l'intérêt public dans le cas en question soient concrets, détaillés et exposés par écrit.
- *Horizon temporel de l'impact du contrôle des fusions* : Les autorités de la concurrence appliquent essentiellement une approche prospective du contrôle des concentrations, ce qui signifie que les évaluations visent à déterminer l'impact probable d'une fusion sur la concurrence entre le moyen et le long terme. Les évaluations de fusions fondées sur des motifs d'intérêt public reflètent en général des considérations actuelles de politiques publiques et peuvent chercher à remédier à des préoccupations à court terme. Une intervention qui semble être une bonne solution à court terme peut avoir des conséquences préjudiciables pour la concurrence et le bien-être des consommateurs à long terme. Les travaux de l'OCDE suggèrent, en particulier, qu'il est presque impossible d'inverser les effets de fusions qui engendrent une forte concentration des marchés (OCDE, 2009d). Il n'est pas simple de trouver un équilibre entre les avantages à court terme et les avantages à long terme associés au soutien de marchés concurrentiels (Claudia, 2012).
- *Spécificité d'une fusion* : La spécificité d'une fusion est un principe de mise en œuvre du contrôle des concentrations qui exige l'existence de liens de cause à effet suffisants entre la fusion et son impact supposé avant que l'autorité de la concurrence n'intervienne. On pourrait arguer que les considérations d'intérêt public devraient aussi être spécifiques à une fusion ; autrement dit, en cas d'approbation et de blocage d'une fusion pour des motifs d'intérêt public, ces motifs doivent être étroitement liés aux effets probables de la fusion en question (Njisane, 2011). Cela étant, lors de l'application de clauses d'intérêt public, les autorités compétentes peuvent tenir compte d'objectifs de politiques publiques qui vont au-delà de cette fusion spécifique.

3.2.2 *Équilibre entre les aspects concurrentiels et les considérations d'intérêt public dans des circonstances exceptionnelles*

34. Même si les considérations d'intérêt public sont clairement définies, les situations dans lesquelles l'intérêt public est invoqué ne sont pas forcément toutes couvertes par la loi ou des dispositions non contraignantes. Il ressort des travaux menés par l'OCDE pour évaluer le rôle du droit de la concurrence dans des temps de crises financières que d'aucuns plaident en faveur d'une suspension des règles de concurrence pendant la durée de la crise (OCDE, 2009d).

Encadré 3. Équilibre entre les aspects concurrentiels et les considérations d'intérêt public dans des circonstances exceptionnelles

Stabilité du système financier au Royaume-Uni (fusion Lloyds/HBOS)

Au Royaume-Uni, l'article 42 de l'*Enterprise Act 2002* [Loi sur les entreprises de 2002], autorise le Secrétariat d'État à émettre un *intervention notice* [avis d'intervention] à l'intention de l'autorité de la concurrence, la Competition and Markets Authority (CMA), qui précise si des considérations d'intérêt public doivent être prises en compte concernant une proposition de fusion. Les considérations d'intérêt public mentionnées dans l'article 58 de la Loi sur les entreprises de 2002, telles que modifiée en 2008, sont : i) la sécurité nationale, ii) la pluralité des médias et iii) la stabilité du système financier.

Jusqu'à présent, la majorité des avis d'intervention ont porté sur des critères de sécurité nationale (Chisholm et Jung, 2014). À propos de la fusion *Pfizer/AstraZeneca*, la possibilité a été évoquée d'inclure parmi les considérations d'intérêt public la protection des activités de recherche-développement, mais cet argument n'a pas abouti (Chisholm et Jung, 2014).

Le facteur de la « stabilité du système financier » a été inclus dans la Loi sur les entreprises en rapport avec la fusion *Lloyds/HBOS*. En septembre 2008, le cours de l'action de Halifax Bank of Scotland (HBOS), première banque de crédit hypothécaire en Grande Bretagne, a considérablement baissé. Suite à un débat public sur la question de savoir s'il fallait ou non laisser le leader britannique du crédit hypothécaire faire faillite, les établissements Lloyds et HBOS ont annoncé qu'ils étaient parvenus à s'entendre pour que Lloyds fasse l'acquisition de HBOS (Smith, 2008).

Le Secrétaire d'État a émis un avis d'intervention tenant compte de la stabilité du système financier, une considération d'intérêt publique qui, à l'époque, n'était pas incluse dans la Loi sur les entreprises. Le jour de l'entrée en vigueur de la Loi sur les entreprises modifiée, qui ajoutait « la stabilité du système financier » parmi les facteurs d'intérêt public à prendre en compte dans le contrôle des concentrations, l'Office of Fair Trading (OFT) a conclu dans son rapport que la fusion entraînerait une importante réduction de la concurrence concernant les comptes courants des particuliers, les services bancaires pour les petites et moyennes entreprises, et les crédits hypothécaires (rapport de l'OFT, 2008). La fusion n'a cependant pas été renvoyée devant la Competition Commission car le Secrétaire d'État a décidé que les préoccupations en matière de concurrence identifiées par l'OFT étaient compensées par d'importants avantages en termes d'intérêt public dans la mesure où l'opération garantissait la stabilité du système financier (Smith, 2008).

3.2.3 *Maintien d'une cohérence lors du contrôle des fusions transnationales*

35. L'interdépendance croissante de l'économie mondiale et des échanges commerciaux internationaux a donné lieu à un plus grand nombre de fusions transnationales (Brandenburger et Jones, 2014, Capobianco et al., 2016). L'éventualité que, dans différents pays, des décisions contradictoires soient prises concernant la même fusion augmente lorsque des considérations d'intérêt public entrent en ligne de compte¹⁷.

36. Cette section donne un bref aperçu des complications qui peuvent survenir lors de l'application de considérations d'intérêt public dans les fusions soumises à une investigation dans plusieurs pays :

- *Imprévisibilité accrue des fusions transnationales.* Les clauses d'intérêt public sont spécifiques aux pays et plus susceptibles que les objectifs essentiels concurrentiels de présenter des différences en termes de conception, d'interprétation et d'application dans les différents pays, ce qui augmente la probabilité de parvenir à des résultats différents (Oxenham, 2012). Dans son récent Livre blanc, la Commission européenne a souligné que les législations nationales permettant aux pouvoirs publics de rejeter une décision de l'autorité de la concurrence et d'autoriser une fusion anticoncurrentielle sur la base de considérations d'intérêt public (Commission européenne, 2014) peuvent engendrer des divergences en termes de conclusions.
- *Exigences supplémentaires.* Les fusions transnationales nécessitent de multiples déclarations administratives et une coordination entre les parties. Les clauses d'intérêt public peuvent exiger des parties qu'elles se conforment, dans certains pays, à des exigences supplémentaires en termes

de déclarations administratives. Par exemple, en République populaire de Chine, selon des instructions du ministère du Commerce, des explications spécifiques doivent être fournies dans la notification d'une fusion si celle-ci concerne l'intérêt public, en particulier la sécurité nationale, la politique industrielle, les actifs détenus par l'État, etc. (GTDT, 2015).

- *Mesures correctives.* L'obligation de mettre en œuvre des mesures correctives en cas de fusions transnationales soulève des difficultés quant à la cohérence des approches adoptées par les différents pays (OCDE, 2015b). Il est indispensable que les autorités de la concurrence se consultent et se coordonnent¹⁸ afin de concevoir et de mettre en œuvre des mesures correctives efficaces (OCDE, 2015b), en particulier lorsqu'il est question de clauses d'intérêt public, car elles rendent le problème plus complexe.

3.3 *Participation de l'État à l'évaluation des fusions pour des motifs d'intérêt public*

37. Ces dernières années, le débat s'est intensifié à propos des conflits potentiels qui peuvent découler d'une quête d'efficacité et d'une volonté d'atteindre des objectifs plus généraux de politique publique par le biais de la concurrence (Geradin et Girgenson, 2011), car les pouvoirs publics interviennent parfois sur les marchés d'une importance nationale en recourant à divers instruments, notamment des fusions arrangées et des règles relatives à l'investissement étranger.

38. Dans la première partie de cette section, nous donnons un bref aperçu de la participation de l'État à l'évaluation des prises de contrôle étrangères, en particulier au moyen de mesures et de mécanismes de contrôle nationaux qui n'entrent pas dans le cadre du contrôle des fusions. La deuxième partie de cette section présente la participation de l'État au contrôle des fusions (généralement *ex post*), sur la base de clauses d'intérêt public.

3.3.1 *Participation de l'État à l'évaluation des prises de contrôle étrangères*

39. Il arrive que les États introduisent des mesures ciblant les prises de contrôle par des sociétés étrangères, qui correspondent aux initiatives suivantes (MLex, 2014, ABA, 2015)¹⁹ :

- *Blocage de l'opération.* Une réglementation sectorielle peut bloquer ou interrompre une prise de contrôle étrangère. L'échec de la tentative d'E.ON de prendre le contrôle de la société énergétique espagnole Endesa en constitue un exemple (Milner, 2007)²⁰.
- *Influence exercée sur la structure de l'opération.* L'État peut influencer sur la structure de l'opération ou les mesures correctives imposées aux parties. La prise de contrôle de la société française Alstom par le conglomérat américain General Electric a été structurée pour respecter des conditions fixées par le gouvernement français (Petit, 2015)²¹.
- *Régimes relatifs à l'investissement étranger.* Les fusions transnationales nécessitent souvent un contrôle non seulement des effets anticoncurrentiels, mais aussi de l'intérêt national ou de la sécurité nationale (ABA, 2015). Ces contrôles ont pour but non seulement de fournir un cadre d'évaluation concernant les investissements étrangers de manière à encourager les investissements et la croissance économique, mais aussi d'examiner les investissements étrangers qui peuvent être préjudiciables à l'intérêt national ou à la sécurité nationale. Parmi les pays membres de l'OCDE qui se sont dotés de règles sur l'investissement étranger figurent l'Allemagne, l'Australie, le Canada, la Corée, l'Espagne, les États-Unis, la France, l'Italie, le Japon, la Nouvelle-Zélande, le Portugal, le Royaume-Uni et la Suisse²². L'évaluation des investissements étrangers, autrement dit l'évaluation aux fins d'examiner les propositions faites par des investisseurs étrangers en rapport avec l'intérêt national ou la sécurité nationale, est rarement réalisée par l'autorité de la concurrence²³. Un certain nombre de pays ont une instance distincte pour évaluer les prises de contrôle étrangères²⁴. Les autorités de la concurrence sont parfois consultées par ces instances (par exemple, au Canada).

Encadré 4. Régimes relatifs à l'investissement étranger

Exemples du Canada et de l'Australie

Les procédures en matière de concurrence et les évaluations d'investissements étrangers peuvent être conflictuelles : le droit de la concurrence est neutre en termes de propriété et de nationalité. Les évaluations d'investissements étrangers peuvent non seulement encourager les investissements et la croissance économique, mais aussi chercher à protéger les entreprises nationales de la concurrence étrangère (Chisholm et Jung, 2014).

Test de l'avantage net au Canada

Au Canada, la Loi sur investissement Canada régit l'examen des investissements étrangers (Frigon, 2011). Les investissements étrangers doivent être soumis à un examen dans le cadre d'un test dit de « l'avantage net » s'ils dépassent les seuils monétaires stipulés dans la Loi. Les investissements ne peuvent être approuvés que si le ministre de l'Industrie est convaincu que la transaction peut présenter un « avantage net » pour le Canada (Frigon, 2011). Parmi les facteurs pris en compte dans le test figurent, par exemple, l'effet de l'investissement sur l'activité économique, la productivité, le rendement, le progrès technologique, la création de produits nouveaux et la concurrence au Canada ; la compatibilité de l'investissement avec les politiques nationales en matière industrielle, économique et culturelle, et la contribution de l'investissement à la compétitivité canadienne sur les marchés mondiaux (« Un survol de la Loi sur investissement Canada » (questions-réponses)). Lorsqu'il évalue ces facteurs, le ministre consulte les gouvernements provinciaux, d'autres ministères fédéraux et le Bureau de la concurrence.

En 2010, la société australienne BHP Billiton (premier producteur mondial de fertilisants) a proposé d'acquérir l'entreprise canadienne Canadian Potash Corporation, une offre qui a été bloquée au motif que la cession à BHP Billiton ne présenterait pas un « avantage net » pour le pays (Bloomberg, 2010), malgré les engagements pris par BHP (Kwinter, 2014). La province du Saskatchewan a argué que la cession de Potash Corporation entraînerait des pertes en termes d'emplois et de recettes fiscales et reviendrait à renoncer au contrôle d'une ressource importante (Bloomberg, 2010).

Test de l'intérêt national en Australie

En Australie, le *Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975* [Loi sur les acquisitions et les prises de contrôle étrangères de 1975] habilite le Treasury à émettre des ordonnances pour interdire certains investissements étrangers si le Treasury les considère contraires à l'intérêt national. Les opérations qui dépassent le seuil monétaire stipulé par la loi sont soumises à une notification obligatoire. Les notifications doivent être présentées au Foreign Investment Review Board [conseil en charge de l'examen des investissements étrangers], une instance non statutaire conseillant le Treasury. Le test de l'« intérêt national » se fonde sur un concept général institué par la législation et développé par la jurisprudence. Les facteurs pris en considération seront, entre autres, la sécurité nationale ; la fiscalité et autres politiques publiques comme l'environnement ; l'impact de l'investissement sur l'économie, notamment une analyse de la participation australienne et des intérêts des salariés, des créanciers et d'autres parties prenantes (Bath, 2012).

En 2013, le projet de Archer-Daniels-Midland Co., société implantée aux États-Unis, de prendre le contrôle de la société australienne GrainCorp Ltd a été rejeté par le Treasury. Le Treasury a fait valoir que la proposition suscitait des inquiétudes parmi les parties prenantes et au sein de la communauté au sens large (Treasury, 2013) et décidé que l'acquisition était contraire à l'intérêt national du fait d'un manque de concurrence dans la manutention des céréales suite à la déréglementation du secteur cinq ans auparavant (Kwinter, 2014). Cette affaire montre les différences entre les régimes relatifs à l'investissement étranger et les systèmes de contrôle des concentrations : bien que rejetée par le Treasury, l'opération avait auparavant reçu le feu vert de l'autorité australienne de la concurrence (« ACCC to not oppose Archer Daniels Midland Acquisition of Graincorp » [ACCC ne s'oppose pas à l'acquisition de Graincorp par Archer Daniels Midland], communiqué de presse d'ACCC du 27 juin 2013).

3.3.2 Participation de l'État au contrôle des fusions

40. Dans de nombreux pays (par exemple, l'Allemagne, l'Espagne, la France, l'Italie, les Pays-Bas, le Portugal et le Royaume-Uni), le gouvernement (habituellement le ministre de l'Économie) a le pouvoir d'intervenir dans le contrôle des concentrations. Une telle intervention a lieu souvent *ex post* (autrement dit, elle fait suite à l'évaluation de l'autorité de la concurrence) sur la base de clauses d'intérêt public qui permettent d'annuler la décision des autorités de la concurrence. Parmi les pays membres de l'OCDE (par exemple, le Canada, la Hongrie et Israël), dans plusieurs cas, l'intervention n'a pas pris la forme d'une

décision *ex post*. Dans ces pays, certaines transactions peuvent être exemptées d'une évaluation réalisée par les autorités de la concurrence (« exemptions *ex ante* »).

41. Les facteurs sur lesquels peut se fonder l'intervention de l'État varient considérablement, y compris en ce qui concerne les considérations, qui peuvent être d'ordre général (« un intérêt public supérieur », « les politiques économiques du gouvernement », « un intérêt d'importance majeur pour la société », « des avantages pour des intérêts stratégiques fondamentaux », « le développement industriel », « la compétitivité internationale ») ou plus spécifiques à un secteur (par exemple, « la pluralité des médias », « la stabilité du système financier », « l'emploi », « la sécurité nationale », « la protection de la santé publique », « la protection de l'environnement », « la promotion de la recherche technique »).

42. Dans certains pays (par exemple, l'Allemagne, la France et le Portugal), le ministre compétent peut aussi attacher des conditions et des obligations à l'autorisation exceptionnelle pour minimiser les effets négatifs sur la concurrence.

43. Les parties engagées dans la fusion et les tiers intéressés (mais pas les autorités de la concurrence) ont le droit de remettre en cause, devant un tribunal, les décisions qui infirment des décisions antérieures. Par exemple, en Allemagne et en Espagne, les personnes dont les droits ou les intérêts légitimes peuvent être affectés par une telle décision peuvent la remettre en cause.

44. Les pays qui autorisent ce type de recours en justice n'exercent pas toujours ce pouvoir dans la pratique (OCDE, 2015c). La pratique en rapport avec les cas observés dans les pays membres de l'OCDE donne à penser que, lors de fusions, une intervention extérieure est exceptionnelle²⁵ et se limite à certains secteurs et marchés. En Allemagne, par exemple, où l'intervention de l'État dans le contrôle des concentrations est possible depuis 1973, seulement 9 cas semblables se sont présentés, l'intervention ayant eu essentiellement pour but d'ajouter des conditions destinées à limiter les effets préjudiciables pour la concurrence²⁶.

45. L'application de clauses d'intérêt public peut fausser les conditions équitables lors du contrôle des concentrations si ces clauses servent à interdire des fusions préjudiciables à l'activité économique d'intervenants nationaux détenus par l'État (Njisane, 2011)²⁷. Les expériences montrent que les pays membres de l'OCDE sont plus susceptibles d'introduire des clauses d'intérêt public circonscrites à certains secteurs d'importance stratégique, en particulier la défense, les médias, l'énergie et les marchés financiers²⁸. Les marchés énergétiques ont fait tout particulièrement l'objet d'interventions (Botta, 2011), comme le montrent les exemples de l'encadré 5.

Encadré 5. Champions nationaux des marchés énergétiques

L'idée a été émise (Geradin et Girgenson, 2011) que certains États membres de l'UE ont compté sur l'intervention de l'État lors du contrôle des concentrations pour assouplir les évaluations en matière de concurrence et soutenir les champions nationaux sur les marchés énergétiques. Certains exemples sont donnés dans cet encadré.

Allemagne

Conformément à l'article 42 (1) de la Loi allemande sur la concurrence, le ministère fédéral de l'Économie et du Travail peut autoriser, dans des cas exceptionnels, une concentration interdite par le Bundeskartellamt, l'autorité allemande de la concurrence, si la concentration qui donne lieu à une restriction de la concurrence est compensée par des avantages pour l'économie dans son ensemble, ou si elle se justifie par un intérêt public supérieur.

En 2002, le Bundeskartellamt a rejeté l'offre d'acquisition faite par E.ON d'une participation majoritaire dans Ruhrgas, car il a établi que la transaction aurait renforcé les positions dominantes sur les marchés de la vente de gaz et d'électricité.

Suite à la demande d'une autorisation ministérielle par les parties, le ministre a approuvé la transaction à certaines conditions. L'autorisation ministérielle s'est fondée sur le fait que la transaction renforcerait la compétitivité internationale de Ruhrgas et améliorerait la sécurité de l'approvisionnement en Allemagne (rapport Bkart, 2001-2002).

Espagne

En Espagne, le Conseil des ministres est habilité à autoriser une fusion pour des motifs d'intérêt public avec ou sans conditions.

Dans le cadre de la fusion Gas Natural/Endesa, le Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), le prédécesseur de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, l'autorité espagnole de la concurrence, a suggéré de bloquer la transaction, car il a identifié de graves problèmes de concurrence horizontale et verticale.

Malgré la position du TDC, la transaction a reçu le feu vert du Conseil des ministres (Muñoz, 2006), sous réserve de plusieurs conditions de fond et de procédure. Le ministre espagnol des Finances a souligné que l'approbation de la transaction à certaines conditions serait la meilleure solution possible après un processus aussi complexe et que cette décision entraînerait une concurrence accrue dans le secteur énergétique (Hogan, 2006).

46. Pour remédier aux résultats anticoncurrentiels potentiels dus à l'intervention des pouvoirs publics, comme le manque de prévisibilité de l'évaluation globale d'une fusion, les juridictions peuvent envisager d'adopter dans leurs procédures un système d'équilibre des pouvoirs, prévoyant certaines règles, par exemple :

- Une intervention des pouvoirs publics devrait être réalisée dans des circonstances exceptionnelles, de manière transparente, et
- Un contrôle juridique efficace devrait être possible, pour s'assurer que les préoccupations d'intérêt public (spécifiques à la fusion) compensent les inconvénients pour la concurrence.

4. Autres considérations d'intérêt public lors du contrôle des concentrations

47. Dans des circonstances rares et exceptionnelles, les autorités de la concurrence peuvent prendre indirectement en compte, dans leur évaluation des fusions, des considérations non concurrentielles qui sont distinctes des clauses d'intérêt public évoquées dans la section 3. De telles considérations ont pour but principal non pas de protéger des objectifs d'intérêt public, mais d'améliorer la flexibilité et l'exhaustivité des évaluations de fusions en fonction des aspects concurrentiels. Les autorités de la concurrence ne sont pas tenues légalement de prendre en compte ces considérations dans chaque cas. Si elles le font, cependant :

- L'évaluation de l'autorité de la concurrence se fonde sur des critères de concurrence. Dans des circonstances spécifiques exceptionnelles (par exemple, des difficultés financières), le test

classique de la concurrence peut être étendu pour couvrir également des objectifs non concurrentiels, qui sont liés à l'intérêt public.

- Il se peut que l'autorité de la concurrence doive se livrer au même exercice d'équilibrisme lors de son évaluation que lorsqu'elle pondère les considérations d'intérêt public par rapport aux critères concurrentiels.
- Les circonstances dans lesquelles ces considérations font surface étant exceptionnelles, leur application demeurent relativement rares.

48. Cette section donne une brève description de ces considérations et de leur rapport avec le concept d'intérêt public. La présente note fournit des exemples d'application de ces considérations, mais n'est pas censée être exhaustive.

49. Les considérations examinées dans cette section supposent un traitement différencié ou exceptionnel des fusions, en raison de la situation économique générale ou de la situation financière des entreprises concernées. Elles prennent souvent la forme d'arguments tels que l'entreprise défaillante ou les gains d'efficience globaux.

4.1 Dérogation à l'effet suspensif

50. Dans de nombreux pays²⁹, la mise en œuvre de fusions soumises à notification doit être suspendue en attendant que l'autorité de la concurrence accorde son feu vert pour l'opération (« effet suspensif »). L'incapacité de suspendre la fusion (le cas où une fusion a été notifiée mais est réalisée avant son autorisation, ou « gun jumping ») peut donner lieu à de lourdes amendes.

51. Certains pays autorisent à déroger à la règle de suspension automatique. Les règles procédurales diffèrent d'une juridiction à l'autre ; cependant, une dérogation est généralement accordée : i) sur demande motivée des parties ii) dans les cas d'urgence et iii) lorsqu'il n'y a *a priori* aucun problème de concurrence. Par exemple, le droit grec de la concurrence³⁰ prévoit qu'une dérogation peut être accordée à une ou plusieurs entreprises concernées par une fusion ou à un tiers, afin de prévenir des « pertes importantes ». La Hongrie autorise également une dérogation à l'effet suspensif si la concentration entraîne l'acquisition d'une « entreprise majeure dotée d'un statut préférentiel »³¹.

52. Une dérogation à l'effet suspensif n'est accordée qu'à titre exceptionnel. Les parties sont plus susceptibles d'obtenir la dérogation si elles peuvent justifier leur demande (du moins partiellement) sur la base de leur propre stabilité financière ou, plus souvent, de la stabilité de la société cible ou de tiers, ou sur la base des répercussions négatives sur le système financier dans son ensemble ou sur toute l'économie (New frontiers of antitrust, 2014) ; par conséquent, des éléments d'intérêt public peuvent étayer une demande de dérogation.

53. La Commission européenne a aussi accordé des dérogations à l'effet suspensif pour différentes raisons, notamment la protection des droits d'assurance des travailleurs, la situation financière de la cible et la possibilité pour un nouvel entrant d'accéder au marché (Anderson et Ward, 2015). La Commission européenne a fait preuve de plus de souplesse dans l'octroi de dérogations pendant la crise financière : elle en a accordé six sur les marchés financiers en 2008, entre autres en autorisant la conclusion immédiate de la transaction *Santander/Bradford & Bingley* (Reynolds et al., 2011). Dans le cadre de cette transaction³², la Commission européenne a reconnu que l'« obligation de suspension pouvait gravement affecter l'intérêt financier des parties et la stabilité financière en général », ce qui compensait tout préjudice pour la concurrence associé à la transaction. La Commission européenne a aussi souligné que le public pouvait encourir un risque considérable si l'acquisition n'avait pas lieu rapidement.

4.2 L'argument de l'entreprise défaillante

54. Pour accepter l'argument de l'entreprise défaillante (ASD), les autorités de la concurrence³³ exigent généralement que trois conditions soient réunies : i) en l'absence de fusion, la société défaillante serait exclue du marché dans un proche avenir, du fait de ses difficultés financières ; ii) aucune autre transaction ou réorganisation réalisable n'est moins anticoncurrentielle que la fusion proposée ; et iii) en l'absence de fusion, les actifs de la société défaillante seraient inévitablement exclus du marché (OCDE, 2009b).

55. Les travaux de l'OCDE suggèrent que l'ASD peut avoir aidé à régler des situations difficiles spécifiques dans le contexte de la crise financière mondiale (OCDE, 2009d)³⁴. Pendant la crise, la question s'est posée de savoir s'il était justifié d'assouplir les exigences associées à l'ASD. « *Bien qu'il n'y ait pas de base théorique ou empirique pour s'écarter des principes fondamentaux de la politique de la concurrence pendant des crises économiques générales, les difficultés financières au niveau d'un secteur ou d'une entreprise sont assurément pertinentes lors d'une analyse des effets anticoncurrentiels. La mise en œuvre du droit de la concurrence devrait prendre en compte les conditions économiques du monde réel.* » (Shapiro, 2009, p 12). Même si la plupart des juridictions ne se sont pas officiellement écartées des critères généraux et de la méthodologie³⁵, un dossier fondé sur l'ASD a plus de chances d'être accepté lors d'une crise financière.

56. Le feu vert inconditionnel dont a bénéficié la fusion *Aegean/Olympic*³⁶ est l'exemple le plus notable d'acceptation de l'ASD dans une situation financière difficile. Dans le cadre de cette fusion, la compagnie aérienne grecque Olympic Air devait faire l'objet d'une acquisition par la principale compagnie aérienne nationale rivale Aegean Airlines. Il est ressorti de l'évaluation de la Commission européenne que la transaction risquait d'être très préjudiciable à une concurrence effective, du fait d'un chevauchement horizontal, les parties proposant plusieurs trajets aériens intérieurs similaires. Cependant, l'enquête a confirmé que, sans la fusion proposée, Olympic serait probablement exclu du marché et qu'aucun autre acquéreur potentiel n'était crédible. La Commission européenne a donc considéré que les exigences associées à l'ASD étaient respectées. Pour cette évaluation, la Commission européenne a aussi pris en considération « *les circonstances particulières et exceptionnelles de la présente affaire, qui se caractérise par la persistance de la mauvaise conjoncture économique en Grèce* »³⁷. Les parties avaient déjà demandé, sans succès, le feu vert pour la même opération deux années avant la décision basée sur l'ASD³⁸, et la première demande évoquant l'ASD avait été rejetée par la Commission européenne.

57. Aux Pays-Bas, la transaction *Ziekenhuis Walcheren/Oosterscheldeziekenhuizen* en 2009 portait sur deux hôpitaux en Zélande qui connaissaient tous deux des difficultés financières. Les parties étaient les plus proches concurrentes l'une de l'autre et une nouvelle entrée était peu probable sur le marché. Bien que l'autorité néerlandaise de la concurrence ne se soit pas explicitement référé à l'ASD dans ce cas, elle a établi la plupart des conditions nécessaires à son application et approuvé l'opération (MacGregor, 2012). L'opération a été soutenue par l'Inspection néerlandaise de la santé qui a exprimé sa crainte qu'en absence de fusion, une intervention de l'État serait nécessaire pour conserver au moins un hôpital dans la province de Zélande (MacGregor, 2012).

58. Certaines affaires aux États-Unis donnent à penser que i) l'ASD pourrait s'appliquer plus facilement dans le secteur (bancaire) financier (Kokkoris, 2007) que dans d'autres secteurs et que ii) des objectifs non concurrentiels, comme la stabilité financière, pourraient jouer un rôle important lors de l'examen des raisons évoquées pour l'ASD (OCDE, 2009b). L'affaire *États-Unis contre Philadelphia National Bank*³⁹ portait sur une fusion horizontale entre une banque nationale et une banque étatique, respectivement les deuxième et troisième banques dans la région de Philadelphie. La consolidation de ces banques entraînait une forte accentuation de la concentration des établissements bancaires commerciaux, qui pouvait donner lieu à une réduction considérable de la concurrence. Le ministère de la Justice a donc engagé une action en justice pour remettre en cause la fusion. L'affaire concernait divers aspects

intéressants, notamment la question de savoir si l'ASD s'appliquait à la fusion. La Cour suprême a conclu que la théorie de la société défaillante s'appliquait au secteur bancaire « *en raison du plus grand impact sur le public d'une faillite bancaire par rapport à la faillite d'une entreprise ordinaire* » (Zwiska, 2003, p 17-18). Cette théorie a été appliquée avec succès dans l'affaire *Granader v Public Bank*⁴⁰. La transaction portait sur la cession de tous les actifs de Public Bank, groupe bancaire du Michigan, à la Bank of the Commonwealth, autre groupe bancaire du Michigan. Exposant son raisonnement, le Tribunal a considéré que « *La confiance du grand public dans un système bancaire solide est essentiel à la conduite de notre système économique hautement technologique et sensible. [...] L'intérêt public, axé sur le maintien de la stabilité budgétaire et la protection des déposants, devrait prévaloir sur les intérêts limités des actionnaires et des administrateurs bancaires* »⁴¹ et a décidé que « *[...] l'action du Tribunal, qui a consisté à faire en sorte que l'administrateur judiciaire se charge immédiatement de la cession à Commonwealth, était nécessaire et dans l'intérêt public* »⁴².

4.3 Allégations de gains d'efficacité globaux

59. Dans certains cas, il est considéré que les gains d'efficacité⁴³ compensent les effets anticoncurrentiels. Cette constatation s'inscrit dans un processus en deux étapes : dans un premier temps, une fusion est jugée anticoncurrentielle et, dans un deuxième temps, un examen a lieu pour déterminer si la fusion peut se justifier pour des motifs d'efficacité (OCDE, 2012)⁴⁴.

60. Dans plusieurs pays, les principes directeurs concernant les fusions⁴⁵ suggèrent que, pour être acceptées, les allégations de gains d'efficacité doivent i) profiter aux consommateurs, ii) être spécifiques à la fusion ; iii) être vérifiables et iv) ne pas constituer un obstacle à la concurrence.

61. Les exemples suivants donnent à penser que des facteurs comme les avantages pour l'économie dans son ensemble ou le développement de l'économie nationale sont souvent évoqués par les parties lors d'allégations de gains d'efficacité, en particulier dans les fusions sur les marchés financiers, et sont parfois pris en compte par des autorités :

- En Corée, la Cour suprême a annulé une décision de la Haute cour de justice de Séoul concernant l'affaire *Samic Musical Instrument-Young Chang* (2004) au motif que, lorsqu'une décision doit être prise concernant des gains d'efficacité, il faut prendre en compte dans leur globalité la production d'une entreprise, ses ventes, sa recherche-développement, ainsi que le « *développement équilibré de l'économie nationale* »⁴⁶.
- Au Japon, les parties ont fait valoir que le « regroupement commercial » de Tokyo Stock Exchange Group, Inc. et d'Osaka Securities Exchange Co pouvait améliorer les gains d'efficacité étant donné qu'une réduction des coûts annuels correspondant à environ sept milliards de yen était attendue « dans tous les domaines commerciaux ». L'autorité japonaise de la concurrence ayant jugé insatisfaisants l'explication des parties sur la spécificité de la fusion, et les mécanismes en vue d'améliorer le bien-être des utilisateurs, elle a décidé que des gains d'efficacité ne pouvaient être pris en considération dans cette affaire⁴⁷.
- En Nouvelle-Zélande, la Haute cour a indiqué, dans le cadre de l'affaire *Air New Zealand Ltd. v. Commerce Commission*⁴⁸, que « parmi les avantages figurent des gains d'efficacité et tout ce qui présente de la valeur pour la communauté en général » (Berry, 2012, p 33.). L'affaire *Godfrey Hirst N.Z. Ltd. v Commerce Commission* a clarifié que les fusions qui ne peuvent obtenir le feu vert pour des raisons concurrentielles peuvent tout de même être validées au motif qu'elles peuvent engendrer « un avantage tel pour le grand public qu'elles devraient être autorisées »⁴⁹.
- Pendant l'enquête de la Commission européenne concernant la fusion *Deutsche Börse/NYSE Euronext*⁵⁰, les parties ont argué que les effets sur la liquidité de la transaction notifiée

présenteraient des avantages significatifs pour « l'économie au sens large », y compris la facilitation de l'accès des petites et moyennes entreprises, ainsi que des grandes entreprises, au financement par actions. La Commission européenne a considéré que les gains d'efficacité allégués pour l'économie au sens large n'étaient pas vérifiables car les parties n'avaient pas démontré comment les effets allégués sur la liquidité pouvaient se produire ou comment le mécanisme de tels gains d'efficacité pouvait fonctionner, pas plus qu'elles n'avaient fourni de précisions ou de justifications de quelque nature que ce soit pour appuyer de telles allégations⁵¹. La Commission européenne n'a pas exclu que ces allégations pouvaient être examinées dans le cadre de ses règles sur le contrôle des concentrations.

4.4 Mesures correctives pour des motifs d'intérêt public

62. Dans certaines circonstances, les parties peuvent remédier aux préoccupations concurrentielles identifiées par l'autorité de la concurrence en prenant des engagements structurels ou comportementaux. Une initiative corrective satisfaisante i) doit permettre de résoudre le problème de concurrence identifié, ii) être précise et proportionnée, et iii) être mise en œuvre et contrôlée facilement et efficacement⁵².

63. Les pays qui incluent des clauses d'intérêt public dans leur législation peuvent imposer des mesures correctives qui se fondent sur l'application de ces clauses⁵³.

64. Cependant, même si la loi ne comporte pas de clauses d'intérêt public, les autorités de la concurrence peuvent dans quelques cas demander des mesures correctives qui compensent le préjudice potentiel pour la concurrence identifié dans la fusion ou qui ne sont pas en rapport avec ce préjudice (Harrison et Mordaunt, 2012). Ces mesures correctives sont généralement destinées à soutenir des industries ou des secteurs choisis pour leur importance stratégique, comme le montre l'encadré 6.

Encadré 6. Vaste ensemble de mesures correctives dans les industries d'importance stratégique

Exemples récents de la République populaire de Chine

Les règles de contrôle des concentrations en Chine autorisent le ministère du Commerce de la République populaire de Chine (MOFCOM) à imposer des mesures correctives structurelles, comportementales et « hybrides ». Le MOFCOM a introduit toute une série de mesures correctives pour protéger les entreprises nationales de l'accroissement potentiel de compétitivité des entités fusionnées. Ces mesures correctives sont généralement de nature comportementale, comme l'interdiction pour les entreprises fusionnées d'étendre leur marché (par exemple, dans le cas des fusions *InBev/Busch*, *Mitsubishi/Lucite*, *Novartis/Alcan*) ou l'interdiction d'un certain comportement sur le marché (fusion *Walmart/Haven Holding* (Jenny, 2015)).

Dans le cadre de deux autorisations conditionnelles accordées en 2013 (fusions *Marubeni/Gavilon* et *Xstrata/Glencore*), le MOFCOM a eu recours à des mesures correctives qui, selon certains spécialistes, avaient pour but de protéger des secteurs clés (par exemple, l'agriculture, les produits de base) et des matières premières majeures (Jenny, 2015). À propos de ces affaires, le MOFCOM ne s'est pas explicitement référé à des préoccupations quant à la dépendance de la Chine vis-à-vis d'importations (GTDT, 2015).

La fusion *Xstrata/Glencore* a créé la quatrième société minière mondiale. Les parties n'étaient pas propriétaires ou exploitants d'actifs en Chine et leurs parts de marché cumulées étaient relativement faibles (7.6 % et 9.3 % pour la production et l'offre mondiales de concentré de cuivre, et 12 % pour l'offre en Chine), mais le MOFCOM a pourtant conclu que la fusion proposée pourrait avoir pour effet d'éliminer la concurrence sur les marchés concernés. Le MOFCOM a imposé une mesure corrective structurelle extraterritoriale, en demandant la cession du projet de mine de cuivre Las Bambas de Xstrata au Pérou. Le MOFCOM a aussi associé des mesures correctives comportementales à la décision, concernant la tarification et les volumes de concentrés de cuivre, de zinc et de plomb fournis aux clients chinois.

Selon certains commentateurs (Taylor, 2013), le MOFCOM a exigé un désengagement majeur malgré les parts de marché relativement faibles des parties pour soutenir les intérêts industriels nationaux du pays.

5. Conclusion

65. Les recherches du Secrétariat suggèrent que la façon dont les considérations d'intérêt public sont prises en compte dans le droit a des conséquences pratiques et que, pour protéger la certitude du droit, ces considérations doivent être clairement formulées dans la législation ou dans les textes juridiques non contraignants. Comme il est difficile de trouver un juste équilibre entre les critères concurrentiels et les considérations d'intérêt public, des instructions pourraient être utiles aux autorités pour interpréter et appliquer les considérations d'intérêt public de manière objective, transparente et prévisible.

66. Les considérations d'intérêt public sont mises en œuvre selon deux principaux modèles, exposés dans la présente note : le modèle de l'autorité unique et le modèle de responsabilités doubles. Chacun présente des avantages et des inconvénients. Cependant, le modèle de responsabilités doubles a le net avantage d'éviter aux autorités de la concurrence d'être confrontées à des pressions politiques et des conflits d'intérêt internes.

67. Nous n'avons pas trouvé d'évaluation d'impact qui étudie les conséquences de la prise en compte, lors d'évaluations de fusions, de considérations d'intérêt public sur l'objectif spécifique des politiques publiques (par exemple, l'emploi) et le marché, et la manière dont les effets potentiellement anticoncurrentiels ont été compensés. Par conséquent, il serait utile pour les autorités ou les spécialistes d'effectuer de telles évaluations. L'OCDE pourrait organiser un débat afin de contribuer à la conception de telles études.

68. La présente note décrit également par quels moyens l'État participe à l'évaluation des fusions. Cette participation peut prendre diverses formes, comme l'introduction de mesures nationales (essentiellement réglementaires), l'examen de mécanismes de prises de contrôle étrangères ou l'intervention *ex post* de l'État dans le contrôle des concentrations. L'intervention des pouvoirs publics dans le contrôle des concentrations devrait avoir lieu uniquement dans des circonstances exceptionnelles, et de manière transparente. Les décisions d'intervenir devraient en outre être détaillées, spécifiques aux fusions et susceptibles d'être soumises à un examen juridique sur demande des parties intéressées.

NOTES

-
- ¹ Dans le cadre de la fusion *GE/Honeywell*, les sociétés ont obtenu l'approbation du ministère de la Justice des États-Unis, mais l'opération a été interdite par la Commission européenne (*General Electric/Honeywell*, COMP/M.2220), alors que les deux autorités avaient appliqué la norme du bien-être des consommateurs.
- ² Lors du questionnaire réalisé en 2003 par l'OCDE, nombre de pays non membres de l'OCDE ont déclaré que des objectifs d'intérêt public étaient inclus dans leurs législations, ou au moins encouragés dans certains cas (OCDE, 2003a). Parmi ces pays ou économies figuraient, entre autres, le Brésil, le Cameroun, la Fédération de Russie, la Jamaïque, le Kenya, le Maroc, le Pakistan, le Taïpei chinois, l'Ukraine et la Zambie.
- ³ En dehors de l'exemple de l'Afrique du Sud présenté dans l'encadré 2, des affaires en Namibie (*Guinea Fowl Investments/ Navachab, DCD-Dorbyl/Elgin Brown & Hamer Group*) et au Brésil (*AmBev*) (Smith et Swan, 2014) portent sur la question de l'emploi dans le contrôle des fusions.
- ⁴ Par exemple, aux États-Unis, la question se pose de savoir s'il faut ajouter des dispositions de « sécurité nationale » à la législation actuelle suite à la fusion récemment approuvée de *Lockheed Martin Corp/Sikorsky Aircraft* dans l'industrie de l'armement (Shalal, 2015).
- ⁵ « En revanche, les représentants des autorités de la concurrence des pays en développement ont expliqué que [...] la crédibilité politique des autorités de la concurrence repose, dans une large mesure, sur la perception que l'on peut avoir de leur contribution à la réduction de la pauvreté et à la création d'emplois. Il serait risqué pour elles d'affirmer que leur seul objectif est de combattre les pratiques anticoncurrentielles des producteurs et que l'impact de leur action sur la pauvreté ou les inégalités est sans importance. » (OCDE, 2013, p 7.)
- ⁶ Récemment, le Centre for Competition Policy de l'Université d'East Anglia a réalisé une évaluation des considérations d'intérêt public dans le contrôle des fusions (« enquête du CCP »). Cette enquête du CCP a pris comme exemples 75 juridictions à travers le monde, parmi lesquelles figuraient à la fois des pays membres de l'OCDE (notamment l'Australie, le Canada, le Chili, l'Espagne, les États-Unis, l'Italie, le Japon, le Mexique et le Royaume-Uni) et des pays non membres (notamment l'Argentine, la Bolivie, le Brésil, la Colombie, la Croatie, la Fédération de Russie, l'Inde, le Kenya, la Namibie, l'Ukraine et la Zambie). L'enquête du CCP a confirmé que, sur 75 pays, 47 accordent, en dehors de l'attention portée à la concurrence, un certain rôle aux considérations d'intérêt public dans le contrôle des fusions (Reader, 2016).
- ⁷ Par exemple en Allemagne, en Australie, en Italie, en Nouvelle-Zélande et aux Pays-Bas.
- ⁸ Par exemple dans l'Union européenne, en Islande, en Israël, en République populaire de Chine, au Royaume-Uni et en Suède.
- ⁹ Par exemple en Autriche, en France, en Pologne et au Portugal.
- ¹⁰ Par exemple en Afrique du Sud, en Corée et en Espagne.
- ¹¹ Par exemple en France, en Hongrie, en Irlande, en Italie, au Japon, au Portugal et en Slovénie. Au Japon, le transfert d'une licence commerciale de communication suite à une fusion est soumis à l'approbation du ministère des Affaires intérieures (GTDT, 2015). Au Portugal, les transactions dans le secteur des médias qui correspondent aux critères juridiques en question doivent être signalées à l'autorité de la concurrence et

à l'organisme de réglementation du secteur. L'opinion de cet organisme a un effet contraignant sur l'autorité de la concurrence ; l'organisme est en fait habilité à bloquer l'opération s'il considère qu'elle remet en cause la « liberté d'expression » ou la « pluralité des médias » (ICLG, 2016).

¹² Par exemple, la fusion *Ongoing/Prisa/Media Capital* (affaire 41/2009, 2010) au Portugal n'a pas suscité de préoccupations sur le plan de la concurrence, mais elle a été rejetée du fait de l'avis contraignant négatif émis par l'instance de réglementation sectorielle (ICLG, 2016). Dans le cas *Axel Springer/Ringier* (Vj/42/2010), la procédure des autorités hongroises de la concurrence a été close, suite à un avis contraignant négatif de l'instance de réglementation des médias qui a refusé d'approuver la transaction au motif qu'elle remettrait en cause le « droit à la diversité de l'information » du public.

¹³ Par exemple, en Australie, au Brésil, en Italie et en Serbie. En Australie, l'autorité de la concurrence (ACCC) analyse les effets concurrentiels, tandis que l'autorité de réglementation (APRA) examine les aspects prudentiels de la fusion. Ces deux organismes rendent compte de leurs conclusions au Treasurer, qui prend alors la décision finale d'intérêt national, évaluant les aspects à la fois concurrentiels et prudentiels (Goddard et Walker, 2002). Au Brésil, les institutions financières sont tenues de déposer un dossier non seulement auprès de l'autorité de la concurrence (CADE), mais aussi auprès de la Banque centrale (GTDT, 2015).

¹⁴ Il est possible que la simple existence de clauses d'intérêt public produise cet effet, car les parties peuvent en tenir compte dans leur analyse de l'intérêt et des modalités de la fusion.

¹⁵ En Afrique du Sud, dans l'affaire *Harmony Gold mining Co/ Gold Fields Ltd*, le tribunal a déclaré qu'« Une fusion qui ne passe pas le test de la concurrence peut tout de même réussir le test de l'intérêt public et par conséquent être approuvée. Inversement, une fusion qui a passé le test de la concurrence peut tout de même échouer au test de l'intérêt public et donc être interdite. » (Tavuyanago, 2015, p 27).

¹⁶ Les documents juridiques non contraignants augmentent la transparence et la cohérence générales du système (Poddar et Stooke, 2014).

¹⁷ La Recommandation du Conseil sur le contrôle des fusions de l'OCDE, datant de 2005, les Principes directeurs et pratiques recommandés du RIC pour les procédures de notification et de contrôle des fusions et les Pratiques recommandées du RIC pour l'analyse des fusions préconisent tous de parvenir à des résultats cohérents, ou du moins non contradictoires.

¹⁸ Dans le cadre de la fusion *GE/Alstom*, le ministère de la Justice aux États-Unis et la Commission européenne se sont coordonnés, ce qui a permis d'approfondir les investigations et de donner à chaque pays la possibilité de remédier aux menaces que représentait l'acquisition pour leurs marchés respectifs, tout en accordant le feu vert pour les aspects non problématiques de l'opération. Aux États-Unis, cela s'est traduit par l'obligation, pour GE, de céder une filiale d'Alstom, fournisseur concurrent de composants pour les turbines de GE. En Europe, la Commission européenne a exigé des parties engagées dans la fusion de céder les unités technologiquement les plus avancées de l'activité des turbines à gaz de grande puissance d'Alstom (Baer, 2015).

¹⁹ « *Almunia voices concern over rising protectionism* », MLex (24 juin 2014), ABA Report of the Task Force on Foreign Investment Regime (2015), p (i)

²⁰ Malgré la décision favorable de la Commission européenne (*M.4110 – E.ON/ Endesa*), le gouvernement espagnol a pris plusieurs mesures à l'échelle nationale (par exemple, l'organisme espagnol de réglementation du secteur énergétique a soumis l'offre d'E.ON concernant Endesa à un certain nombre de conditions) qui ont entraîné le retrait par E.ON de son offre d'acquérir le contrôle d'Endesa en 2007. Voir aussi l'intervention de la Pologne à propos d'une fusion (*M. 3894 – UniCredito/HVB*) dans le cadre de laquelle des banques polonaises ont été achetées par une banque italienne, UniCredito (Day, 2014, Geradin and Girgenson, 2011). Dans ces affaires, les mesures prises par l'État, qui visaient à interrompre des opérations ayant déjà obtenu le feu vert de la Commission européenne, ont été considérées comme une

enfreinte à l'article 21 du règlement CE sur les concentrations et elles ont donné lieu à des procédures pour non-respect de cet article.

21 Voir M. 7278 *General Electric/Alstom*. Après la publication de l'offre initiale de General Electric (GE) qui était d'acquérir Alstom Energy, une nouvelle réglementation a été adoptée en France pour soumettre les investissements étrangers à une autorisation ministérielle. Afin d'obtenir cette autorisation, GE est entré en négociations avec le gouvernement français concernant l'opération prévue. Conformément au protocole signé par les parties et le gouvernement français, GE a acquis Alstom Energy et créé une alliance avec Alstom par le biais de trois co-entreprises. GE a aussi accepté certaines conditions, telles que la vente à Alstom de son activité de signalisation dans les transports. L'opération restructurée a été approuvée par le ministre français de l'économie le 5 novembre 2014 (Petit, 2015).

22 La Suisse ne prévoit l'évaluation des investissements qu'à titre exceptionnel, en particulier, dans les cas de fusions impliquant des banques ou des sociétés immobilières.

23 En République populaire de Chine, le ministère du Commerce est responsable du contrôle des fusions, ainsi que de l'investissement étranger.

24 Aux États-Unis, l'instance responsable est le Committee on Foreign Investment, tandis qu'en Australie, la décision est prise par le Treasury, suite au conseil du Foreign Investment Review Board. En France et en Allemagne, les investissements étrangers sont soumis à une évaluation du ministère en charge des affaires économiques.

25 Le livre blanc de la Commission européenne confirme également que, de manière générale, ces interventions sont rares (Commission européenne, 2014).

26 Une de ces interventions a eu lieu en 2016. Voir « Comment: Politics trumps antitrust in German minister's nod for Edeka, Tengelmann deal », MLex (12 janvier 2016)

27 La neutralité concurrentielle exige que toutes les entreprises, publiques ou privées, nationales ou étrangères, soient soumises au même ensemble de règles et que l'intervention du gouvernement sur le marché ne confère pas un avantage concurrentiel indu à un quelconque participant sur le marché (OCDE, 2015d).

28 Dans des cas plus rares, les autorités de la concurrence dans les pays membres de l'OCDE peuvent aussi prendre en compte des considérations socioéconomiques ou sociopolitiques, par exemple les effets d'une fusion sur les emplois. Aux États-Unis, dans le cas de la fusion *AT&T-Mobile*, les parties et certains syndicats avaient soutenu que la fusion créerait de nouveaux emplois en augmentant l'accès au haut débit. Même si les considérations d'intérêt public n'ont pas joué explicitement un rôle dans le procès intenté par le ministère américain de la Justice, lorsque le Deputy Attorney General [Procureur général adjoint] a annoncé la décision du ministère de s'opposer à la fusion, il a émis un avis qui répondait à l'argument de l'emploi en affirmant que « *Généralement, les fusions réduisent les emplois en éliminant les chevauchements, par conséquent nous considérons cette mesure comme une initiative qui contribuera à protéger les emplois au sein de l'économie, et non une initiative qui entraînera d'une quelconque manière leur réduction.* » (First et Fox, 2015, p 2.)

29 La majorité des pays dotés d'un mécanisme de contrôle des fusions ont opté pour un système de notification obligatoire préalable aux fusions. Selon ce système, une transaction qui correspond à certains critères (autrement dit, à des seuils de notification) doit être signalée à l'autorité de la concurrence avant qu'elle ne soit achevée. D'après les informations figurant dans les fiches du Réseau international de la concurrence (RIC) sur les notifications et les procédures en matière de fusion⁷, sur les 58 pays et territoires ayant fourni des informations au RIC sur leur système de fusion, 42 sont dotés de systèmes de notification *ex ante* obligatoire (OCDE, 2014). Parmi les pays membres de l'OCDE, seuls l'Australie, le Chili, la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni ont un système de notification volontaire des fusions.

- 30 Article 9 (3) de la Loi grecque sur la concurrence (3959/2011 – « Protection de la libre concurrence »).
- 31 Ces entreprises ont créées dans le cadre de la liquidation de sociétés qui bénéficiaient d'un statut
préférentiel du fait de leur importance stratégique, telle que définie dans l'article 65 de la Loi XLIX du
1991 sur les Procédures de faillite et les Procédures de liquidation (article 29/A (5) de la Loi hongroise sur
la concurrence, Loi LVII de 1996 sur l'interdiction des pratiques de marché déloyales et restrictives).
- 32 COMP/M.5363 *Santander/Bradford & Bingley Assets* (28.09. 2008)
- 33 Les membres de l'OCDE ont introduit de différentes manières l'argument de l'entreprise défaillante (ASD)
dans leur contrôle des fusions. L'ASD est explicitement traité dans les principes directeurs des États-Unis,
du Japon, du Royaume-Uni et de l'Union européenne. D'autres pays, comme l'Australie, n'incluent pas
formellement l'ASD dans leur droit de la concurrence, mais évaluent cet argument dans le cadre de leur
processus standard d'évaluation (OCDE, 2009b).
- 34 Même si les travaux de l'OCDE ont aussi souligné que ces politiques étaient essentiellement destinées à
être appliquées dans des situations de crise spécifiques plutôt qu'en cas de crise générale (OCDE, 2009d).
- 35 Par exemple, au Royaume-Uni, l'OFT a publié une reformulation de son approche lorsqu'une fusion
concerne une entreprise défaillante, en réaction à la crise financière en décembre 2008 (OFT 1047). Les
principes de cette reformulation étaient applicables indépendamment du climat économique et, par
conséquent, la reformulation de 2008 ne signalait pas d'assouplissement des critères ou de la charge de la
preuve requis (MacGregor, 2012). Les *UK Merger Guidelines* [principes directeurs du Royaume-Uni sur
les fusions] prévalent sur cette reformulation.
- 36 M.6796 *Aegean Airlines / Olympic Air II*.
- 37 M.6796 *Aegean Airlines / Olympic Air II*, paragraphe 833.
- 38 M. 5830 *Aegean Airlines / Olympic Air I*.
- 39 *United States v Philadelphia National Bank* 374 U.S. 321 (1963)
- 40 *Granader v Public Bank*, 281 F. Supp. 120 (E.D. Mich. 1967)
- 41 Ibid, Issue NO. V.
- 42 Ibid, Issue NO. VI.
- 43 Il n'est pas fait référence, ici, à l'objectif essentiel du droit de la concurrence, mais plutôt à la demande de
pouvoir justifier une conduite potentiellement anticoncurrentielle par des motifs d'« efficacité ». Il existe
des gains d'efficacité statique et dynamique, et la principale différence entre les deux concepts est le délai
pendant lequel leurs effets se font sentir. L'OCDE a aussi identifié une catégorie supplémentaire et
éventuellement plus large de gains d'efficacité, les gains d'efficacité transactionnelle. (OCDE, 2012)
- 44 Les pays qui autorisent l'argument de l'efficacité dans le droit de la concurrence (ou les textes juridiques
non contraignants) sont entre autres la Corée, les États-Unis, le Japon et l'Union européenne.
- 45 Voir les *Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control
of concentrations between undertakings* [Official Journal C 31 of 05.02.2004], VII. Efficacités, U.S.
Department of Justice and Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines (2010) § 10.
- 46 Voir la contribution de la Corée présentée à l'OCDE (2012)
- 47 Voir la contribution du Japon présentée à l'OCDE (2012)
- 48 *Air New Zealand Ltd. v Commerce Commission* (n°6)(2004) 11 T.C.L.R. 347, [42].

⁴⁹ *Godfrey Hirst N.Z. Ltd. v Commerce Commission*, High Court, Wellington, CIV 2011-485-1257, 23 novembre 2011 (Berry, 2012).

⁵⁰ M. 6166 *Deutsche Börse/ NYSE Euronext*

⁵¹ Décision de la Commission européenne concernant l'affaire M. 6166 *Deutsche Börse/ NYSE Euronext* 12.3.5. Gains d'efficacité pour l'économie au sens large

⁵² Voir par exemple le US Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies (2011), la Communication de la Commission européenne concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n°139/2004 du Conseil et le document « Merger Remedies, Competition Commission Guidelines » des UK Competition Commissions (2008).

⁵³ Voir par exemple la fusion *Metropolitan Holdings Limited/Momentum Group Limited* (Njisane, 2011) et la fusion *Tiger Brands Ltd/Ashton Canning Company Ltd and Others* (Tavuyanago, 2015) en Afrique du Sud, ainsi que la fusion *Coca-Cola/Cadbury-Schweppes* au Zimbabwe (Machine, 2014).

BIBLIOGRAPHIE

Source de l'OCDE

- OCDE (1994), *Rapport intérimaire sur la convergence des politiques de la concurrence*, OCDE/GD(94)64, annexe intitulée Domaines de convergence dans la politique et le droit de la concurrence.
- OCDE (1995), *Table ronde sur l'argument de l'efficience dans les fusions et accords horizontaux*, <http://www.oecd.org/competition/mergers/2379526.pdf>
- OCDE (2003a), *Forum mondial de l'OCDE sur la concurrence concernant les objectifs du droit et de la politique de la concurrence*, <http://www.oecd.org/daf/competition/2486329.pdf>
- OCDE (2003b), *Table ronde sur les correctifs à apporter aux fusions*, <http://www.oecd.org/competition/mergers/34305995.pdf>
- OCDE (2009a), *Table ronde consacrée à la norme de contrôle des fusions*, <http://www.oecd.org/competition/mergers/45247537.pdf>
- OCDE (2009b), *Table ronde sur l'argument de l'entreprise défaillante*, <http://www.oecd.org/competition/mergers/45810821.pdf>
- OCDE (2009c), *Table ronde sur la politique de la concurrence, la politique industrielle et les champions nationaux*, <http://www.oecd.org/daf/competition/44548025.pdf>
- OCDE (2009d), *Competition and the Financial Crisis*, <http://www.oecd.org/competition/sectors/42538399.pdf>
- OCDE (2011a), *Table ronde sur les mesures correctives dans les affaires de concentration*, <http://www.oecd.org/daf/competition/RemediesinMergerCases2011.pdf>
- OCDE (2011b), *Forum mondial sur la concurrence, Table ronde sur le contrôle des fusions transnationales : défis à relever par les pays en développement et les économies émergentes*, <http://www.oecd.org/competition/mergers/50114086.pdf>
- OCDE (2012), *Table ronde sur le rôle des allégations de gains d'efficience dans les procédures d'application du droit de la concurrence*, <http://www.oecd.org/competition/EfficiencyClaims2012.pdf>
- OCDE (2013), *Table ronde sur la concurrence et la réduction de la pauvreté*, <http://www.oecd.org/daf/competition/competition-and-poverty-reduction2013.pdf>
- OCDE (2014), *Table ronde sur les enquêtes sur les fusions menées à bien sans déclaration*, <http://www.oecd.org/daf/competition/investigations-consummated-non-notifiable-mergers.htm>
- OCDE (2015a), *Forum mondial sur la conduite responsable des entreprises, Competition Law and Responsible Business Conduct*, <https://mneguidelines.oecd.org/globalforumonresponsiblebusinessconduct/2015GFRBC-Competition-Law-RBC.pdf>

OCDE (2015b), *Table ronde sur les mesures correctives dans les affaires de fusions transnationales*, http://www.oecd.org/daf/competition/Remedies_Merger_Cases_2013.pdf

OCDE (2015c), *Key points on the Roundtable on Changes in Institutional Design* [points essentiels de la table ronde sur l'évolution institutionnelle des autorités de la concurrence, en anglais uniquement], <http://www.oecd.org/competition/changes-in-competition-institutional-design.htm>

OCDE (2015d), *Table ronde sur la neutralité concurrentielle en application de la politique de la concurrence*, <http://www.oecd.org/daf/competition/competitive-neutrality.htm>

Documentation

Aktas, N. et al. (2011), « Market Reactions to European Merger Regulation: A Re-examination of the Protectionism Hypothesis », publié sur : DOI: 10.2139/ssrn.1961188

Anderson, D. et Ward, S. (2015), « EU merger control », publié sur : <http://uk.practicallaw.com/2-501-9611>

Banda, F., Robb, G., Roberts, S. (2015), « Review Paper Two: The Links Between Competition Policy, Regulatory Policy and Trade and Industrial Policies », *CCRED*, Working Paper 5/2015, p 1–31

Balkin, J., Mbikiwa, M. (2014), « South Africa: Have The Competition Authorities Correctly Applied The Public Interest Test In The Competition Act? », Mondaq

Bath, V. (2012), « Foreign Investment, the National Interest and National Security-Foreign Direct Investment in Australia and China », *Sydney Law Review*, Vol. 34:5, p 1-34

Baer, B. (29 septembre 2015), « Cooperation, Convergence, and the Challenges Ahead in Competition Enforcement », remarques formulées par Bill Baer, Assistant Attorney General, lors du Ninth Annual Global Antitrust Enforcement Symposium à Washington, aux États-Unis

Berry, M. N. (2012), « New Zealand Antitrust: Some Reflections on the First Twenty-Five Years », publié sur : http://www.luc.edu/media/lucedu/law/centers/antitrust/pdfs/publications/workingpapers/berry_november_12.pdf

Blachucki, M. (2013), « Polish Competition Law – Commentary, Case Law and Texts », 2013, RIC 12^e Conférence annuelle, Varsovie, 23–26 avril 2013, p 1–184

Blair, R. D et Sokol, D. D. (2013), « Welfare Standards in U.S. and E.U. Antitrust Enforcement », 81 *Fordham L. Rev.* 2497, publié sur <http://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/360>

Bloomberg (2010), « Canada Blocks BHP's \$40 Billion Bid for Potash Corp. » (4 novembre 2010)

Botta, M. (2011), « Merger Control Regimes in Emerging Economies: A Case Study on Brazil and Argentina », *Kluwer Law International*

Brandenburger, R., Jones, M. (2014), « Protectionism or Legitimate National Interest? A European Perspective on the Review of Corporate Acquisitions by Foreign Purchasers », *CPI Antitrust Chronicle* Oct 2014 (1)

- Buthelezi, Z. et Njisane, Y. (2015), « The incorporation of public interest considerations during the assessment of prohibited conduct: a juggling act », publié sur : http://www.cresse.info/uploadfiles/2015_pa13_p3.pdf
- Capobianco, A. et Nagy, A. (2015), « Public Interest Clauses in Developing Countries », *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015 7 (1), p 46-51.
- Capobianco, A., Davies, J., Ennis, S. (2016), « Implications of Globalisation for Competition Policy: The Need for International Cooperation in Merger and Cartel Enforcement », E15 Expert Group on Competition Policy and the Trade System, publié sur : <http://e15initiative.org/wp-content/uploads/2015/09/E15-Competition-Capobianco-Davies-Ennis-FINAL4.pdf>
- Carlton, D. W. (2007), « Does Antitrust Need To Be Modernized? », 21 *J. Econ. PERSP.* 155
- Cheng, T., Lianos, I., Sokol, D. D. (2014), « Competition and the State », *Stanford University Press*
- Cseres, K. J. (2007), « The Controversies of the Consumer Welfare Standard », *The Competition Law Review*, Volume 3, Issue 2, p 121-173
- Chisholm, A. (2014), Discours prononcé par Alex Chisholm, Directeur général de la CMA, lors de la Conférence annuel du Fordham Competition Law Institute. Publié sur : <https://www.gov.uk/government/speeches/alex-chisholm-speaks-about-public-interest-and-competition-based-merger-control>
- Chisholm, A. et Jung, N. (2014), « The public interest and Competition-based Scrutiny of Mergers: Lessons from the Evolution of Merger Control in the United Kingdom », *CPI Antitrust Chronicle*
- Claudia, D. (2012), « The Financial crisis and the role of competition authority in banking sector », *European Journal of Science and Theology*, Vol.8, Supplément 1, p 53 – 63
- Correa, P. et Aguiar, F. (2002), « Merger Control in Developing Countries: Lessons from the Brazilian experience », conférence de la CNUCED, New York et Genève
- Davies, J. et Thiemann, A. (2015), « Competition Law and Policy: Drivers of Economic Growth and Development », *Cohérence des politiques au service du développement - OCDE*
- Davis, « The Walmart merger – implications for competition law in developing countries », 1–4, publié sur : http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/DavisTheWalmartMerger.pdf.
- Day, J. (2014), « Foreign investments into the EU: demystifying national protectionism », publié sur : <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=8eb74217-6890-4be2-bfac-d4e05d8cecb8>
- Elzinga, K. G. (1977), « The Goals of Antitrust: Other Than Competition and Efficiency, What Else Counts? », 125 *U. PA. L. REV.* 1191
- Farrell, J. et Katz, M. L. (2006), « The Economics of Welfare Standards in Antitrust », 2 *Competition Policy International* 3
- Feinstein, D. et Gilman, A. (2015), « Power shopping for an alternative buyer », Bureau of Competition

- Felsenfeld, C., Broder, D., Foer, B., Gron, A. (2008), « The Antitrust Aspects of Bank Mergers – Panel Discussion I: Development of Bank Merger Law », *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, Volume 13, Issue 4, Article 3, p 511-547
- First, H. et Fox, E.M. (2015), « Philadelphia National Bank, Globalization and the Public Interest », New York University Law and Economics Working Papers, p 405
- Frigon, M. (2011), « L'investissement étranger au Canada : le critère de l'avantage net », *Affaires internationales, commerce et investissement*
- Furse, M. (2008), *Competition Law of the EC and UK*, Oxford University Press, (6^e éd.)
- Gal, M.S. et Fox, E. M. (2014), « Drafting competition law for developing jurisdictions: learning from experience », *New York University Law and Economics Working Papers*. Paper 374. Publié sur : http://lsr.nellco.org/nyu_lewp/374
- Geradin, D. et Girgenson, I. (2011), « Industrial policy and European Merger Control – A reassessment », TILEC Discussion paper n°2011 – 053
- Goddard, G. K. et Walker, G. (2002), « Competition Analysis of Bank Mergers in Australia » [2002] *Journal of Law and Financial Management*, 2; 1(1)
- Harbour, P., J. (2005), « Developments in Competition Law in the European Union and the United States: Harmony and Conflict », NYSBA International Law and Practice Section, Fall meeting
- Harker, M. (2011), « Antitrust Law and Administrability: Consumer versus Total Welfare », 34 *World Competition*, Issue 3, p 433–447
- Harrison, D. et Mordaunt, A. (2012), « Mergers in the energy sector: An overview of EU and national case law », e-Competitions | n°49024
- Hockey (29 novembre 2013), « Foreign investment application: Archer Daniels Midland Company's proposed acquisition of GrainCorp Limited »
- Hovenkamp, H. J. (2013), « Implementing Antitrust's Welfare Goals », U Iowa Legal Studies Research Paper n°12-39. Publié sur : <http://ssrn.com/abstract=2154499> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2154499>
- Hodge, J., Goga, S., Moahloli, T. (2009), « Public interest provisions in the South African Competition Act – A critical review », Competition Policy, Law and Economics Conference 2009
- Jenny, F. (2015), « Substantive convergence in merger control: An assessment » 1, *Concurrences Journal* 21
- Jolly, R. (2007), « Media ownership deregulation in the United States and Australia: in the public interest? » *Social Policy Section*, Research Paper n°1 2007–08
- Kokkoris, I. (2007), « Failing firm defence under the Clayton Act » 28 *European Competition Law Review*, p. 158-166
- Kwinter, R.E. (6 février 2014), « Foreign Investment Review: More than navigating the “Net Benefit to Canada” test », Blake, Cassels & Graydon LLP Ontario Bar Association's Institute 2014

- Lao, M. (2014), « Ideology matters in the antitrust debate », 79 *Antitrust Law Journal* No. 2
- Lewis, D. (2002), « The role of public interest in Merger evaluation », *Réseau international de la concurrence, Groupe de travail sur les concentration*, Naples, (28–29 septembre 2002), publié sur : <http://www.comptrib.co.za/Publications/Speeches/lewis5.pdf>
- MacGregor, A. (2012), « Failing firm defence in merger control: An overview of EU and national case law », e-Competitions, 9 février 2012, n°42408
- Machine, A. (2014), « Public Interest Test and Merger Control in South Africa: The Walmart Case Revisited », *African Antitrust & Competition Law*, publié sur : <http://africanantitrust.com/2014/12/03/publicinterest-merger-control-the-walmart-case-revisited/>
- Mariniello, M., Neven, D., Padilla, J. (2015), « Antitrust, Regulatory Capture and Economic Integration » (2015) *Bruegel Policy Contribution*, Issue 2015/11, 1–13, p. 3
- Mathur, H. (2008), « The UK OFT waives competition law in the interest of "maintaining the stability of the UK financial system" and clears a major concentration in the banking sector (Lloyds-HBOS) », 24 octobre 2008
- Mayer – Brown (6 mai 2013), « MOFCOM Orders Extraterritorial Divestiture of Key Mining Asset in Glencore/Xstrata Merger: Lessons for Future Notifications », legal Update
- Meese, A. J. (2013), Reframing the (False) Choice Between Purchaser Welfare and Total Welfare, *Fordham Law Review*, Vol 81, Issue 5, Article 5, p 2197 – 2251
- Middleton, K., Rodger, B., MacCulloch, A., Galloway, J. (2009), « Cases and Materials on UK and EC Competition Law », Oxford University Press
- MLex (24 juin 2014), « Almunia voices concern over rising protectionism »
- Monti, M. (2002), « Analytical Framework of merger review », *Conférence inaugurale du Réseau international de la concurrence*, Naples, 28-29 septembre 2002
- Motta, M. (2004), « Competition Policy: Theory and practice », Cambridge University Press
- Muñoz, D.D. (2006), « The Spanish Council of Ministries conditionally clears a merger in the natural gas sector, in spite of the Spanish Competition Authority's opinion to block the transaction (Gas Natural/Endesa) », 5 janvier 2006, *Bulletin e-Competitions Prohibited mergers*, Art. n° 72830
- New frontiers of antitrust (2014), éd. Bruylant, Larcier
- Njisane, Y. (2011), « The Rise of Public Interest: Recent High Profile Mergers », *Public Interest Law Gathering*, p 1 – 24
- Omphemetse S., Sibanda Sr.(2015), « Public Interest Considerations In The South African Anti-Dumping And Competition Law, Policy, And Practice », *International Business & Economics Research Journal* – septembre/octobre 2015 Volume 14, n° 5
- Oxenham (2012), « Balancing public interest merger considerations before sub-Saharan African competition jurisdictions with the quest for multi-jurisdictional merger control certainty », *US-China Law Review*, Vol. 9 : 211
- Petit, N. (2015), « State-Created Barriers to Exit? The Example of the Acquisition of Alstom by General Electric », publié sur : <http://ssrn.com/abstract=2521378> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2521378>

- Poddar, D et Stooke, E. (2014), « Consideration of Public Interest Factors in Antitrust Merger Control », 1–5 *Competition Policy International 2*
- Posner, R. A. (2001), « Antitrust law » (2^e éd. 2001), The University of Chicago Press Books
- Reader, D. (2016), « Accommodating Public Interest Considerations in Domestic Merger Control: Empirical Insights », CCP Working Paper 16-3. Publié sur SSRN : <http://ssrn.com/abstract=2736917>
- Reader, D. (2015), « Competition Commission of South Africa: Guidelines for the Assessment of Public Interest Provisions in Mergers », réponses à une consultation reçues du Centre for Competition Policy
- Reader D (2013), « Lessons from the Management of Public Interest Considerations in International Merger Control: A Comparative Analysis » (ACLE Competition & Regulation Meeting, Amsterdam, 12 décembre 2013) publié sur : <http://acle.uva.nl/binaries/content/assets/subsites/amsterdam-center-for-law--economics/cr-meetings/2013/slides/slides-reader---lessons-from-the-management-of-public-interest-considerations-in-international-merger-control.pptx?1387358269029>
- Reynolds, M., Macrory, S., Chowdhury, M. (2011), « EU Competition Policy in the Financial Crisis: Extraordinary Measures », *Fordham International Law Journal*, Volume 33, Issue 6, 2011 Article 3
- Shalal, A. (22 décembre 2015), « Pentagon eyes proposal for M&A changes in weeks », *Reuters*
- Shapiro, C. (13 mai 2009), Remarks of Carl Shapiro, Deputy Assistant Attorney General for Economics, Antitrust Division, U.S. Department of Justice, Prepared for Delivery to ABA Antitrust Symposium, Competition as Public Policy, publié sur <http://www.justice.gov/atr/speech/competition-policy-distressed-industries>
- Smith, P. et Swan, A. (2014), « Africa: public interest factors in competition decisions », 2014, GCR. *The African and Middle Eastern Antitrust Review* 2014, publié sur : <http://globalcompetitionreview.com/reviews/59/sections/204/chapters/2304/africa-public-interest-factors-competition-decisions/>
- Smith, L. (15 décembre 2008), « The Lloyds-TSB and HBOS Merger: Competition Issues, Business and Transport Section »
- Strohm, A. (13 mai 2009), « Efficiencies in Merger Control: All you Always Wanted to Know and Were Afraid to Ask », *Competition Policy in Distressed Industries*
- Taylor, A. et Warren, N. (2015), « Healthcare and competition law: An overview of EU and national case law », *e-Competitions*, N 75900, www.concurrences.com
- Taylor, P. (2013), « Glencore-Xstrata approval reveals China's industrial policy concerns », publié sur : <http://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUid=13a964d3-915f-47ca-8648-82a7dcc0e1fa>
- Tavuyanago, S. (2015), « Public Interest Considerations and their Impact on Merger Regulation in South Africa », *Global Journal of Human-Social Science*, Vol 15 issue 7 Version 1.0
- Vane, H. (2015), « Public Interest Clauses May Be a Necessary Evil, Says OECD Head », *Global Competition Review*, publié sur : <http://globalcompetitionreview.com/news/article/38187/public-interestclauses-may-necessary-evil-says-oecd-head>

Weinreich-Zhao, T. (2015), « Chinese Merger Control Law: An Assessment of its Competition-Policy », *Munich Studies on Innovation and Competition 2*, Springer

Zwirnska, A. (2003), « Failing Firm Defence », Master of European Affairs Programme, Law

Autres sources

American Bar Association (2015), Section of Antitrust Law, Report of the Task Force on Foreign Investment Review

Antitrust & Competition Insight, In association with Hogan & Hartson LLP, mars 2006

Rapport du Bundeskartellamt sur l'application de la politique de la concurrence pour 2001-2002 à l'OCDE

Competition Commission (2008): Merger Remedies, Competition Commission Guidelines 2008, publié sur : <https://www.gov.uk/government/publications/merger-remedies>

Commission européenne (2014), Livre blanc, Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE, Bruxelles, COM(2014) 449 final

Commission européenne (2004), Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n°139/2004 et au règlement (CE) n°802/2004 de la Commission, publiée sur : http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files_remedies/remedies_notice_en.pdf

Getting The Deal Through (2015), Merger Control (ed. Davies, J.), publié sur : <https://gettingthedealthrough.com/area/20/merger-control/>

RIC (2002), Merger Working Group: Analytical Framework Sub-group, The Analytical framework for merger control, Document définitif pour la Conférence annuelle du RIC, Office of Fair Trading, Londres

RIC (2007), Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power, and State-Created Monopolies

RIC (2008a), Recommended Practices on Competition Assessment, publié sur : <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc978.pdf>

RIC (2008b), Recommended Practices for Merger Analysis, publié sur : <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc316.pdf>

International Comparative Legal Guides – Merger Control (2016)

OFT (2008), Report to Secretary of State, 65.12/1

CNUCED (2011), Importance de la cohérence entre la politique de concurrence et les autres politiques publiques, Note du Secrétariat de la CNUCED présentée à l'occasion de la Onzième session du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence, Genève, du 19 au 21 juillet 2011

US Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies (2011), publié sur : <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/272350.pdf>