

CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS

Rapport du groupe de travail institué par le Conseil de la concurrence

Luxembourg, le 31 octobre 2016

En 2015, le Conseil de la concurrence a engagé un large processus de réflexion sur son cadre légal et les règles de concurrence qu'il applique. Les résultats de cette remise en question sont présentés dans deux documents majeurs, le premier étant le présent rapport d'orientation, le second sera un avis avec une proposition de modification de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, lequel document sera publié ultérieurement et qui n'inclura pas de dispositions relatives à un contrôle des concentrations. S'agissant de réflexions relatives à un éventuel contrôle des concentrations dans notre pays, le Conseil a mis en place un groupe de travail réunissant des spécialistes choisis *intuitu personae* dans le milieu académique, économique et judiciaire et composé comme suit :

M. Pierre Barthelmé, Premier conseiller de gouvernement au Conseil de la concurrence ;

Me Bertrand Christmann, Avocat à la Cour, Associé chez ChristmannSchmitt ;

M. Herwig Hofmann, Professeur en Droit à l'Université de Luxembourg ;

M. Thierry Hoscheit, Premier Vice-président du tribunal d'arrondissement à Luxembourg ;

Mme Céline Marchand, Juriste au Conseil de la concurrence ;

Me Philippe-Emmanuel Partsch, Avocat à la Cour, Partner chez Arendt&Medernach ;

M. Pierre Picard, Professeur en Microéconomie à l'Université de Luxembourg ;

M. Pierre Rauchs, Président du Conseil de la concurrence ;

M. Vivien Terrien, Référendaire au cabinet du Président du Tribunal de l'Union européenne, Marc Jaeger ;

M. Jean-Claude Weidert, Conseiller au Conseil de la concurrence.

Qu'ils soient à cet égard remerciés pour leur engagement et leurs précieux conseils.

Le présent document couvre les différents aspects du contrôle des concentrations : Son utilisation en tant qu'instrument du droit de la concurrence, les possibles spécificités afférentes à une petite économie ouverte, la situation économique du Luxembourg ainsi qu'une comparaison internationale avec des régimes de contrôle des concentrations existant dans différents pays. Il table sur une proposition certes non traduite dans une proposition de texte de loi, texte qui pourra être produit par le Conseil à la suite d'une consultation publique du présent document.

Enfin, le présent document n'aurait pas pu voir le jour sans les travaux de recherche et de rédaction effectués par M. Joe Lamesch, étudiant en Master 2 de l'Université de Liège, dans le cadre du stage qu'il a effectué au Conseil de la concurrence, ni sans l'aide apportée par M. Thomas Servières, étudiant en Master 2 à la Toulouse School of Economics.

Table des matières

Chapitre 1 : De l'utilité d'un contrôle des concentrations	5
I. Raisons et objectifs d'un contrôle des concentrations.....	5
1. Objet d'une politique de contrôle des concentrations	5
2. La politique en matière de concentrations comme partie de la politique de concurrence globale	6
3. Politiques publiques et contrôle des concentrations.....	8
4. Intérêt de l'instauration d'un contrôle des concentrations au Luxembourg.....	8
II. Problèmes et limites	10
III. Preuve empirique	14
Chapitre 2 : Petites économies ouvertes	16
I. Aspects théoriques.....	16
1. Une production limitée	16
2. Une forte concentration industrielle.....	19
3. Remarques complémentaires.....	21
II. Libre échange	22
III. Autres aspects	23
Chapitre 3 : Essai d'illustration de l'utilité et de l'impact d'un contrôle des concentrations sur certains secteurs au Luxembourg.....	25
I. Tableau récapitulatif	26
II. Critères de sélection	27
III. Secteurs identifiés	28
IV. Autres secteurs.....	32
V. Conclusion	33
Chapitre 4 : Comparaison internationale et possible conception institutionnelle d'un contrôle luxembourgeois des concentrations	34
I. Introduction	34
II. Principaux composants d'un régime de contrôle des concentrations.....	34
III. Notification	36
1. Notification obligatoire	36
2. Notification volontaire	36
2.1 L'expérience britannique.....	37
2.2 L'expérience australienne.....	38

2.3 L'expérience singapourienne.....	40
IV. Seuils.....	42
1. Mesures objectives et mesures structurelles.....	42
2. Seuils mondiaux et seuils domestiques	43
3. Définition des seuils	43
V. Procédure	44
VI. Evaluation	47
1. Moyens d'évaluation	47
2. Critères d'évaluation	49
VII. Exceptions	51
Différents traitements pour différents secteurs	51
Dispositions d'exonération	51
VIII. Tableau de comparaison.....	52
IX. Remarques conclusives.....	59
Références.....	62

Chapitre 1 : De l'utilité d'un contrôle des concentrations

I. Raisons et objectifs d'un contrôle des concentrations

1. Objet d'une politique de contrôle des concentrations

1. L'objectif d'une politique de concurrence est d'améliorer l'efficacité économique dans l'allocation et la production de biens et services. De cette manière, le bien-être économique de la société peut être maximisé. A cet égard, le principal objectif d'un contrôle des concentrations est d'éviter les possibles effets anticoncurrentiels qui résulteraient d'une fusion entre deux ou plusieurs entreprises au sens du droit de la concurrence.
2. Les fusions et acquisitions peuvent avoir des effets anticoncurrentiels dès lors qu'elles créent ou renforcent le pouvoir de marché détenu par les entreprises, de sorte que l'intensité concurrentielle serait réduite sur le marché. En revanche, les opérations de concentration peuvent aussi favoriser la concurrence sur un marché en générant des synergies ou des gains d'efficacité qui seraient positivement transmis aux consommateurs. Plus encore, les opérations de concentration entre petites entreprises peuvent leur permettre de rivaliser avec de plus grands opérateurs et, dans ce cas, une concentration aura un effet positif sur la situation concurrentielle d'un marché. Les effets anticoncurrentiels d'une opération de concentration peuvent se déployer de plusieurs manières et impacter différents agents économiques : Les entreprises qui fusionnent, leurs concurrents, les consommateurs, les fournisseurs ou même des tiers tels que des entreprises présentes sur un autre marché. En conséquence, détecter et évaluer ces effets anticoncurrentiels est le défi à relever dans l'analyse des opérations de concentration.
3. Pour être en mesure de poursuivre l'objectif principal de prévention de l'apparition d'effets anticoncurrentiels, une institution contrôlant les opérations de concentration doit judicieusement déterminer et définir ce qu'elle entend à travers la notion de « concentration », quels types de concentrations elle souhaite analyser et à l'aide de quelles mesures et de quels seuils celles-ci seront identifiées. Un contrôle des concentrations peut se borner à mesurer le degré de concurrence sur un marché. Il peut également prendre en considération les gains d'efficacité potentiels résultant de la concentration et de l'accroissement du degré de concentration sur un marché. Ces variables (la concurrence, le degré de concentration, les gains d'efficacité, le bien-être économique) sont intimement liées les unes aux autres, si bien que la détermination du « standard » quant au choix du bien-être économique à protéger (intérêt général ou intérêt des consommateurs) influera nécessairement sur les décisions prises par l'autorité. C'est pourquoi, la conception et les règles d'un contrôle des concentrations jouent un rôle très important.

2. La politique en matière de concentrations comme partie de la politique de concurrence globale

4. Outre l'objectif décrit ci-dessus, l'évaluation et le contrôle des opérations de concentration ne représente qu'un aspect de la politique de concurrence. En tant que tel, le contrôle des concentrations doit être vu comme un complément aux autres instruments de la politique antitrust.
5. La prohibition des accords anticoncurrentiels et des abus de position dominante a lieu *ex post*. En d'autres termes, elle sanctionne des comportements anticoncurrentiels actuels et avérés. Au contraire, le contrôle des concentrations a lieu *ex ante*. Son objectif est de prévenir l'émergence de situations anticoncurrentielles futures. De toute évidence, une entreprise ayant fusionné est davantage susceptible d'être en position dominante et pourrait par la suite soulever des doutes quant à un possible abus de sa position dominante. En outre, la réduction du nombre d'entreprises sur un marché (suite à une concentration) pourrait favoriser une éventuelle collusion entre concurrents restants dans la mesure où la coordination devient plus aisée avec moins de participants¹.

Même si la plupart des contrôles des concentrations opèrent un contrôle *a priori*, il convient de noter, toutefois, que le contrôle des concentrations peut être appliqué *a posteriori*. Dans ce cas, les entreprises sont autorisées à réaliser l'opération de concentration avant que l'autorité de concurrence n'ait évalué ladite opération et ses effets et donné son approbation ou exprimé son refus. Toutefois, les entreprises concernées feront alors face à un problème d'insécurité juridique dans la mesure où les autorités de concurrence pourront imposer des mesures correctives par la suite, afin de protéger la concurrence sur le marché. Il convient donc de noter qu'un contrôle des concentrations opérant de cette manière abandonne un élément essentiel du contrôle *a priori*, à savoir le caractère préventif de cet instrument.²

6. Cette caractéristique préventive est un élément important du contrôle des concentrations. Les interventions et les remèdes proposés par les autorités de concurrence peuvent être très coûteux à mettre en œuvre, voire impossibles. Par exemple, si une entreprise fusionnée était accusée d'avoir abusé de sa position dominante, qu'elle aurait atteinte grâce à la concentration, il serait très compliqué d'inverser ou d'atténuer les effets produits par ladite concentration.
7. Les dispositions relatives aux pratiques anticoncurrentielles fonctionnent en tant que mécanisme de dissuasion. Il est certes impossible pour les autorités nationales de concurrence (« ANC ») de détecter et d'examiner tous les comportements ayant lieu sur le marché. Mais comme toute autre loi, les lois antitrust essaient d'éviter la survenance de comportements anticoncurrentiels sur le marché. Grâce à une forte

¹ ICN Merger Working Group.

² (Schaeffler & Culhane Harper, 2012).

probabilité de détection et des sanctions adéquates, les décisions des entreprises devraient être influencées de telle sorte qu'elles ne veuillent pas prendre le risque d'adopter un comportement anticoncurrentiel. Un contrôle des concentrations efficace est un élément important de ce système de dissuasion.³

8. Plus encore, un contrôle des concentrations *ex ante* améliore la sécurité juridique pour les entreprises. Les compagnies engagées dans une concentration ou planifiant une telle opération doivent savoir, avant l'exécution de celle-ci, si leur action est en contradiction ou non avec le droit national de la concurrence.
9. Il y a par ailleurs lieu d'attirer l'attention du lecteur sur les récents développements tirés de la pratique décisionnelle du Conseil, auxquels l'argumentaire exposé ci-dessus fait écho.

Dans sa décision n°2016-FO-04 du 17 juin 2016, le Conseil de la concurrence s'est pour la première fois prononcé quant à sa compétence pour traiter, *a posteriori*, des opérations de concentration renforçant une position dominante préexistante.

Dans cette affaire, Utopia S.A., qui est le principal exploitant de complexes cinématographiques au Luxembourg, avait racheté son plus proche concurrent en 2013. Cette opération de concentration avait eu pour conséquence de renforcer significativement la position dominante dont jouissait déjà l'entreprise visée, de sorte que la structure concurrentielle du marché s'en trouvait sensiblement affectée. En effet, il a été démontré par le Conseil que, suite à ce rachat, l'entreprise Utopia S.A. se trouvait désormais en situation de quasi-monopole sur le marché de l'exploitation de complexes cinématographiques.

Au cours de la procédure, le Conseil a été amené à s'interroger sur le fait de savoir si les instruments juridiques en sa possession, c'est-à-dire en l'absence d'un droit national relatif au contrôle des concentrations, lui permettaient de se prononcer sur la validité d'une opération de concentration telle que le rachat d'une entreprise concurrente. Or, comme il a été exposé dans la présente section, un tel contrôle *a posteriori* fondé sur les dispositions relatives aux abus de position dominante est permis, peu importe l'existence ou non de règles nationales spéciales prévoyant un contrôle *ex ante*.

Bien que l'abus de position dominante aurait pu être caractérisé, le Conseil a cependant classé l'affaire sans suite en raison de l'absence d'effets anticoncurrentiels sur le marché du fait de la concentration. L'enquête a en effet montré que l'entreprise cible de la reprise était financièrement fragilisée et aurait probablement disparu du marché en l'absence de rachat. Plus encore, l'opération a eu des effets positifs sur le marché en s'inscrivant dans les objectifs poursuivis par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (« TFUE »).

³ (Seldeslachts, Clougherty, & Barros, 2009)(Duso, Gugler, Szücs, 2013).

10. Cette affaire s'inscrit donc dans le cadre d'un contrôle *a posteriori* des opérations de concentration, contrôle fondé sur les articles 102 TFUE et 5 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence dès lors que l'opération renforce une position dominante préexistante. Cependant, il faut avoir conscience de l'insécurité juridique résidant dans un tel contrôle qui, bien que juridiquement justifié, peut être source d'inquiétude et d'incertitude pour les différents acteurs de l'économie. En ce sens, l'instauration d'un contrôle national des concentrations serait utile pour dissiper cette incertitude et garantir à tous ces acteurs une réelle sécurité juridique.

3. Politiques publiques et contrôle des concentrations

11. Outre les aspects relatifs à la politique de la concurrence, le contrôle des concentrations peut également être appréhendé comme un instrument pouvant influencer le marché. Les motivations et intérêts politiques pourraient être les raisons justifiant que le contrôle des concentrations soit utilisé et conçu pour atteindre des objectifs dans des domaines autres que celui de la politique de la concurrence, comme par exemple la politique de l'emploi. Il pourrait ainsi être utilisé pour soutenir des entreprises qui sont considérées comme stratégiquement importantes du point de vue national.

Ces considérations peuvent néanmoins être de nature à dévier l'instrument de contrôle des concentrations de ses objectifs premiers.⁴

4. Intérêt de l'instauration d'un contrôle des concentrations au Luxembourg

12. Comme il 'a été précédemment établi, le contrôle des concentrations s'inscrit dans un triple objectif : Prévenir l'apparition de structures de marché préjudiciables pour les consommateurs, assurer que la concurrence ne soit pas faussée dans le marché intérieur et garantir la sécurité juridique des entreprises, laquelle n'est pas pleinement protégée par un contrôle *ex post* par l'application de l'article 5 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence et de l'article 102 TFUE. Un contrôle national des concentrations participe donc à la réalisation des objectifs poursuivis par l'Union européenne et exprimés dans le TFUE, notamment ceux de bon fonctionnement du marché intérieur et de protection des consommateurs.
13. Or, il convient de relever que le Luxembourg est le seul Etat membre de l'Union ne disposant pas d'un contrôle national des concentrations. Si l'intégration et la situation du Luxembourg dans l'Union ne font aucun doute en raison de son statut d'Etat

⁴ ICN Merger Working Group.

fondateur, nul doute que l'introduction d'un tel contrôle à l'échelle du Grand-Duché contribuerait à asseoir son influence et sa légitimité vis-à-vis des autres Etats membres, notamment dans le cadre de l'analyse par les autorités de concurrence des Etats membres et de la Commission européenne des opérations de concentration.

Plus encore, suite à la publication par la Commission européenne du Livre blanc « *Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE* » du 9 juillet 2014, cette dernière envisage de lancer une large consultation auprès des entreprises et des Etats membres sur une série d'aspects du contrôle des concentrations européen, notamment sur la détermination de l'autorité de concurrence la mieux placée pour analyser une opération de concentration, autrement appelé mécanisme de renvoi. Ce mécanisme déjà existant⁵ permet, avant la procédure ou au cours de celle-ci, à la Commission européenne de renvoyer l'affaire devant une autorité de concurrence nationale plus compétente, dès lors que l'opération notifiée menace de sensiblement affecter la concurrence sur le marché d'un Etat membre qui présente toutes les caractéristiques d'un marché distinct.

Or, en l'absence de contrôle national des concentrations, il apparaît, d'une part et sous le système actuel, que le Conseil de la concurrence ne pourrait être saisi pour analyser une opération affectant sensiblement le marché luxembourgeois, alors que son expertise pourrait être requise. D'autre part, dans le cadre du projet de réforme du *Merger Control* par la Commission, le Luxembourg ne pourrait que difficilement faire entendre sa voix et ses préoccupations.

14. Par ailleurs, il convient de noter que l'instauration de contrôles nationaux des concentrations fait partie des recommandations établies par l'OCDE dans le cadre des travaux et échanges que l'organisation réalise avec le concours de ses membres. A cet égard, l'instauration d'un contrôle national des concentrations favoriserait une plus grande visibilité et une plus grande intégration du Grand-Duché à l'échelle internationale⁶.

15. Enfin, il y a lieu de préciser que le groupe de travail à l'origine du présent document n'est ni le premier, ni le seul à proposer un travail de réflexion sur le sujet et à l'amener sur la place publique. Il suffit, par exemple, de s'intéresser aux travaux rendus par l'Association Luxembourgeoise pour l'Etude du Droit de la Concurrence (ALEDC), laquelle a organisé, le 18 avril 2016, une conférence au titre tout à fait évocateur : « *Plaidoyer pour l'introduction d'un contrôle des concentrations au*

⁵ Cf. articles 4 et 9 du règlement n°139/2004.

⁶ Recommandation du Conseil sur le contrôle des fusions du 23 mars 2005 – C(2005)34 : « Le contrôle des fusions doit être efficace, efficient et intervenir en temps opportun » (...).

« Ressources et pouvoirs des autorités de la concurrence et examen périodique : Les pays Membres doivent faire en sorte que les autorités de la concurrence soient dotées de pouvoirs suffisants pour mener un contrôle des fusions efficient et efficace et pour établir une coopération et une coordination véritables avec d'autres autorités de la concurrence lors du contrôle de fusions transnationales. Ils doivent être conscients que les autorités de la concurrence ont besoin de ressources suffisantes pour accomplir leurs missions. (...)»

Luxembourg ». ⁷

16. Parmi les nombreuses contributions ayant jalonné cette manifestation, celle du Président du Tribunal de l'Union européenne, Marc Jaeger, s'inscrit dans les préceptes qui ont précédemment été évoqués. Ce dernier a en effet affirmé que :

« Il semble, en réalité, que la véritable question qui se pose, lorsque l'on s'interroge à propos de l'instauration d'un régime de contrôle des concentrations dans le droit luxembourgeois n'est pas celle de sa pertinence mais celle de son paramétrage. »

Position des membres du groupe de travail

La majorité du groupe de travail estime qu'un contrôle des concentrations est nécessaire au Luxembourg.

D'une part, cette position est appuyée par le fait que le Luxembourg est le seul Etat membre de l'Union européenne ne disposant pas d'un tel contrôle. En ce sens, le groupe de travail plaide en faveur d'un contrôle des concentrations afin que le Luxembourg s'aligne sur le reste des Etats membres.

D'autre part, les caractéristiques du Grand-Duché, qui seront présentées par la suite (v. Chapitre 2), en tant que petite économie ouverte caractérisée par une faible demande interne, une série de marchés nationaux au territoire limité, peuvent favoriser l'apparition de concentrations aux effets anticoncurrentiels.

Dans cette optique, les membres du groupe de travail soutiennent la création d'un avant-projet de loi visant à introduire un tel contrôle, le présent document pouvant éclairer les pouvoirs publics sur la pertinence du projet. Si le contrôle des concentrations était introduit au Luxembourg, une partie des membres du groupe de travail préconise une augmentation des moyens budgétaires et personnels alloués au Conseil.

II. Problèmes et limites

17. En principe, les objectifs du contrôle des concentrations sont acceptés et incontestés par les acteurs économiques. Pour autant, il existe des incertitudes quant à la faisabilité et l'effectivité d'un tel contrôle. Ces incertitudes peuvent être regroupées de la manière suivante : La conception d'un contrôle des concentrations et son efficacité technique.

1) Conception du contrôle des concentrations

18. Le but ultime de tout contrôle des concentrations est d'assurer le bon

⁷ <http://www.competitionassociation.lu/index.php?lang=fr&page=article&id=2i-me-journ-e-luxembourgeoise-du-droit-de-la-concurrence-plaidoyer-pour-l-introduction-d-un-contr-le-des-concentrations-au-luxembourg>.

fonctionnement du marché ainsi que l'efficacité économique. Cela se traduit notamment par la présence d'une concurrence effective sur le marché.

Pourtant, la meilleure façon d'arriver à cette fin est sujette à controverse. Une question fondamentale est notamment de savoir si un régime de contrôle des concentrations devrait uniquement se concentrer sur l'intérêt des consommateurs et dès lors bloquer toute opération de concentration qui pourrait nuire à ces derniers à travers des prix plus élevés et une production réduite. L'alternative serait de prendre en considération les effets sur les producteurs. Dans cette perspective, c'est le bien-être économique global qui serait pris en considération. Les gains pour les parties à la concentration ou les concurrents pourraient compenser le préjudice potentiel infligé aux consommateurs. Ainsi, même si les consommateurs se retrouvaient, après l'opération de fusion, dans une situation économique moins favorable, les effets économiques pour l'économie nationale contrebalanceraient le préjudice occasionné à ces derniers. De toute évidence, le choix du standard à adopter aura un effet fondamental sur la conception d'un contrôle national des concentrations.

Position des membres du groupe de travail

La position des membres du groupe de travail est unanime pour dire que le contrôle des concentrations doit prendre en compte, d'une manière ou d'une autre, les gains d'efficacité découlant d'une opération de concentration.

Cependant, les avis divergent quant à savoir si le standard à prendre en considération pour le contrôle des opérations de concentration doit être celui du bien-être des consommateurs ou alors du bien-être économique global. La plupart des membres estiment que la première solution doit être favorisée. Un des membres estime quant à lui que ce sont les bienfaits à l'économie qui doivent être pris en compte.

19. En outre, il est important d'évaluer l'évolution des régimes de concentration d'entreprises existants. La plupart des lois antitrust sont fondées sur une approche qui analyse les effets potentiels d'une opération de concentration sur les marchés à court terme, à travers un calcul prévisionnel de parts de marché.

Cependant, l'analyse ne doit pas se limiter à l'évolution potentielle des parts de marché à court terme.

20. En premier lieu, le temps est un facteur important à prendre en considération. Les conséquences globales d'une concentration ne seront pas observables immédiatement après que l'opération ait eu lieu. Ainsi, les possibles synergies produites par une concentration ne se développeront qu'après un certain laps

de temps. Or, si de telles synergies sont suffisamment importantes, elles peuvent significativement intensifier la concurrence sur un marché.

En second lieu, il faut distinguer différents niveaux de concurrence. Classiquement, les entreprises sont perçues comme se faisant concurrence pour des parts de marché en termes de ventes. Toutefois, la concurrence peut avoir lieu sur d'autres segments comme les ressources humaines, les apports de production, la position géographique des points de vente etc. La concurrence peut également avoir lieu sur le segment de la propriété intellectuelle, à travers les brevets et l'innovation.

Ce type de concurrence est détaché de la simple considération des parts de marché et peut avoir des effets sur l'économie et la société. Il est possible d'en comprendre les enjeux à travers la manière dont sont conçues les lois sur les droits de propriété intellectuelle. Ces droits protègent les entreprises innovantes d'une concurrence frontale dans le but d'inciter les entreprises à investir dans des idées nouvelles à travers les dépenses de recherche et développement. Ainsi, réduisant la concurrence sur certains segments du marché, il serait possible de croire que les droits de propriété intellectuelle suivent une logique différente et en conflit avec les objectifs du droit de la concurrence. Ceci serait d'ailleurs certainement vrai si la concurrence était perçue dans son sens premier, c'est-à-dire dans l'hypothèse où les entreprises rivalisent pour acquérir des parts de marché.

21. Néanmoins, ces deux concepts poursuivent le même objectif, à savoir l'efficacité économique. Le droit de la concurrence aspire à prévenir l'abus de pouvoir de marché qui conduit inévitablement à une production et une allocation inefficaces tandis que les droits de propriété intellectuelle visent à promouvoir l'innovation des entreprises. De telles innovations peuvent, en retour, alimenter la concurrence entre les entreprises. Les rivaux faisant face à de nouveaux processus de production et de distribution ou à de nouveaux produits, essaieront de rattraper, ou même surpasser les entreprises leader du marché. Ainsi, droit de la concurrence et droit de la propriété intellectuelle doivent être perçus non pas comme des instruments contradictoires mais plutôt comme des compléments. Il est important de garder ce conflit entre ces deux concepts à l'esprit et d'être conscient des différentes dimensions que peut prendre le concept de « concurrence ».⁸

2) *Problèmes techniques*

22. Certains détracteurs doutent du fait qu'une autorité de concurrence soit capable de correctement évaluer une opération de concentration ainsi que ses

⁸ (Carlton & Gerntner, 2003)

effets anticoncurrentiels potentiels dans une approche statique à court-terme.

23. Pour être en mesure d'analyser une opération de concentration de manière adéquate et donner un jugement approprié quant à ses effets, une autorité de concurrence doit prévoir la situation du marché suite à cette opération. Cette tâche n'est pas aisée en raison de la diversité des types de concentrations qui peuvent prendre différentes formes (horizontales, verticales, conglomerales), se produisant sur tout type de marché et secteur et entre entreprises très différentes.

C'est pourquoi il apparaît très compliqué, pour les autorités de concurrence, de développer une règle d'application générale transposable à tout type d'opération de concentration. Bien que la plupart des juridictions tendent à appliquer une telle approche uniforme dans leurs décisions, il n'est pas certain qu'une telle règle soit apte à saisir tous les aspects, qu'ils soient pro ou anticoncurrentiels, d'une opération de concentration.

24. Ensuite, une procédure formelle d'évaluation exigerait pour les enquêteurs un investissement en temps très important pour l'analyse, en profondeur, des conséquences d'une concentration. Toutefois, la plupart des procédures mises en œuvre dans le cadre du contrôle des concentrations sont conçues pour permettre aux entreprises de raisonnablement autoévaluer les opérations qu'elles projettent et ce par rapport à une pratique décisionnelle stable des autorités de concurrence.⁹

25. Une étape essentielle dans l'analyse d'une opération de concentration est de définir correctement le marché pertinent sur lequel les entreprises opèrent. La décision finale sur la conformité d'une opération de concentration est en effet intimement liée à la définition du marché retenue par les autorités de concurrence. Certains auteurs affirment que cette analyse est un exercice arbitraire et que les marchés seraient souvent définis de façon trop étroite.¹⁰

26. Certains critiques allèguent que ces lacunes techniques seraient à l'origine de l'incapacité, pour les autorités de concurrence, à détecter les concentrations anticoncurrentielles, ce qui engendrerait deux types d'erreurs : La prohibition de concentrations socialement souhaitables et l'autorisation d'opérations ayant des effets néfastes sur la concurrence. Plus encore, même si les autorités de concurrence étaient capables de détecter des opérations de concentration anticoncurrentielles, elles ne seraient pas capables de choisir et imposer les engagements et remèdes nécessaires à l'élimination des effets anticoncurrentiels.

27. Tous les points susmentionnés illustrent la lourde tâche que représente un

⁹ (Duso, Neven, Röller, 2007).

¹⁰ (Duso, Gugler, Szücs, 2013).

contrôle des concentrations. De plus, tout régime de contrôle des concentrations risque d'entraîner des coûts considérables. Il suffit, pour s'en convaincre, de constater qu'en 2003, les investigations sur les opérations de concentration accaparaient la moitié du budget fédéral confié à l'application des lois antitrust aux Etats-Unis¹¹. Ce chiffre illustre le besoin de ressources adéquates pour exécuter un contrôle des concentrations effectif.

III. Preuve empirique

28. Face à la nature complexe de l'analyse des opérations de concentration, nombre de chercheurs tentent de se forger une idée quant aux résultats de la pratique décisionnelle des autorités de concurrence.

Les résultats sont variés en ce qui concerne le nombre d'erreurs, le type d'erreur (erreur de type 1 : Prohibition d'une concentration ayant des effets pro-concurrentiels vs. erreur de type 2 : Autorisation d'une concentration anticoncurrentielle) et le moment où ces erreurs sont commises (dans quelle phase de l'analyse).

29. Pour autant, des études engagées dans cet exercice semblent suggérer que les autorités de concurrence commettent un nombre considérable d'erreurs. Une enquête relative à la pratique décisionnelle de la Commission européenne en matière de contrôle des concentrations estime ainsi que près de 25% des décisions en la matière seraient erronées.¹²

Malgré ce nombre d'erreurs élevé, d'autres études ont une image plus positive quant à l'efficacité du contrôle des concentrations. Elles soutiennent que les concentrations socialement souhaitables sont autorisées quand les plus préjudiciables sont prohibées. Dans certaines situations, l'opération de concentration peut se situer à la frontière entre ces deux cas. Dans ce cas de figure, c'est-à-dire pour ce type de concentrations, le taux d'erreur ne s'appliquerait qu'à une petite partie des opérations de concentration et celles-ci n'auraient, en outre, qu'un impact limité sur le bien-être social.¹³

30. Par ailleurs, d'autres aspects relatifs à l'efficacité des contrôles sont soulignés : Les études semblent indiquer que la sécurité juridique pour les entreprises a diminué en raison de la réforme du régime communautaire de contrôle des concentrations en 2004 et l'adoption d'une approche plus économique de l'analyse des concentrations. Ces modifications ont apporté une analyse plus précise mais aussi plus complexe rendant plus difficile la prévision de la

¹¹ (Crandall & Winston, 2003).

¹² (Duso, Gugler, Szücs, 2013).

¹³ (Sørgard, 2009).

décision finale.¹⁴

31. A côté du risque d'erreur quant à l'interdiction ou à l'autorisation de l'opération de concentration, le choix des conditions et engagements imposés par les autorités de concurrence peut également être source d'erreur. Les résultats empiriques relatifs à l'efficacité des engagements et conditions, imposés lors de l'autorisation d'une concentration, sont mitigés. En pratique, il est très difficile d'évaluer correctement les effets réels des engagements car ceux-ci ne se révèlent que longtemps après l'opération de concentration.

¹⁴ (Duso, Gugler, Szücs, 2013).

Chapitre 2 : Petites économies ouvertes

32. Le présent chapitre a pour objet de discuter des aspects généraux afférents aux petites économies ouvertes. Ainsi, la première partie présentera les aspects théoriques les plus fréquemment observés dans les petites économies, suivis d'une brève revue d'études empiriques. Le lecteur notera, cependant, que ces considérations ne s'appliquent, pour la plupart, qu'à des économies fermées ou des secteurs protégés des échanges. Dans la mesure où il s'agit d'une hypothèse peu réaliste et non transposable à la pratique, particulièrement pour un pays comme le Luxembourg, la seconde partie décrira comment la politique commerciale atténue les possibles effets négatifs de l'étroitesse du pays. La troisième partie décrira brièvement d'autres aspects, plus pratiques, des petites économies.

I. Aspects théoriques

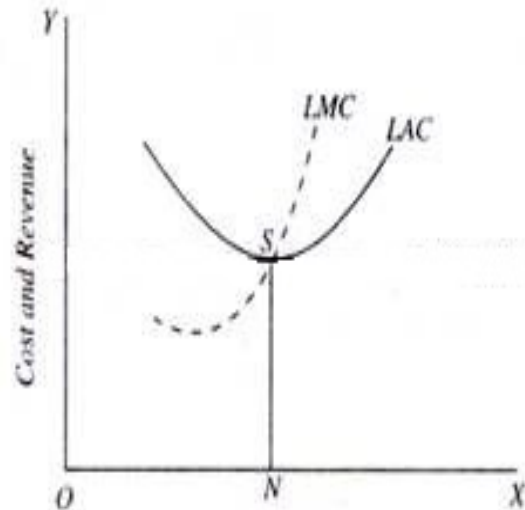
1. Une production limitée

33. Lorsque sont évoquées les caractéristiques des petites économies, les traits les plus évidents sont une population peu importante ainsi qu'une zone géographique limitée. Ces aspects sont en effet à l'origine des caractéristiques supposées par les auteurs et perçues par les ANCs. Deux problèmes se posent alors à propos des petites économies : 1) une production limitée et 2) des industries hautement concentrées.

1) *Une production limitée*

34. Cette première caractéristique résulte de la petite taille de la population. Le nombre limité de consommateurs conduit à une faible demande sur les marchés. En conséquence, les marchés sont limités dans leur étendue et sont ainsi plus petits, en termes de volumes, revenus ou ventes, que les marchés de plus grandes économies.
35. Dans le même temps, en raison de coûts fixes et d'autres aspects technologiques, les entreprises devront atteindre un certain niveau de production afin de répondre à des impératifs de rentabilité. Ce niveau d'efficacité dans la production est défini par l'échelle minimale efficace (« minimum efficient scale » ou « MES ») qui diffère selon les secteurs et les entreprises. Or, l'étendue limitée des marchés peut empêcher les entreprises d'atteindre leur échelle minimale d'efficacité. En conséquence, les entreprises seraient contraintes de produire de manière inefficace. Cela aurait pour répercussion une baisse des profits et/ou un accroissement des prix supportés

par les consommateurs. Par voie de conséquence, ces inefficacités réduisent le bien-être économique global.



Minimum efficient scale¹⁵

36. Ces inefficacités peuvent survenir dans n'importe quelle économie fermée, mais en raison de leur faible population, les petites économies sont plus sujettes à rencontrer de tels problèmes.

Etudes empiriques

37. Bien que ce problème d'inefficacité productive puisse paraître comme théorique, il existe des études empiriques qui semblent confirmer l'existence de telles inefficacités et d'entreprises produisant à des échelles sous-optimales. En réalité, la principale raison semblant expliquer ces inefficacités se trouve dans la taille limitée des marchés¹⁶. Les résultats de ces études supportent clairement les considérations théoriques exposées ci-dessus. Selon certaines

¹⁵ L'échelle minimale efficace décrit le niveau de production auquel, sur le long-terme, les coûts moyen de production sont réduits au minimum. Il s'agit du point à partir duquel le coût moyen de long-terme (« long run average cost » (LAC)) égale le coût marginal de long-terme (« long run marginal cost » (LMC)). Lorsque le LAC est supérieur au LMC, il serait profitable pour une entreprise d'augmenter sa production et d'atteindre un LAC plus bas. Au contraire, si le LAC est inférieur au LMC, il serait profitable pour une entreprise de réduire sa production pour atteindre un LAC plus faible.

Une autre façon de définir la MES consiste à identifier le point où toutes les économies d'échelle* ont été exploitées. Il s'agit du point où le LAC atteint son minimum. Produire à l'échelle minimale efficace permet la maximisation du profit de long-terme, même dans un environnement parfaitement concurrentiel. Par conséquent, toutes les entreprises ne produisent pas à l'échelle minimale efficace.

* Les économies d'échelle sont les avantages économiques que les entreprises obtiennent en raison de leur taille, de leur production, ou de l'échelle de leurs opérations, avec un coût par unité de production qui généralement décroît à mesure que l'échelle augmente, en ce que les coûts fixes sont répartis sur plusieurs unités de production.

¹⁶ (Muller, 1982).

études, il est estimé qu'entre 10% et 50% de la production est réalisée de manière non rentable. Il convient d'ajouter que ces inefficiences se trouvent être un moteur important pour la concentration du marché (voir la partie suivante)¹⁷.

38. Cependant, des doutes sont permis quant à la pertinence de ces résultats tant en termes de méthodologie utilisée qu'en termes de crédit que l'on doit accorder aux inefficacités en tant que problème économique.
39. Premièrement, la détermination des niveaux de MES est une tâche très coûteuse. Pour évaluer correctement les MES, des informations exactes relatives aux coûts de production auxquels font face les entreprises sont nécessaires. Cela signifie que des données précises relatives aux coûts supportés par les entreprises pour chaque niveau de production atteint doivent être collectées et ce pour chaque entreprise dans toute industrie. La collecte de tant de données est un exercice périlleux, voire impossible à entreprendre. Pour surmonter ces difficultés, les économistes ont recours à des approximations pour évaluer les MES pour différents secteurs et industries. Certaines études émettent de simples hypothèses concernant les MES, d'autres se fondent sur des informations tirées d'entretiens avec le management afin d'estimer les coûts. Dans les deux cas, le manque d'informations et de fiabilité de celles-ci entraînent des difficultés au niveau des calculs statistiques. En ce sens, de telles études sont parfois suspectées de surestimer la portée de l'inefficacité de la production¹⁸.
40. De plus, dans un document de 1983, les auteurs Evans, Siegfried et Sweeney ont émis des doutes quant au fait que les inefficacités constatées dans les études susmentionnées posent de réels problèmes d'un point de vue économique.

Ces auteurs font valoir, d'une part, que les calculs sur l'inefficacité productive sont effectués pour des secteurs économiques standards, définis selon des normes de classification telles que la norme ISEC ou la norme NACE. Ces secteurs sont composés d'entreprises partageant des caractéristiques communes et qui produisent des biens similaires. Mais les entreprises d'un même secteur produisent rarement des biens parfaitement homogènes. Ainsi, la différenciation des produits est l'une des raisons pour laquelle les inefficacités enregistrées posent moins de problèmes qu'il n'y paraît. Le fait que les entreprises produisent à une échelle sous-optimale pourrait ne pas refléter une demande trop faible du marché dans un secteur, mais plutôt être la conséquence de la recherche d'une offre de produits variée.

Une autre critique réside dans le fait que les études préalablement mentionnées

¹⁷ (Weiss, 1963).

¹⁸ (Davies, 1980).

négligent les aspects géographiques. Typiquement, les coûts de transport ne jouent aucun rôle dans ces contributions. Cependant, les biens produits d'une manière plus efficace doivent être transportés sur des distances plus longues et augmentent ainsi les coûts de transport. Du fait d'une augmentation de la taille d'une usine et de la disparition de certaines entreprises, la distance moyenne entre les entreprises restantes et les consommateurs augmenterait. Ainsi, les biens, bien que produits de manière efficace, devraient être transportés sur des distances plus longues de sorte que les entreprises devraient faire face à des coûts de transport plus élevés. Il se pourrait même que ces nouveaux coûts de transport surpassent la baisse des coûts de production due à cette production plus efficace. En tout état de cause, la prise en compte des coûts de transport pourrait amener à la conclusion que les entreprises produisent de manière efficace, sans que celles-ci n'aient à atteindre leur niveau de production optimal.

41. Enfin, le professeur Gal¹⁹ estime qu'il n'y a pas lieu de surestimer l'effet de l'inefficacité productive sur l'économie. En effet, pour accroître l'efficacité productive, le nombre d'entreprises doit diminuer, ce qui induirait une concentration accrue sur les marchés et réduirait la concurrence entre entreprises. Tout ceci pourrait conduire à des abus de pouvoir de marché et à des ententes entre entreprises qui pourraient empêcher une allocation optimale des produits et services. Cette thèse privilégie donc l'effet bénéfique de la concurrence sur l'économie par rapport aux éventuels effets de production sous-optimale, au niveau de certaines entreprises.
42. En conclusion, il est possible d'affirmer que la petite taille du marché peut en effet être une raison expliquant le niveau sous-optimal de la production. Mais la question de savoir si ce fait pose un sérieux problème pour la politique économique ou la politique de la concurrence en particulier, est loin d'être tranchée.

2. Une forte concentration industrielle

43. Il existe deux manières d'expliquer comment l'étroitesse d'une économie peut mener à une plus forte concentration d'entreprises que dans une économie de plus grande taille.

La première raison tient dans la demande insuffisante à laquelle les entreprises font face, ce qui conduit à des inefficacités productives comme exposé auparavant. Une conséquence possible de ces inefficacités pourrait être que les marchés sont incapables d'accueillir un nombre important d'entreprises. Avec

¹⁹ (Gal, 2003).

une MES basse, beaucoup d'entreprises peuvent demeurer sur le marché. Avec une MES élevée (due à d'importants coûts fixes comme par exemple dans le marché des télécommunications), il devient difficile pour nombre d'entreprises de survivre. Ainsi, seul un petit nombre d'entreprises serait capable de se maintenir sur le marché. Cette affirmation est cohérente avec l'idée que des coûts fixes élevés conduisent à l'apparition de monopoles naturels.

La seconde raison pour laquelle des marchés à structure oligopolistique apparaissent tient dans les contraintes d'approvisionnement auxquelles font face les producteurs dans de petites économies. Une petite population peut conduire à une faible offre de travail, particulièrement en ce qui concerne les emplois qualifiés. De plus, la zone géographique limitée généralement attribuée aux petites économies peut également les priver de ressources naturelles importantes. Ces pénuries d'approvisionnement peuvent accroître les coûts de production pour les entreprises, ce qui réduirait encore leur nombre sur le marché. Or, les marchés concentrés sont généralement perçus comme soulevant des préoccupations en matière de concurrence.

Un faible nombre d'entreprises opérant sur le marché peut faciliter les comportements collusifs en ce sens que ces entreprises ont davantage conscience des relations stratégiques qui les lient. De plus, avec moins de participants, la coordination devient plus aisée à mettre en œuvre, à maintenir et à demeurer indécélable. Le pouvoir de marché ainsi acquis par les entreprises pourrait ne pas être simplement utilisé pour augmenter les prix mais également pour étendre leur influence sur d'autres marchés. Par exemple, les entreprises engagées dans un accord anticoncurrentiel et coordonnant leurs actions pourraient, à travers un pouvoir de monopsonne, rendre plus difficile l'accès au capital, à la distribution et aux canaux de publicité, ou à d'autres facteurs de production pour les autres entreprises. En d'autres termes, la dominance accrue sur leurs marchés de prédilection permet à certaines entreprises de manipuler les prix sur d'autres marchés.

44. Comme préalablement mentionné, ce type de comportements a plus de chances d'apparaître dans de petites économies fermées, n'étant engagées dans aucun échange avec l'extérieur. Cependant, pour les économies européennes et industrialisées, il est difficile de trouver une contribution empirique qui appuierait l'allégation selon laquelle les marchés seraient plus concentrés dans les petites économies.²⁰ De même, la plupart des ANCs ne relèvent aucun indice relatif à des niveaux de concentration plus élevés dans leurs marchés²¹.
45. Un autre problème soulevé par le faible nombre d'entreprises opérant sur un marché tient dans le fait que les opérateurs en place n'auraient aucune

²⁰ (Pryor, 1972).

²¹ (ICN, « Competition Law in Small Economies », 2009).

incitation à innover, ni à réduire leurs coûts. Le raisonnement derrière cette hypothèse repose sur le fait que sur un marché oligopolistique, inévitablement accompagné de fortes barrières à l'entrée, la pression concurrentielle ainsi que la crainte de voir apparaître un nouvel acteur sur ledit marché sont si significativement réduites que les opérateurs en place ne sont pas incités à améliorer leur processus de production ni leurs produits. En conséquence, les dépenses de recherche et de développement (R&D) seront faibles. Bien que cette préoccupation soit justifiée pour certains marchés et industries, il n'existe aucun signe pouvant laisser penser qu'il s'agirait d'un problème propre aux petites économies.²²

3. Remarques complémentaires

46. La validité des caractéristiques préalablement mentionnées et supposées définir les contours des petites économies est loin d'être incontestée.
47. Les pays comme l'Australie, le Canada ou la Russie possèdent un territoire gigantesque, couplé avec une faible densité de population, de sorte que certaines régions sont extrêmement éloignées du centre névralgique de ces pays et sont par ailleurs faiblement peuplées. Ainsi, ces régions souffrent des mêmes problèmes d'inefficacité productive et de marchés hautement concentrés que les petites économies. C'est pourquoi ces pays sont, parfois, perçus comme de petites économies (du moins partiellement) ou comme disposant de marchés limités.
48. Les théories sur cette situation complexe sont cependant contestées. Par exemple, le Président de l'Autorité de Concurrence finlandaise a vivement critiqué un ouvrage résumant les aspects²³ préalablement décrits en affirmant que :

« [this book] concerns all – and only – those economies within whose political borders a majority of the relevant product and geographic markets have high concentration levels and entry barriers. The question arises whether all such economies have enough in common [geographical location for instance] to warrant inclusion in a single definition and single set of recommendations. »²⁴

²² (OECD, "R&D expenditure", 2011).

²³ (Gal, 2003).

²⁴ (OECD, "Small Economies and Competition Policy: A Background Paper", 2003).

II. Libre échange

49. Les petites économies tendent, en règle générale, à prôner le libre-échange. Cette affirmation est particulièrement vraie à l'échelle de l'Union européenne et en particulier pour le Luxembourg. Les échanges commerciaux permettent de surmonter les problèmes d'étroitesse en étendant les frontières du marché et en atteignant des tailles de marché efficaces et concurrentielles. Ainsi, la plupart des marchés en économie ouverte auront une dimension internationale. Certains marchés, en revanche, peuvent demeurer purement domestiques et ce en fonction des industries concernées. En conséquence, et comme le soulignent la plupart des ANCs, la taille de l'économie dans son ensemble ne devrait pas être une préoccupation. Il importe plutôt de se concentrer sur la taille et la définition des marchés pertinents, pris séparément.
50. Une façon de surmonter les problèmes liés aux MES, pour les entreprises, est de vendre une partie de leur production à l'étranger. Les exportations permettent en effet d'atteindre des niveaux de production plus élevés qui favorisent l'efficacité productive. D'autre part, dans une économie de libre échange, des entreprises étrangères importent une partie de leur production dans le pays considéré et satisfont une partie de la demande domestique, ce qui empêche les opérateurs nationaux de renforcer, voire de détenir un réel pouvoir de marché. Ainsi, l'augmentation de la pression concurrentielle en raison de la présence de produits étrangers sur le territoire national permet d'atténuer le problème des industries hautement concentrées.²⁵
51. Cependant, il se peut que, même en situation d'échanges et d'importations, le degré de concentration pour certaines industries augmente au sein des frontières nationales et régionales. Une concurrence internationale féroce peut mener à une réduction du nombre d'entreprises domestiques, en ce sens que certaines d'entre elles sont poussées hors du marché par des entreprises étrangères plus efficaces. En conséquence, il ne resterait qu'un petit nombre d'entreprises domestiques dans de multiples secteurs en raison de la pression concurrentielle exercée par les entreprises étrangères. Les entreprises et investisseurs étrangers ont la possibilité d'entrer sur le marché national de manière plus directe en établissant une nouvelle société sur ce marché ou en prenant le contrôle d'une entreprise domestique déjà existante.
52. Même si le libre-échange est extrêmement important pour les petites économies afin d'assurer un environnement concurrentiel sur leurs marchés, il n'en demeure pas moins que certains obstacles subsistent. Ainsi, les effets bénéfiques peuvent être atténués par des obstacles résultant de législations et ce notamment sur les marchés régulés. Ces obstacles peuvent s'expliquer par une certaine volonté protectionniste. D'autres obstacles résident dans le fait que, sur certains marchés, les produits ou services spécifiques ne sont pas commercialisables entre pays ou ne peuvent être

²⁵ (ICN, "Competition Law in Small Economies", 2009).

transportés sur de longues distances. En ce sens, même dans les grandes économies, des marchés limités et locaux persistent. Enfin, le champ réduit d'un marché (hautement) régulé pourrait dissuader les entreprises étrangères d'entrer, en raison de faibles perspectives de profits.

Position des membres du groupe de travail

Les membres du groupe de travail, pour la plupart, sont fortement enclins à un contrôle des concentrations qui prendrait en compte les opérations transfrontalières. Des opérations transfrontalières peuvent affecter le degré de concurrence effective sur le marché luxembourgeois. Ainsi, par exemple, la prise de contrôle d'un concurrent par un grand groupe international actif sur un marché donné peut, dans certains États, ne pas avoir d'impact négatif sur le marché du fait de la continuité – après l'opération – d'un degré concurrentiel élevé ou de particularités réglementaires permettant l'apparition de concurrents nouveaux. Cependant, cette même opération peut avoir pour effet de réduire l'offre au Luxembourg de manière drastique si cette concurrence est plus limitée au Grand-Duché que sur les autres territoires concernés ou si des contraintes législatives affectent le degré de concurrence potentielle.

Néanmoins, il doit être rappelé que la possibilité de prendre en compte les opérations transfrontalières est encadrée, dans une certaine mesure, par le règlement n° 139/2004.

Seul un des membres semble ne pas partager cet avis.

III. Autres aspects

53. Quelques considérations finales relatives à la politique de la concurrence et en particulier à la politique de contrôle des concentrations dans les petites économies seront exposées dans la présente partie.
54. En premier lieu, il convient de noter que le contrôle des concentrations est souvent associé à des coûts élevés, qui peuvent s'avérer être d'autant plus importants pour les petites économies. La question qui se pose alors est de savoir si les petites économies disposent des ressources et de l'expertise nécessaires à l'exercice d'un contrôle des concentrations effectif. Et même si tel est le cas, pour une autorité indépendante et fonctionnelle exerçant le contrôle des concentrations, cela nécessite une volonté et un engagement politiques forts de la part du gouvernement et des leaders politiques.²⁶
55. Il s'agit d'un aspect important en ce que les intérêts politiques sont susceptibles d'influencer l'évaluation des opérations de concentration. Cela devient particulièrement clair dans les différentes définitions des marchés pertinents par les ANCs et la Commission européenne. De nombreux petits Etats membres se plaignent du fait que la Commission européenne a tendance à définir les marchés de manière

²⁶ (ICN, "Competition Law in Small Economies", 2009)

trop restrictive, n'ayant la plupart du temps qu'une dimension nationale, alors qu'ils auraient en réalité une dimension internationale. Aussi, les opérations de concentration sur de petits marchés sont davantage susceptibles d'être contestées ou bloquées. Une entreprise de taille similaire en termes de chiffre d'affaires, de production, ou de tout autre facteur, sera perçue comme plus importante sur un marché restreint que sur un marché plus large. Par conséquent, une telle entreprise pourrait soulever des problèmes en matière de concurrence sur un marché limité, alors que des entreprises de taille similaire sur un marché plus étendu n'en poseraient pas. De l'avis des ANC, cela empêcherait les entreprises d'atteindre une taille optimale et de devenir compétitives sur la scène internationale.²⁷ Certaines études scientifiques semblent confirmer cette suspicion en alléguant une définition du marché trop restrictive de la part de la Commission.²⁸ Pourtant, il est impossible d'affirmer avec certitude que les erreurs faites par la Commission ou les intérêts politiques de certains Etats membres, tels que la promotion d'un champion national, sont aux origines de telles divergences relatives à la détermination du marché pertinent.

56. Un remède possible pour ces deux problèmes résiderait en une coopération internationale accrue. D'abord, la convergence entre les règles de concurrence d'Etats voisins permettrait de réduire les coûts pour les entreprises opérant dans plusieurs pays. De plus, cela réduirait également les coûts pour les ANC qui pourraient bénéficier de leurs expertises et expériences communes. Par ailleurs, des règles harmonisées seraient plus adéquates pour traiter des marchés transnationaux. Enfin, les petites économies pourraient tirer profit de l'existence et du soutien d'organisations supranationales en imitant leurs meilleures pratiques et en bénéficiant de leur expertise et de leur expérience. Cela permettrait, encore une fois, de réduire les coûts supportés par les petites économies.

²⁷ (Horn & Stennek, 2002).

²⁸ (Duso, Neven, & Röller, "The Political Economy of European Merger Control: Evidence using Stock Market Data", 2007) (Duso, Gugler, & Yurtoglu, 2011).

Chapitre 3 : Essai d'illustration de l'utilité et de l'impact d'un contrôle des concentrations sur certains secteurs au Luxembourg

57. Partant d'une analyse sectorielle superficielle de l'économie luxembourgeoise, le présent chapitre poursuit un objectif pédagogique en cherchant à illustrer, de manière nécessairement succincte et relativement artificielle, le processus d'identification de marchés qui seraient les plus susceptibles de bénéficier des avantages qu'apporterait l'instauration d'un contrôle des concentrations. Les données statistiques utilisées sont entièrement disponibles sur le site Internet de l'Institut national de la statistique et des études économiques du Grand-Duché de Luxembourg (STATEC).
58. Afin d'obtenir un aperçu précis de l'environnement concurrentiel dans chaque secteur économique, les informations relatives à la structure des marchés et des secteurs, et notamment les parts de marché, sont d'une importance primordiale. Les entreprises ne peuvent être évaluées de façon similaire car elles diffèrent quant à leur poids et à leur taille. Pour autant, de telles informations ne sont pas disponibles. Cette circonstance limite la précision des résultats de la présente étude.
59. La structure de l'économie est représentée par la « *Nomenclature statistique des activités économiques dans la Communauté européenne* » (NACE). Ce code standardisé classe les activités économiques en plusieurs secteurs, eux-mêmes sous-divisés en sous-sections. Bien que cette classification soit relativement détaillée, elle n'identifie que partiellement les marchés sur lesquels la concurrence effective a lieu. En réalité, la définition d'un marché pertinent/marché en cause doit être établie au cas par cas. En outre, les entreprises sont classifiées selon leur activité économique principale. Or, il n'est pas à exclure que des entreprises classées dans un secteur de la NACE soient également présentes sur d'autres marchés.
60. Tous ces aspects limitent la portée de l'analyse, qui doit alors être simplement perçue comme une première orientation, un premier aperçu de la situation concurrentielle au Luxembourg.
61. Pour commencer, un tableau récapitulatif de l'économie luxembourgeoise sera présenté. Ensuite, seront exposés les critères utilisés afin d'identifier les secteurs susceptibles d'être affectés par l'instauration d'un contrôle des concentrations. Enfin, une analyse plus poussée des secteurs concernés sera exposée.

I. Tableau récapitulatif

Added value at basic prices for each branche (NACE Rev. 2) 2012	Added value (in millions)	Weight in the economy
AGRICULTURE, FORESTRY AND FISHING(A)	157,8	0,40%
MINING AND QUARRYING (B)	30	0,08%
MANUFACTURING (C)	2181,1	5,58%
ELECTRICITY, GAS, STEAM AND AIR CONDITIONING SUPPLY (D)	233,8	0,60%
WATER SUPPLY ; SEWERAGE, WASTE MANAGEMENT AND REMEDIATION ACTIVITIES (E)	252,8	0,65%
CONSTRUCTION (F)	2080,2	5,32%
WHOLESALE AND RETAIL TRADE ; REPAIR OF MOTOR VEHICLES AND MOTOCYCLES (G)	4471,7	11,44%
TRANSPORTATION AND STORAGE (H)	1620,8	4,15%
ACCOMMODATION AND FOOD SERVICE ACTIVITIES (I)	731,3	1,87%
INFORMATION AND COMMUNICATION (J)	2671,5	6,83%
FINANCIAL AND INSURANCE ACTIVITIES (K)	10401,3	26,61%
REAL ESTATE ACTIVITIES (L)	3184,9	8,15%
PROFESSIONAL, SCIENTIFIC AND TECHNICAL ACTIVITIES (M)	2852,7	7,30%
ADMINISTRATIVE AND SUPPORT SERVICE ACTIVITIES (N)	1263	3,23%
PUBLIC ADMINISTRATION AND DEFENCE; COMPULSORY SOCIAL SECURITY (O)	2304,4	5,89%
EDUCATION(P)	1665,4	4,26%
HUMAN HEALTH AND SOCIAL WORK ACTIVITIES (Q)	2195,7	5,62%
OTHER ACTIVITIES (S)	390	1,00%
ACTIVITIES OF HOUSEHOLDS AS EMPLOYERS ; UNDIFFERENTIATED GOODS- AND SERVICES PRODUCING ACTIVITIES OF HOUSEHOLDS FOR OWN USE (T)	133,8	0,34%
ACTIVITIES OF EXTRATERRITORIAL ORGANISATIONS AND BODIES (U)	0	0,00%
Total	38822.2	100,00%

Tableau 1

II. Critères de sélection

62. Afin d'identifier les secteurs les plus susceptibles d'être concernés par l'instauration d'un contrôle des concentrations, les critères suivants ont été utilisés :

- i. *Le poids du secteur dans l'économie* : L'objectif de cette étude étant d'identifier les secteurs dans lesquels l'instauration d'un contrôle des concentrations serait susceptible d'avoir le plus d'intérêt, il semble logique de se concentrer, en premier lieu, sur les secteurs les plus importants.
- ii. *Le nombre d'entreprises* : Cette variable est un élément déterminant quant à la situation concurrentielle d'un marché ou d'un secteur. Plus le nombre de compagnies est élevé sur un marché, plus la pression concurrentielle à laquelle elles font face est importante. En conséquence, les marchés plus concentrés, avec un nombre d'entreprises peu important, seront vraisemblablement les plus concernés par l'instauration d'un contrôle des concentrations.
- iii. *L'exposition internationale du secteur* : Plus les entreprises font face à la concurrence de sociétés étrangères, moins la problématique relative à la situation concurrentielle sur le marché tend à être pertinente. En outre, les marchés en cause auront, dans la plupart des cas, une dimension transfrontalière plutôt que nationale. Il n'existe pas de données permettant de fonder une telle évaluation dans le cadre du présent rapport. C'est pourquoi l'évaluation de cette dimension transfrontalière est à baser sur une analyse *in concreto* que l'autorité de concurrence doit examiner davantage au moment de l'évaluation d'une opération de concentration.

III. Secteurs identifiés

63. Trois secteurs ont été identifiés sur la base de ces critères.
64. En premier lieu, le secteur « *E – Water supply; sewerage, waste management and remediation* ». Bien que le poids économique de ce secteur, en termes de valeur ajoutée, soit relativement faible, le nombre limité d'entreprises, notamment dans les secteurs de la collecte des déchets et du traitement et élimination des déchets pourrait justifier un contrôle afin de prévenir une diminution alarmante du nombre d'entreprises. Sachant que le secteur est probablement caractérisé par des coûts fixes importants, il est concevable d'imaginer que les acteurs du secteur soient incités à se rassembler afin de bénéficier, par exemple, d'économies d'échelle.

	2005	2012	Added value at factor costs (in 1000 EUR) 2012	Share of the economy
Number of firms				
E – Water supply ; sewerage, waste management and remediation	49	64	101 071	0,26%
E36 - Captage, traitement et distribution d'eau	7	8	23 203	0,06%
E37 - Collecte et traitement des eaux usées	4	6	(:c)	
E38 - Collecte, traitement et élimination des déchets; récupération	35	46	74 526	0,19%
E381 - Collecte des déchets	9	11	(:c)	
E382 - Traitement et élimination des déchets	7	13	10 844	0,03%
E383 - Récupération	19	22	24 324	0,08%
E39 - Dépollution et autres services de gestion des déchets	3	4	(:c)	

Tableau 2

65. Deuxième secteur identifié, le secteur « *F – Construction* ». Avec une part de 5,32% de la valeur ajoutée totale, ce secteur a une importance significative dans l'économie luxembourgeoise. Certains sous-secteurs disposent d'un faible nombre d'entreprises actives. Encore une fois, ces secteurs requièrent un montant considérable de capital. En conséquence, les entreprises sont incitées à se concentrer. En outre, une réduction supplémentaire du nombre d'acteurs sur le marché pourrait conduire à la création ou au renforcement d'une position dominante pour l'entité fusionnée.
66. En ce qui concerne la dimension internationale du secteur, il est probable que le marché dépasse les frontières nationales du Luxembourg. Néanmoins, la nature de ces activités, l'utilisation intensive de main d'œuvre ainsi que de machinerie lourde, limitent la sphère d'action de ces entreprises ainsi que la portée géographique du marché. En conséquence, même si le marché peut être perçu comme un marché international, il sera plus probablement limité à une dimension régionale.

Nombre d'entreprises			Valeur ajoutée au coûts des facteurs(en 1000 EUR)	Part dans l'économie
	2005	2012	2012	
F - Construction	2637	3365	2 107 677	5,44%
F41 - Construction de bâtiments	904	1240	670 803	1,73%
F411 - Promotion immobilière	503	730	175 078	0,45%
F412 - Construction de bâtiments résidentiels et non résidentiels	401	510	495 727	1,28%
F42 - Génie civil	73	71	269 081	0,69%
F421 - Construction de routes et de voies ferrées	56	51	247 579	0,64%
F422 - Construction de réseaux et de lignes	17	20	21 502	0,06%
F43 - Travaux de construction spécialisés	1660	2054	1 167 793	3,01%
F431 - Démolition et préparation des sites	53	66	43 811	0,11%
F432 - Travaux d'installation électrique, plomberie et autres travaux d'installation	586	714	588 558	1,48%
F433 - Travaux de finition	647	832	328 395	0,85%
F439 - Autres travaux de construction spécialisés	374	442	229 231	0,59%

Tableau 3

67. Troisième secteur identifié comme pouvant bénéficier des avantages qu'apporterait l'instauration d'un contrôle des concentrations : Le secteur « *G – Wholesale and retail trade; repair of motor vehicles and motorcycles* ». Il s'agit de l'un des secteurs les plus importants au Luxembourg, représentant 11,44% de l'économie. Ce secteur de l'économie rassemble toutes les activités de commerce, de vente de gros et de vente au détail. Par conséquent, il s'agit d'un secteur très ramifié et diversifié. Pour cette raison, il est raisonnable de supposer que les marchés de ce secteur d'activités doivent être définis de façon plus nuancée qu'ils ne le sont par la classification NACE. Le nombre d'entreprises sur ces marchés plus étroits serait donc inférieur à celui exposé dans la classification NACE. En raison de la nature de ces activités, les marchés retenus seront vraisemblablement de dimension nationale ou régionale.

Nombre d'entreprises			Valeur ajoutée au couts des facteurs(en 1000 EUR) 2012	Part dans l'économie
	2005	2012		
G - Commerce; réparation d'automobiles et de motocycles	6931	7403	4 557 038	11,76%
G45 - Commerce et réparation d'automobiles et de motocycles	656	726	400 334	1,03%
G451 - Commerce de véhicules automobiles	395	418	278 255	0,72%
G452 - Entretien et réparation de véhicules automobiles	120	150	55 228	0,14%
G453 - Commerce d'équipements automobiles	123	131	60 591	0,16%
G454 - Commerce et réparation de motocycles	18	27	6 260	0,02%
G46 - Commerce de gros, à l'exception des automobiles et des motocycles	3301	3560	2 868 058	7,40%
G461 - Intermédiaires du commerce de gros	666	805	170 331	0,44%
G462 - Commerce de gros de produits agricoles bruts et d'animaux vivants	105	99	18 440	0,05%
G463 - Commerce de gros de produits alimentaires, de boissons et de tabac	351	371	306 401	0,79%
G464 - Commerce de gros de biens domestiques	615	614	208 508	0,54%
G465 - Commerce de gros d'équipements de l'information et de la communication	253	240	430 829	1,11%
G466 - Commerce de gros d'autres équipements industriels	540	622	268 217	0,69%
G467 - Autres commerces de gros spécialisés	569	651	1 450 803	3,74%
G469 - Commerce de gros non spécialisé	202	158	14 529	0,04%
G47 - Commerce de détail, à l'exception des automobiles et des motocycles	2974	3117	1 288 646	3,32%
G471 - Commerce de détail en magasin non spécialisé	224	207	385 328	0,99%
G472 - Commerce de détail alimentaire en magasin spécialisé	252	309	53 411	0,14%
G473 - Commerce de détail de carburants en magasin spécialisé	175	159	112 868	0,29%
G474 - Commerce de détail d'équipements de l'information et de la communication en magasin spécialisé	149	165	26 632	0,07%
G475 - Commerce de détail d'autres équipements du foyer en magasin spécialisé	395	358	120 647	0,31%
G476 - Commerce de détail de biens culturels et de loisirs en magasin spécialisé	294	271	32 678	0,08%

Tableau 4

IV. Autres secteurs

68. A première vue, les autres secteurs de l'économie sont probablement moins concernés par l'instauration d'un contrôle des concentrations au Luxembourg. Certains d'entre eux doivent en effet être considérés comme non pertinents en vue de l'instauration d'un régime de contrôle national des concentrations. Par exemple, en ce qui concerne les industries manufacturières, les entreprises qui y sont actives produisent traditionnellement des produits standardisés pour un marché international ou même mondial. Elles font probablement face à une concurrence étrangère considérable et le marché n'est vraisemblablement pas limité au territoire du Luxembourg.
69. Cependant, même si les données ne fournissent aucun indice explicite quant à de possibles structures de marché intéressants du point de vue du contrôle des concentrations, cela pourrait néanmoins être le cas pour certains secteurs de l'économie luxembourgeoise.
70. D'abord, comme préalablement mentionné, les secteurs tels que classifiés dans la présente étude ne correspondent pas nécessairement aux marchés au sens du droit de la concurrence. Ainsi, la présente analyse est susceptible d'omettre des aspects importants quant à la concurrence qui s'exerce entre les entreprises. Il se pourrait que, bien qu'une industrie dispose d'un important nombre d'entreprises actives, seules certaines d'entre elles rivalisent sur des marchés spécifiques ou des marchés de niche. Par exemple, bien que de nombreuses banques soient implantées au Luxembourg, peu d'entre elles proposent des services bancaires dits classiques tels que des comptes courants ou des comptes d'épargne.
71. En outre, sachant que les données ne présentent aucune information quant aux liens économiques entre les entreprises, ni quant à leurs possibles détentions (groupes de sociétés) et que celles-ci sont simplement classées en fonction de leur cœur de métier (alors qu'elles pourraient disposer d'autres activités dans d'autres secteurs), des concentrations dans des secteurs autres que ceux préalablement mentionnés pourraient néanmoins être pertinentes au regard d'un éventuel contrôle des concentrations.
72. Enfin, sans aucune information sur la structure de marché, et notamment sur les parts de marché détenues par les entreprises, il est impossible d'identifier des situations de marché susceptibles d'affecter le jeu de la concurrence en se fondant exclusivement sur le nombre d'entreprises actives dans un secteur. Même dans les secteurs où de nombreuses entreprises sont actives, il se pourrait qu'il existe une ou plusieurs entreprises disposant d'une position dominante. Si tel est le cas, l'instauration d'un contrôle des concentrations permettrait de mieux identifier et évaluer les secteurs concernés.

V. Conclusion

73. La brève analyse présentée dans ce chapitre présente certaines lacunes. En effet, le manque d'informations ainsi que la structure des données récoltées ne permettent de dépeindre qu'une image superficielle de la structure, des secteurs et des marchés de l'économie luxembourgeoise.
74. Néanmoins, cette analyse initiale et limitée permet de donner une illustration du processus d'identification de secteurs dans lesquels l'instauration d'un contrôle des concentrations apporte un véritable gain du point de vue de l'existence d'une concurrence effective. Il n'est, en conséquence, pas déraisonnable de supposer que davantage de secteurs et de marchés pourraient également bénéficier d'un tel contrôle.

Chapitre 4 : Comparaison internationale et possible conception institutionnelle d'un contrôle luxembourgeois des concentrations

I. Introduction

75. L'objet de ce chapitre est d'identifier les principales caractéristiques d'un régime de contrôle des concentrations. En outre, seront expliquées les différentes options liées à chaque aspect.
76. Afin d'identifier les principales composantes, ainsi que les possibles variations et options associées à chaque aspect, une comparaison internationale de différents régimes de contrôle des concentrations a été réalisée. Plusieurs catégories de pays ont été incluses dans cette comparaison. La première catégorie regroupe de petites économies européennes autres que le Luxembourg. Même si ces petites économies ne sont pas toutes aussi petites que celle du Grand-Duché, elles ont été incluses afin d'obtenir une première impression quant à la conception et la mise en œuvre d'un contrôle des concentrations dans des pays de taille réduite. Ces pays sont les suivants : La Chypre, l'Estonie, la Lettonie, la Lituanie, Malte et la Slovénie. La deuxième catégorie regroupe les régimes de contrôle des concentrations des pays voisins. Etant donné que de nombreux marchés ne se limiteront pas à une dimension nationale, une connaissance appropriée de la législation des pays environnants semble indispensable. Cette catégorie contient donc les pays suivants : La Belgique, la France, l'Allemagne et les Pays-Bas. Enfin, la troisième et dernière catégorie regroupe des pays disposant de régimes spécifiques, notamment le système de notification volontaire. Il s'agit de l'Australie, du Royaume-Uni et de Singapour.

II. Principaux composants d'un régime de contrôle des concentrations

77. Considérant les régimes des pays susnommés, il apparaît qu'un contrôle des concentrations repose sur les 10 aspects suivants :
- i. *Définition d'une concentration* : Outre la fusion classique entre deux entreprises, il existe de nombreux autres moyens à travers lesquels une entreprise peut prendre le contrôle d'une autre.
 - ii. *Calendrier* : Les opérations de concentration peuvent être évaluées avant ou après avoir été mises en œuvre. Ce point est déterminant et susceptible d'affecter l'ensemble du contrôle mis en place.

- iii. Notification : Les entreprises sont-elles contraintes de notifier leurs projets (notification obligatoire) ou non (notification volontaire) ?
 - iv. Seuils : Les seuils sont un principe de base permettant d'identifier les concentrations susceptibles d'affecter le jeu de la concurrence et qui nécessitent donc un examen minutieux. En règle générale, les opérations de concentration entre entreprises excédant certains seuils en termes de chiffre d'affaires, actifs, parts de marché ou d'autres variables entraîneront une investigation de la part du régulateur. La structure et le montant de ces seuils sont des déterminants importants quant au nombre d'opérations que les ANC's ont à traiter.
 - v. Procédure : Cet aspect couvre le calendrier de l'investigation d'une opération de concentration. Des délais doivent-ils être respectés ? De quelle durée ? A quel moment de la procédure interviennent-ils ? Quels sont les coûts de procédure ou les sanctions en cas de manquement/de non-respect ? Les rôles et pouvoirs des différentes institutions et autorités doivent être spécifiés.
 - vi. Critères d'évaluation : Sur quels critères et sur quels tests les ANC's conduisent-elles leurs évaluations quant aux opérations susceptibles d'engendrer des effets anticoncurrentiels ?
 - vii. Droits des tiers : Les tiers sont-ils autorisés à intervenir durant la procédure ? Si oui, comment et dans quelle mesure ?
 - viii. Ordres et sanctions : Quels types de décisions et de sanctions les ANC's sont-elles susceptibles de prendre, et à quelle étape de la procédure ?
 - ix. Recours et appel : Comment les parties peuvent-elles contester la décision prise par l'autorité de concurrence ?
 - x. Exceptions et approbation réglementaire : Les secteurs économiques doivent-ils être traités différemment ? Certains doivent-ils être exemptés ? Les seuils doivent-ils varier en fonction des secteurs ? Une opération de concentration doit-elle obtenir une approbation supplémentaire de la part d'un régulateur afin d'être validée ? Un ministre peut-il annuler une décision prise par une ANC ?
78. Dans ce qui suit, les aspects les plus importants seront discutés plus en détail. Nous présentons à la fin un tableau comparatif de différents régimes qui permet d'avoir également une vue sur les autres aspects.

III. Notification

79. L'objectif principal des procédures de notification est de s'assurer que des opérations ayant de possibles effets restrictifs de concurrence soient examinées par les ANC's avant d'être mises en œuvre. Bien que l'objectif lié à la procédure de notification soit toujours le même, il peut être atteint de différentes manières.
80. En Europe et ailleurs, il est commun que les opérations dépassant un certain seuil doivent être notifiées à l'ANC ; il s'agit de la notification obligatoire. Néanmoins, il existe des exceptions à cette procédure. L'Australie, le Royaume-Uni et Singapour, par exemple, utilisent un système de notification volontaire²⁹ qui laisse le choix aux entreprises de notifier ou non leur opération.

1. Notification obligatoire

81. Un système de notification obligatoire repose sur des seuils définis (cf. partie suivante) au-dessus desquels les opérations de concentration sont considérées comme potentiellement problématiques du point de vue du droit de la concurrence. De telles opérations doivent être notifiées par les entreprises et, par la suite, évaluées par l'ANC. L'ANC décide si elle valide l'opération ou si elle poursuit son évaluation à travers un examen minutieux (phase II)³⁰ qui peut possiblement conduire à l'interdiction de l'opération envisagée ou à l'imposition de charges et de conditions. Ladite opération ne peut pas, en tout cas, être réalisée sans l'accord de l'ANC compétente.
82. Cette approche tente de prévenir la création de structures affectant sensiblement la structure concurrentielle des marchés ou l'interdiction et le démantèlement subséquent coûteux d'une concentration ayant été réalisée sans l'accord de l'ANC.

2. Notification volontaire

83. Dans un système de notification volontaire, les entreprises peuvent notifier l'opération envisagée pour que celle-ci soit évaluée, ou alors mettre en œuvre ladite opération sans en rendre compte à l'autorité de concurrence compétente.

²⁹ (Choe & Shekhar, 2010) (Williams & Woodbridge, 2004) (Office of Regulation Review 1995).

³⁰ Cf. Partie V. Procédure.

Cependant, la concentration pourra faire l'objet d'un examen *ex post* par l'ANC compétente, qui pourra, le cas échéant, forcer les entreprises à annuler l'opération, à se séparer d'actifs ou à remplir d'autres obligations. De manière évidente, cela entraînerait des coûts considérables pour les entreprises concernées. En ce sens, l'hypothèse sous-jacente au système de notification volontaire est que les entreprises auto-évaluent les effets potentiels sur le marché et sur le jeu de la concurrence de l'opération de concentration envisagée. Ainsi, si de telles entreprises ont des doutes sur les effets potentiels de la concentration et sur la conformité de l'opération au regard des règles de la concurrence, elles souhaiteront lever cette incertitude en notifiant leur projet à l'autorité de concurrence compétente. En conséquence, une sorte de sélection naturelle s'effectuera. Les entreprises notifieront seulement les projets de concentration dont elles pensent qu'ils soulèveront des doutes quant à leurs effets concurrentiels. Dans les autres cas, les concentrations insignifiantes ou pro-concurrentielles seront exécutées sans délai et sans interruption.

Avantages en termes de coûts

84. Comparé à un régime de notification obligatoire, le système de notification volontaire possède un avantage significatif. Dans un régime de notification obligatoire, toutes les opérations de concentration importantes doivent être notifiées à l'ANC et examinées par cette dernière. Dans la mesure où la plupart des opérations ne soulèvent aucun doute quant à leur conformité aux règles de concurrence, une part significative des coûts engendrés est inutile et pourrait être évitée.
85. Un système de notification volontaire est plus sélectif, réduisant les ressources requises pour effectuer des investigations dans le cadre d'un contrôle des concentrations.

2.1 L'expérience britannique

86. Le régime de contrôle des concentrations britannique fournit des seuils au-dessus desquels ledit contrôle est applicable.
87. Les opérations de concentration atteignant les seuils européens doivent être notifiées à la Commission européenne. A défaut pour la concentration d'atteindre ces seuils, la notification est volontaire.
88. L'autorité de concurrence britannique peut lancer une enquête de sa propre initiative en se fondant sur des informations obtenues par des tiers, par le biais

des médias ou par d'autres moyens. Les investigations peuvent également cibler des concentrations déjà réalisées. Il s'avère qu'après son évaluation, l'ANC britannique peut conclure à l'incompatibilité de la concentration avec les impératifs de la concurrence, de sorte que l'opération pourra être annulée ou soumise à certaines obligations.

89. Lorsqu'une investigation a débuté ou qu'une opération a été notifiée, une « phase II » classique est initiée. Avant de notifier, les entreprises ont également la possibilité d'entrer dans une phase de pré-notification informelle qui vise principalement à ce que la notification soit complète et que toutes les informations nécessaires parviennent entre les mains de l'autorité de concurrence. Pendant longtemps, ces discussions informelles ont été considérées comme faisant partie des bonnes pratiques à suivre. Désormais, l'autorité britannique les considère comme obligatoires afin de commencer son évaluation en dehors des délais légaux.³¹

2.2 L'expérience australienne

90. L'Australie a adopté un système de notification volontaire en 1977. Depuis, de nombreux débats ont eu lieu à propos de l'effectivité d'un tel régime et d'un possible basculement vers un système de notification obligatoire. Cependant, ces discussions ont fini par confirmer le régime volontaire actuel qui a par ailleurs été repris dans la nouvelle loi sur la concurrence et la consommation de 2010. Les entreprises ont la possibilité de notifier l'opération envisagée, mais n'y sont pas contraintes. L'autorité de concurrence australienne a cependant publié des seuils (en termes de parts de marché) au-dessus desquels elle incite vivement les entreprises à notifier.
91. Néanmoins, l'autorité de concurrence peut ouvrir une investigation lorsqu'elle la considère nécessaire et appropriée. L'enquête s'applique aux concentrations notifiées et non notifiées, complètes et incomplètes. Les tiers sont en outre autorisés à informer l'autorité de concurrence d'opérations en cours.
92. Il existe trois manières permettant aux entreprises de notifier leur projet de concentration :
- i. Notification formelle : L'autorité de concurrence procède alors à une phase I standard pour enquêter sur le projet de concentration.
 - ii. Demande d'autorisation : Contrairement à la procédure de notification, des

³¹ (Ashurst, 2015).

facteurs autres que des facteurs de nature purement concurrentielle sont pris en compte. Une fusion anticoncurrentielle peut être autorisée pour des raisons d'intérêt public ou national.

iii. *Notification informelle* : Elle est gardée confidentielle. Seules les entreprises concentratives délivrent des informations sur la concentration. Les entreprises obtiennent un avis non contraignant sur les effets probables que la concentration aura sur le marché. Néanmoins, l'autorité de concurrence peut examiner ladite opération plus en détails par la suite. La notification informelle est la pratique la plus utilisée par les entreprises australiennes qui se satisfont, généralement, de l'autorisation informelle délivrée par l'autorité de concurrence.

93. La notification formelle et la demande d'autorisation sont chacune des procédures publiques qui engendrent un montant considérable de recherches à la charge de l'autorité de concurrence, impliquant généralement des parties tierces (concurrents, clients, etc.). Les retards et le manque de confidentialité sont les raisons pour lesquelles ces deux procédures ne sont pas populaires auprès des entreprises. C'est pourquoi leur impopularité a entraîné le développement de la procédure informelle³².

Problèmes potentiels

94. Il existe deux types de problèmes résultant du régime volontaire instauré en Australie.

Premièrement, la procédure de notification informelle n'est pas prévue par la loi et est en fait apparue avec le temps et la pratique. Par conséquent, l'autorité de concurrence ne publie pas l'argumentaire ayant servi de fondement à sa décision. Cela mène à une absence d'orientation décisionnelle et d'harmonisation découlant des cas précédents³³.

Deuxièmement, certains auteurs soulignent le risque que, si l'autorité de concurrence échouait à déceler une concentration qui aurait des effets anticoncurrentiels, il serait difficile sinon impossible de forcer les entreprises à inverser leurs actions et les obliger à se séparer de nouveau. Dans certains cas, un nouvel acquéreur devrait être trouvé afin de racheter l'entreprise illégalement acquise, ce qui serait particulièrement difficile dans un marché de petite taille et dans lequel les offrants sont rares.

95. La seconde critique, en vertu de laquelle l'autorité australienne pourrait ne pas investiguer une concentration anticoncurrentielle n'est pas, dans la pratique,

³² (Williams & Woodbridge, 2004) (Choe & Shekhar, 2010) ("Merger Control Survey 2015", 2015).

³³ (Williams & Woodbridge, 2004).

une réelle source d'inquiétude. La plupart des concentrations soumises à l'autorité de concurrence sont notifiées par les parties concentratives elles-mêmes, indiquant que le processus de sélection naturelle fonctionne raisonnablement bien. En outre, pour la plupart des concentrations mises en œuvre, l'autorité de concurrence est informée par une autre source au moins (concurrents, consommateurs, régulateurs, médias etc.), de sorte que le risque pour l'autorité de concurrence d'échouer dans la détection des opérations de concentration à effets anticoncurrentiels apparaît raisonnablement faible.

96. En réalité, les régulateurs ainsi que des études scientifiques semblent confirmer que l'allocation de davantage de ressources à l'égard du contrôle des concentrations (qui serait nécessaire en cas de passage vers un cadre obligatoire) ne modifierait pas sensiblement la qualité du contrôle opéré. Aussi, la plupart de ces études indiquent que le système de notification volontaire mène aux mêmes résultats qu'un système de notification obligatoire, à moindre coût.

2.3 L'expérience singapourienne

97. Depuis 2007, le *Competition Act* singapourien comporte des dispositions relatives à un contrôle des concentrations. En principe, la Commission de la concurrence singapourienne est compétente pour l'application et la mise en œuvre de ce contrôle. Toutefois, les secteurs spécifiques des télécommunications, des médias, du gaz et de l'électricité possèdent leurs propres réglementations sectorielles de sorte que les opérations envisagées sur ces secteurs sont analysées par les régulateurs en place.
98. Le système de notification est volontaire de sorte qu'il n'existe pas de seuils juridictionnels qui contraindraient les parties fusionnantes à notifier leur opération. Toutefois, pour les opérations relevant de sa compétence, la Commission de la concurrence a dégagé, dans ses lignes directrices procédurales, des seuils en-dessous desquels il est peu probable qu'elle analyse les projets de concentration. Ces seuils sont les suivants :
- Le chiffre d'affaires de chacune des parties à la concentration est inférieur à 5 millions S\$ au cours de l'année comptable précédent la transaction ; et
 - le chiffre d'affaires combiné de l'ensemble des parties à la concentration n'a pas excédé 50 millions S\$ lors de l'année comptable précédent la transaction.
99. Ces seuils objectifs ont été complétés par des critères plus subjectifs, la Commission affirmant que les concentrations s'établissant en-dessous des seuils suivants n'entraînent pas, en principe, d'effets anticoncurrentiels :

- L'entité fusionnée détient 40% de parts de marché ; ou
 - l'entité fusionnée détient une part de marché comprise entre 20% et 40% et la part de marché des trois entreprises les plus importantes, après la concentration, est de 70%.
100. Toutefois, ces seuils ne sont qu'indicatifs, de sorte que la Commission peut tout à fait analyser des opérations tombant pourtant sous lesdits seuils.
101. Comme exposé plus haut, le régime singapourien de notification est volontaire. Ainsi, même si les seuils indicatifs préalablement mentionnés sont dépassés, les parties ne sont pas contraintes de notifier leur opération, bien que la Commission les y incite vivement. Cependant, la Commission bénéficie du pouvoir d'annuler une concentration mise en œuvre sans son approbation et d'ordonner aux parties fusionnantes de se séparer. Ce pouvoir, bien que très coûteux à mettre en œuvre et source d'insécurité juridique, est tout à fait compréhensible dans la mesure où la Commission se doit de bénéficier de garde-fous prévenant l'apparition de structures préjudiciables pour le jeu de la concurrence, le marché et les consommateurs.
102. En définitive, et comme pour l'Angleterre et l'Australie, le régime mis en œuvre à Singapour repose sur la bonne volonté des entreprises et sur les incitations réglementaires qui poussent ces dernières à rendre public leur projet et à s'assurer de sa validité au regard du droit de la concurrence.
103. En outre, comme c'est le cas dans de nombreuses autorités de concurrence, la notification du projet de concentration est payante et les frais varient selon le chiffre d'affaires de l'entreprise cible. Les frais sont les suivants :
- 15.000 S\$ pour une cible disposant d'un chiffre d'affaires de 200 millions S\$ ou moins ;
 - 50.000 S\$ pour une cible disposant d'un chiffre d'affaires compris entre 200 millions S\$ et 600 millions S\$;
 - 100.000 S\$ pour une cible disposant d'un chiffre d'affaires supérieur à 600 millions S\$.
104. Néanmoins, si la partie acquéreuse est une PME (chiffre d'affaires inférieur à 100 millions S\$ et moins de 200 employés), ces frais sont limités à 5.000 S\$. A titre informatif, et pour donner au lecteur un aperçu tangible de ces frais, un dollar de Singapour (S\$) équivaut environ à 0,64 € actuellement.

Position des membres du groupe de travail

La notification obligatoire a la faveur du groupe de travail. Néanmoins, certains membres préconisent une combinaison d'une notification obligatoire et d'une notification volontaire, telle que permise au Royaume-Uni.

IV. Seuils

105. L'objectif des seuils est de filtrer les opérations de concentration qui ne soulèvent pas, selon toute vraisemblance, de doutes quant à leur compatibilité avec un marché. En ce sens, les seuils sont mis en place afin de limiter les investigations des autorités de concurrence aux concentrations qui pourraient être potentiellement préjudiciables pour les consommateurs et le jeu de la concurrence.
106. Bien que les seuils soient, en principe, indépendants de l'application d'un régime de notification obligatoire ou volontaire, il est certain qu'ils revêtent une importance bien plus accrue dans un régime de notification obligatoire. En effet, un régime volontaire peut être totalement fonctionnel sans aucun seuil (ex : cas de l'Australie).
107. Il existe certaines variations dans la manière de concevoir les seuils. Par la suite, certains aspects relatifs à l'introduction de seuils seront présentés³⁴.

1. Mesures objectives et mesures structurelles

108. Les *critères objectifs* sont des valeurs reposant sur des données relativement aisées à évaluer, comme les chiffres d'affaires, les ventes, les revenus etc. Leur accessibilité est leur principal avantage. Cependant, les seuils fondés sur de tels critères objectifs sont seulement partiellement effectifs dans le filtrage de concentrations potentiellement problématiques. De telles mesures ne donnent qu'un reflet partiel de l'importance des entreprises, négligeant la taille et la structure du marché sur lequel les entreprises opèrent.
109. A côté des critères objectifs, les critères que l'on appelle structurels (principalement les parts de marchés), reflètent exactement l'importance des entreprises sur le marché en cause. En ce sens, ils sont considérés refléter la situation concurrentielle sur un marché déterminé. Cependant, ces données

³⁴ (ICN, Setting Notification Thresholds for Merger Review, 2008) (ICN, "Competition Law in Small Economies", 2009)

peuvent être difficiles et lourdes à collecter et de ce fait sont donc considérées comme moins adaptées et servent seulement aux autorités de concurrence ainsi qu'aux entreprises comme moyen d'orientation pour savoir quand investiguer et notifier une concentration.

2. Seuils mondiaux et seuils domestiques

110. Outre la question de savoir sur quelle valeur les seuils doivent être fondés, un choix doit être réalisé pour savoir si les seuils s'appliquent aux valeurs mondiales ou s'ils doivent être fondés sur l'activité économique domestique. Bien que les seuils mondiaux soient les plus faciles à obtenir, ils comportent certains risques.
111. Tout d'abord, ils peuvent conduire à ce qu'un nombre important de concentrations soient notifiées à l'autorité de concurrence. Toutes les opérations de concentration nationales répondant à ces seuils ne doivent pas nécessairement exercer une activité économique importante sur le plan national. En outre, pourraient ne pas être investiguées les opérations qui semblent sans importance au niveau mondial, mais qui ont néanmoins un effet important sur les marchés domestiques.

3. Définition des seuils

112. Il est très complexe de définir des seuils adaptés qui rempliraient l'objectif de filtrage des concentrations préjudiciables à la concurrence, en particulier en utilisant des critères objectifs. Un indicateur souvent observé s'appuie sur la prise en considération de données empiriques et historiques relatives aux anciennes notifications et investigations de concentrations, pour se faire une idée du seuil à choisir. Puisque ces informations n'existent pas pour le cas du Luxembourg, une alternative est la comparaison avec des économies similaires (voir tableau ci-dessous). Généralement, pour les autorités aux ressources limitées, des seuils comparativement plus élevés sont recommandés afin d'éviter un trop grand nombre de notifications. De tels seuils pourraient en outre être combinés avec la capacité pour l'autorité de concurrence d'enquêter sur n'importe quelle concentration qu'elle estimerait nécessaire d'examiner. Cela limiterait le risque de ne pas évaluer des concentrations potentiellement nuisibles pour la concurrence, en dépit de seuils élevés.
113. Puisque l'environnement économique est en constant changement, les seuils de concentrations devraient être reconsidérés et possiblement ajustés afin de

s'adapter aux variations dues à l'inflation, la croissance économique des industries ou l'économie dans son ensemble.

Positions des membres du groupe de travail

Les membres du groupe, pour la plupart, appuient l'instauration de seuils de notification. Un membre les estime non nécessaires. Pour les membres qui sont enclins à cette instauration de seuils, ces derniers doivent être calculés sur la base du marché domestique. Cependant, les positions divergent quant à la nature des critères pertinents dans la définition de ces seuils, puisque certains membres estiment qu'il faut se baser sur les critères structurels (parts de marchés) alors qu'un autre membre favorise les critères objectifs (chiffre d'affaires).

V. Procédure

114. Tous les régimes de contrôle des concentrations sont structurés selon un processus divisé en deux phases. Une première phase, généralement appelée « *phase I* », vise à savoir si la concentration soulève des préoccupations en matière de concurrence. Si ce n'est pas le cas, elle est autorisée, possiblement avec des engagements et obligations. Dans le cas contraire, une procédure dite de « *phase II* » est ouverte pour enquêter plus en profondeur sur l'opération notifiée. Le calendrier et la durée de ces phases varient selon les juridictions. La première phase est, en principe, relativement courte (usuellement environ un mois), dans la mesure où l'objectif poursuivi n'est que d'analyser si une opération nécessite un réel examen approfondi. Les procédures de phase II, au contraire, s'étendent généralement sur une longue période de temps afin de donner la possibilité à l'autorité de concurrence d'évaluer la concentration sous tous ses aspects, même les plus complexes.
115. Les périodes de temps pour les différentes phases sont incluses dans le tableau ci-dessous. Il est souvent possible d'allonger l'enquête si nécessaire.

Aperçu du contrôle des concentrations néerlandais

116. Ci-après sont exposées les idées et les spécificités du contrôle des concentrations néerlandais. Bien que le régime de concentration néerlandais soit principalement inspiré par celui utilisé par la Commission, l'autorité néerlandaise a modifié son régime de contrôle des concentrations sous certains aspects.

« Stop the clock »

117. Le délai dans l'évaluation d'une opération de concentration est arrêté lorsque l'autorité de concurrence envoie une demande de renseignement à une partie. Le délai recommence à courir lorsque l'information est réceptionnée par l'autorité de concurrence. De cette façon, le problème issu de l'insuffisance de temps dans l'évaluation d'une concentration est, si ce n'est résolu, du moins atténué.

Frais

118. Comme certaines autres autorités, l'autorité de concurrence néerlandaise impose des frais de notification aux parties concentratives. Les frais de notifications s'élèvent à 15.000 €, quelle que soit la décision prise par l'autorité de concurrence. Si une procédure en phase II est requise, d'autres frais doivent être payés, qui s'élèvent à 30.000 €, quelle que soit la décision prise par l'autorité de concurrence. Ces rentrées d'argent permettent à l'autorité de concurrence néerlandaise de plus ou moins couvrir les coûts entraînés par les investigations.

Procédure simplifiée

119. Dans la mesure où la majorité des opérations de concentration opérées sur le marché sont insignifiantes du point de vue du droit de la concurrence, l'autorité de concurrence s'est efforcée, afin de gagner en efficacité, à consacrer un minimum de temps aux concentrations indéniablement dénuées d'effets anticoncurrentiels. A cet égard, une première brève évaluation de l'opération notifiée est effectuée avant que toute procédure formelle ne soit lancée. Au cours de cette période antérieure à l'ouverture de la procédure, il est déterminé si l'opération nécessite, en réalité, une enquête approfondie. Pour la majorité des opérations notifiées, il peut, à un stade précoce, déjà être supposé que ces dernières ne soulèveront aucun problème de concurrence. Ces concentrations feront alors l'objet d'une procédure simplifiée.
120. En utilisant les informations présentées dans le formulaire de notification, en contactant d'autres participants du marché, ou par le biais d'autres formes d'enquêtes, il peut être déterminé s'il existe en fait des indices permettant de supposer l'apparition d'effets anticoncurrentiels. Si de tels indices ne peuvent être trouvés, la concentration est autorisée immédiatement. L'autorité de concurrence émet un avis, indiquant que l'opération ne soulève pas de problème d'un point de vue concurrentiel. Cet avis ne présente pas de description détaillée du marché et l'autorité de concurrence ne justifie pas formellement sa décision. Étant donné que cette procédure simplifiée comporte des exigences légales moindres quant à la justification, elle réduit sensiblement le temps passé sur les affaires. Avec une telle procédure

simplifiée, les entreprises obtiennent une autorisation pour leurs projets de concentration en quelques jours seulement, parfois même le jour même de la notification.

121. Si, cependant, les effets concurrentiels de la concentration ne sont pas si clairs, une procédure standard de phase I est lancée et la proposition fait l'objet d'une analyse beaucoup plus approfondie.
122. L'autorité de concurrence fait face à environ 100 notifications de concentrations par an. Sur ces 100 notifications, environ 80 sont traitées par le biais d'une procédure simplifiée. Les 20 autres propositions de concentrations entrent dans une procédure standard de phase I et seulement un quart de ces notifications restantes sont plus complexes et nécessitent une évaluation via une procédure de phase II. Ces chiffres approximatifs montrent clairement l'importance de la première évaluation et de la procédure simplifiée sur une mise en œuvre efficace d'un contrôle des concentrations.
123. Il convient de noter que cette procédure simplifiée n'est pas exclusive à un régime de notification obligatoire. Elle peut également être appliquée dans un système de notification volontaire.

Positions des membres du groupe de travail

Tous les membres du groupe estiment qu'une procédure simplifiée doit être instaurée au sein du contrôle des concentrations luxembourgeois.

Echange avec les tiers

124. L'autorité de concurrence est très désireuse d'inclure les tiers dans ses évaluations et d'obtenir leur avis sur les projets de concentrations. A titre d'exemple, à un stade précoce de l'évaluation des opérations de concentrations, des tiers (comme des concurrents ou des clients) sont interrogés sur leur point de vue à l'égard de la concentration proposée et s'ils estiment que cela pourrait conduire à une entrave importante au jeu de la concurrence.
125. Un second exemple peut être observé dans les cas où des engagements pourraient être nécessaires pour atténuer les effets d'une concentration. Avant la mise en œuvre d'engagements, le contenu et les détails de ces derniers sont envoyés à d'autres participants du marché et une discussion autour d'une table ronde est organisée. L'objectif poursuivi est de faire en sorte que les engagements pris sauront atteindre leur objectif, à savoir assurer le maintien d'une concurrence effective sur le marché.
126. Le point de vue des tiers permet de capturer plusieurs aspects des marchés et

de la concurrence à travers ces concentrations. Les concentrations et engagements approuvés par les concurrents directs ne seront en effet pas susceptibles, pour la majeure partie, d'entraîner d'effets négatifs sur la concurrence.

Positions des membres du groupe de travail

Sur ce point, une position commune est encore à définir pour le groupe de travail. En effet, les avis divergent, entre la volonté de permettre un haut degré de participation des tiers (bénéfique pour le Conseil, si, au démarrage de l'évaluation de l'opération, il ne dispose pas de toutes les informations requises) et une participation minimale, limitée dans le temps. Un autre avis favorise une solution calquée sur le système de la Commission européenne (pas de droit d'accès au dossier, mais les tiers peuvent être source de renseignement, notamment via des questionnaires et demandes d'observations).

VI. Evaluation

1. Moyens d'évaluation

127. Afin d'évaluer si une opération de concentration est susceptible d'entraîner des effets anticoncurrentiels, les autorités de concurrence tentent d'avoir une compréhension précise de la situation concurrentielle sur le marché pertinent et d'évaluer dans quelle mesure cette concentration est susceptible d'altérer cet environnement³⁵. Cette analyse s'effectue en plusieurs étapes, utilisant les différentes caractéristiques des marchés et des entreprises impliquées.
128. La nature de cette analyse dépend particulièrement du type de concentration.
- Horizontale : Une concentration entre des entreprises qui sont actives sur le même marché, fournissant des produits concurrents.
 - Verticale : Une concentration entre des entreprises qui sont dans une relation de client/fournisseur et qui opèrent sur des niveaux différents d'une même chaîne de production.
 - Conglomérales : Une concentration entre des entreprises qui sont actives sur différents marchés et qui ne sont pas dans une relation de client/fournisseur.

³⁵ Cette section est fondée sur : (Bundeskartellamt, 2012), ("Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations", 2013), (OECD, "Policy Roundtables - Economic Evidence in Merger Analysis", 2011) and (OFT, "Merger Assessment Guidelines", 2010).

Analyse contrefactuelle

129. Après avoir identifié le type de concentration, l'autorité de concurrence accomplit une comparaison contrefactuelle. En d'autres termes, elle essaie de comparer deux futurs scénarios relatifs à la situation du marché *post concentration*. Elle tente ainsi de répondre à la question de savoir à quoi le marché ressemblera, dans un futur proche, avec ou sans la réalisation de l'opération de concentration. Puisque les conditions du marché ne varieront probablement pas dans le court-terme, la comparaison se réduit à la comparaison entre l'état actuel et les possibles effets de la concentration.
130. Ce faisant, de nombreux aspects de l'environnement de marché doivent être pris en considération. Par la suite, plusieurs aspects sont listés.

Aspects à prendre en considération :

- Parts de marché et concentration du marché (indice HHI) ;
- Contraintes de capacité ;
- Maturité des marchés ;
- Barrières à l'entrée ;
- Pouvoir de négociation des clients et fournisseurs ;
- Sources alternatives d'approvisionnement des produits et services commercialisés dans les marchés affectés et de leurs substituts ;
- Contexte concurrentiel international ;
- Possibilités et incitations à la mise en œuvre d'une collusion tacite (entente implicite entre des entreprises, sans aucun accord formel).

La liste de ces caractéristiques est cependant loin d'être exhaustive. En réalité, il n'y a pas de liste définitive des caractéristiques qui doivent être prises en compte pour l'analyse du marché. En principe, toute information pourrait être utilisée dans l'évaluation de la situation concurrentielle du marché en cause. En outre, l'importance relative de ces différents aspects varie au cas par cas.

2. Critères d'évaluation

131. Les critères d'évaluation sont à peu près appliqués de la même manière par toutes les ANC. Il existe cependant deux critères différents pour déterminer, en définitive, si une concentration est anticoncurrentielle ou non, à savoir : Le test de dominance et le test de diminution substantielle de la concurrence (« *test of substantive lessening of competition* » ou « *SLC* »).
132. Le *test de dominance* qualifie d'anticoncurrentielles les opérations de concentration si elles créent ou renforcent une position dominante sur le marché. Une position dominante peut être occupée par une entreprise unique ou par plusieurs entreprises (position dominante collective). La dominance est définie par l'absence de pression concurrentielle significative exercée sur la/les entreprises dominantes. Une entreprise dominante est dès lors capable d'agir plus ou moins indépendamment du comportement de ses concurrents, fournisseurs et consommateurs.
133. Une *diminution substantielle de la concurrence* est perçue lorsqu'une concentration réduit de façon significative la concurrence entre des entreprises. L'opération réduit la pression concurrentielle ainsi que les incitations pour les parties concentratives ou leurs concurrents à améliorer les produits et à devenir plus innovant ou efficient. Une telle diminution de la concurrence aurait probablement des effets négatifs visibles sur les consommateurs. Ainsi, l'accent mis sur les effets pour les consommateurs et les prix après une concentration est une caractéristique essentielle du test SLC.
134. Il peut apparaître difficile de distinguer chacun des deux concepts car ils sont en réalité très proches. Il va sans dire que les entreprises occupant une position dominante vont éventuellement augmenter leurs prix au détriment des clients. Réciproquement, pour être capable d'augmenter les prix de façon significative au-dessus des niveaux concurrentiels, un certain pouvoir de marché et de dominance sont requis. Et en effet, en pratique, chacun des tests mène généralement aux mêmes résultats.
135. Cependant, si l'attention des autorités se limite à l'aspect dominance, le test de dominance peut être trompeur, surtout dans certains cas de concentrations verticales ou conglomérales, empêchant ainsi les autorités de concurrence de se concentrer sur les aspects de la concurrence au sein de marchés interposés.
136. D'un autre côté, utiliser la création ou le renforcement d'une position dominante comme un critère d'évaluation peut dans certains cas réduire la charge de la preuve pour l'autorité de concurrence. Il se peut que la dominance d'une entreprise concentrée soit un fait évident sur le marché, rendant les prévisions des conditions et prix des marchés inutiles.

137. Il importe de préciser que le règlement 139/2004³⁶ a opéré un changement important sur ce point, puisque le test que la Commission utilise désormais est le test de l'entrave significative à la concurrence (« *significant impediment to effective competition* » ou « *test SIEC* »). Le règlement 139/2004 modifie en effet l'article 2.2 du règlement 4064/89 qui disposait que :

« Les opérations de concentration qui ne créent pas ou ne renforcent pas une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci doivent être déclarées compatibles avec le marché commun. »

138. L'article 2(2) du règlement 139/2004 dispose désormais que :

« Les concentrations qui n'entraveraient pas de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante, doivent être déclarées compatibles avec le marché commun »

139. Le Livre blanc³⁷ élaboré par la Commission européenne sur le contrôle des concentrations dans l'Union a précisé que ce critère, qui permet de continuer à se fonder sur les précédents de la Commission et la jurisprudence des juridictions de l'Union, a également le mérite d'appréhender de façon plus précise les éventuels effets anticoncurrentiels d'une concentration par rapport à l'ancien test de dominance. En effet, le considérant 25 du règlement 139/2004 précité souligne que ce test devait être interprété comme un test « *s'étendant, au-delà de celui de dominance, seulement aux effets anti-concurrentiels d'une concentration résultant du comportement non coordonné d'entreprises qui n'auraient pas une position dominante sur le marché concerné* ». Selon la Commission, la mise en place du test SIEC a permis d'améliorer son expertise économique et son approche vis-à-vis des concentrations complexes.³⁸

140. Il est donc préconisé que le test SIEC soit adopté par le Conseil de la concurrence.

³⁶ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises ("le règlement CE sur les concentrations") (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE).

³⁷ LIVRE BLANC - Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE (COM/2014/0449 final) du 9 juillet 2014.

³⁸ Un exemple de l'utilisation du critère SIEC peut être observé dans l'affaire Western Digital/Hitachi, Comp/M.6203, décision de la Commission du 23 novembre 2011.

VII. Exceptions

141. Bien que la plupart des régimes de contrôle des concentrations soient très similaires dans leur structure et leur fonctionnement, il est néanmoins possible d'inclure toute exception qui pourrait être vue comme appropriée afin de s'adapter à l'environnement économique national. Ci-après, quelques exemples peuvent être mentionnés :

Différents traitements pour différents secteurs

Allemagne : Les secteurs des institutions de crédit et d'assurance font face à des seuils de notification différents.

Pays-Bas : Les concentrations dans les secteurs de la santé et de l'énergie nécessitent des approbations supplémentaires venant d'organes régulateurs séparés. Le ministre des affaires économiques peut diminuer temporairement (pour un maximum de 5 ans) les seuils pour certains secteurs.

Royaume-Uni : Les secteurs de l'eau et de l'assainissement sont sujets à une procédure différente. Les autorités de concurrence doivent décider en accord avec l'Autorité des services de régulation de l'eau.

Dispositions d'exonération

Malte : Les concentrations qui sont supposées ne pas soulever de doutes quant à leur légalité :

- Prise de contrôle en commun par deux entreprises ou plus et
 - le chiffre d'affaires de l'entreprise commune et/ou le chiffre d'affaires des activités contribuées, est inférieur à 698 812,02 € sur le territoire maltais et ;
 - la valeur totale des capitaux transférés à l'entreprise commune est inférieure à 698 812,02 € sur le territoire maltais.
- Les fusions ou acquisitions d'entreprises sans superposition horizontale ou sans liens verticaux entre elles.
- Les fusions ou acquisitions impliquant des superpositions horizontales ou des liens verticaux mais les parts de marché n'excèdent pas respectivement 15% ou 25%.

Lettonie : La concentration ne doit pas être notifiée si le chiffre d'affaires d'une des deux entreprises dans la concentration pour l'année financière précédente n'a pas excédé 2 134 000 €. Si une concentration implique trois entreprises ou plus, cette exception ne s'applique pas.

VIII. Tableau de comparaison³⁹

<p style="text-align: center;">Commission européenne</p>	<p>Notification obligatoire si :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 5 milliards d'euros et que, - le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans l'UE par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 250 millions d'euros, - à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans l'UE à l'intérieur d'un seul et même pays <p style="text-align: center;">OU</p> <ul style="list-style-type: none"> - le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 2,5 milliards d'euros ; - dans chacun d'au moins trois pays de l'UE, le chiffre d'affaires total réalisé par toutes les entreprises concernées est supérieur à 100 millions d'euros; - dans chacun d'au moins trois pays de l'UE, le chiffre d'affaires total réalisé individuellement par au moins deux entreprises concernées est supérieur à 25 millions d'euros; - le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans l'UE par au moins deux des entreprises
--	---

³⁹ Document de base : (Linklaters, November 2010) - Ces données ont été actualisées sur la base de ce document disponible en ligne : http://www.cmslegal.com/Documents/CMS_Guide_to_Merger_Control_in_Europe_2014_hi-res.pdf.

	<p>concernées représente un montant supérieur à 100 millions d'euros, à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus de deux tiers de son chiffre d'affaires total dans l'UE à l'intérieur d'un seul et même pays.</p> <p>Délais :</p> <p>Phase 1 : 25-35 jours ouvrables</p> <p>Phase 2 : 90-125 jours ouvrables</p>
Belgique	<p>Notification obligatoire si :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Chiffre d'affaires total domestique supérieur à 100 millions € <p>ET</p> <ul style="list-style-type: none"> - au moins deux des entreprises concernées ont chacune un chiffre d'affaires domestique d'au moins 40 millions € <p>Délais :</p> <p>Phase 1 : 40 jours calendaires et 55 si des engagements sont proposés</p> <p>Phase 2 : 60 jours calendaires, 80 jours si des engagements sont proposés</p>
Chypre	<p>Notification obligatoire si :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Au moins deux des entreprises concernées ont chacune un chiffre d'affaires mondial supérieur à 3,4 millions € <p>ET</p> <ul style="list-style-type: none"> - au moins une des entreprises concernées a des « activités commerciales » à Chypre <p>ET</p> <ul style="list-style-type: none"> - plus de 3,4 millions € des chiffres d'affaire totaux mondiaux sont

	<p>relatifs à des biens et services fournis à Chypre</p> <p>OU</p> <ul style="list-style-type: none"> - déclaration du ministre du commerce, de l'industrie et du tourisme à cet effet. <p>Délais :</p> <p>Phase 1 : 1 mois + 14 jours calendaires</p> <p>Phase 2 : 3 mois</p>
<p>Estonie</p>	<p>Notification obligatoire si :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Chiffre d'affaires domestique total supérieur à 6,4 millions € - ET - au moins deux des entreprises concernées ont chacune un chiffre d'affaires domestique supérieur à 1,9 millions €. <p>Délais :</p> <p>Phase 1 : 30 jours calendaires</p> <p>Phase 2 : 4 mois</p>
<p>France</p>	<p>Notification obligatoire si :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Chiffre d'affaires mondial total supérieur à 150 millions € ET - au moins deux des entreprises concernées ont chacune un chiffre d'affaires domestique supérieur à 50 millions €. <p>Des seuils réduits existent pour le secteur du commerce du détail et les territoires et départements d'outre-mer.</p> <p>Délais :</p>

	<p>Phase 1 : 25 jours ouvrables, ajout de 40 jours ouvrables possible.</p> <p>Phase 2 : 65 jours, ajout de 25 jours ouvrables possibles.</p> <p>Véto : Le ministre de l'Economie peut outrepasser les décisions de l'Autorité de concurrence pour des raisons d'intérêt public ou national.</p>
<p>Allemagne</p>	<p>Notification obligatoire si</p> <ul style="list-style-type: none"> - Chiffre d'affaires mondial total supérieur à 500 millions € <p>ET</p> <ul style="list-style-type: none"> - au moins une des entreprises concernées a un chiffre d'affaires domestique supérieur à 25 millions € <p>ET</p> <ul style="list-style-type: none"> - une autre entreprise concernée a un chiffre d'affaires domestique supérieur à 5 millions €. <p>Délais :</p> <p>Phase 1 : 1 mois</p> <p>Phase 2 : 4 mois</p> <p>Véto : Sur requête des parties concentratives, le ministre de l'Economie peut autoriser une concentration qui aurait été bloquée par l'autorité de concurrence, pour des raisons d'intérêt national ou public. Cette autorisation peut être soumise à des engagements et des obligations.</p>
<p>Lettonie</p>	<p>Notification obligatoire si :</p> <ul style="list-style-type: none"> -Chacune des entreprises a un chiffre d'affaires supérieur à 2,13 millions € <p>ET SOIT</p> <ul style="list-style-type: none"> - le chiffre d'affaires total domestique des

	<p>entreprises concernées excède 35,6 millions €</p> <p>OU</p> <p>- les parts de marché totales sont supérieures à 40%.</p> <p>Délais :</p> <p>Phase 1 : 1 mois</p> <p>Phase 2 : 3-4 mois</p>
<p>Lituanie</p>	<p>Notification obligatoire si :</p> <p>- Chiffre d'affaires total excède le montant approximatif de 14.5 millions €</p> <p>ET</p> <p>au moins deux des entreprises concernées ont chacune un chiffre d'affaires domestique supérieur à 1,4 millions €.</p> <p>Le chiffre d'affaire est mondial pour les entreprises lituaniennes et domestique pour les entreprises étrangères.</p> <p>Délais :</p> <p>Phase 1 : 1 mois</p> <p>Phase 2 : 3 mois</p>
<p>Malte</p>	<p>Notification obligatoire si :</p> <p>- Chiffre d'affaires domestique total supérieur à 2 329 373 €</p> <p>ET</p> <p>- chiffre d'affaires domestique de chaque entreprise supérieur de 10% au chiffre d'affaires mondial total.</p> <p>Délais :</p> <p>Phase 1 : 6 semaines – 2 mois (si des</p>

	<p>engagements sont proposés)</p> <p>Phase 2 : 4 mois – 5 mois (extension possible de 4 à 5 mois)</p>
Pays-Bas	<p>Notification obligatoire si :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Chiffre d'affaires mondial total supérieur à 113,45 millions € dans l'année calendaire inférieure <p>ET</p> <ul style="list-style-type: none"> - au moins deux des entreprises concernées ont chacune un chiffre d'affaires local d'au moins 30 millions € <p>Délais :</p> <p>Phase 1 : 4 semaines</p> <p>Phase 2 : 13 semaines</p> <p>Véto :</p> <p>Le ministre de l'Economie peut outrepasser les décisions prises par l'autorité de concurrence</p>
Slovénie	<p>Notification obligatoire si :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Chiffre d'affaires domestique total excède 35 millions € <p>ET</p> <ul style="list-style-type: none"> - l'entreprise cible a un chiffre d'affaires domestique supérieur à 1 million €. <p>Un « <i>post completion filing</i> » peut être requis si les parties ont une part de marché slovène supérieure à 60%.</p> <p>Délais</p> <p>Phase 1 : 25 -40 jours ouvrables</p> <p>Phase 2 : 60 – 75 jours ouvrables</p>

<p>Royaume-Uni</p>	<p>Notification volontaire si</p> <ul style="list-style-type: none"> - Chiffre d'affaires de l'entreprise cible est supérieur à 70 millions £ <p>OU</p> <ul style="list-style-type: none"> - suite à la concentration, au moins 25 % de tous les biens ou services produits ou consommés au Royaume-Uni ou dans une part substantielle du Royaume-Uni sont fournis par les entreprises parties à la concentration. <p>Délais :</p> <p>Phase 1 : 20 – 30 jours ouvrables (avis de concentration) ou 40 jours ouvrables (soumission informelle)</p> <p>Phase 2 : 24 – 32 semaines</p>
<p>Australie</p>	<p>Notification volontaire. Pas de seuils (l'autorité de concurrence recommande la notification lorsque les parts de marchés après la concentration seraient supérieures à 20% du marché pertinent).</p>
<p>Singapour</p>	<p>Notification volontaire :</p> <p>Seuils indicatifs en-dessous desquels la Commission de la concurrence estime qu'il est peu probable que l'opération de concentration soulève des problèmes au regard du droit de la concurrence. Même si ces seuils sont dépassés, aucune obligation légale de notifier n'est imposée.</p> <p>Délais :</p> <p>Phase 1 : 30 jours ouvrables</p> <p>Phase 2 : 120 jours ouvrables</p>

IX. Remarques conclusives

142. Après avoir considéré les différents aspects et alternatives de régimes de contrôle des concentrations, la question qui se pose est de savoir à quelle forme pourrait prendre un éventuel contrôle des concentrations adapté au Grand-Duché.

Notification volontaire

143. En ce qui concerne le régime de notification, un système de notification volontaire offre des perspectives prometteuses. Même si ce système est utilisé par des pays qui sont assez différents du Luxembourg, il pourrait néanmoins être approprié pour l'instauration d'un régime de contrôle des concentrations.

144. En premier lieu, il pourrait limiter les coûts associés aux investigations de contrôle des concentrations, un point d'une importance primordiale pour une petite autorité de concurrence. En outre, il réduirait les coûts pour les entreprises, en faisant l'économie d'une notification qui pourrait s'avérer inutile.

145. En second lieu, puisque le Luxembourg n'a pour l'instant aucune expérience dans l'exercice d'un contrôle des concentrations, il serait difficile de déterminer des seuils appropriés de notification. En effet, le faible nombre de concentrations estimé limiterait la portée de l'apprentissage d'un tel exercice tant pour le Conseil que pour les entreprises. Un système de notification volontaire serait une solution adéquate à ce problème.

146. Il n'est pas exclu que, d'un système de notification volontaire, le Grand-Duché aille par la suite vers l'instauration d'un système de notification obligatoire. Cette première phase, basée sur des notifications volontaires, permettrait, d'une part, aux opérateurs économiques de s'habituer à un tel changement et, d'autre part, à l'autorité de concurrence de gagner une expérience importante dans le traitement des concentrations, facilitant une fixation de seuils de notification et l'introduction d'éventuelles modifications et/ou ajustements du régime dans un second temps.

Seuils

147. La nécessité de seuils est évidente dans un système de notification obligatoire. Pour autant, même un régime de notification volontaire pourrait s'accompagner de seuils pour lesquels un contrôle des concentrations s'appliquerait (voir par exemple le Royaume-Uni).

148. Il est de pratique usuelle de fonder les seuils sur un critère objectif, à savoir les chiffres d'affaires et il semble recommandé d'adopter cette tendance. Cela assurerait une comparabilité internationale, surtout avec les régimes de contrôle environnants. Plus encore, le coût imposé aux entreprises quant au calcul de critères structurels, tels que les parts de marchés, semble inadéquat étant donné leur complexité.
149. Un second point important est de s'assurer que les entreprises faisant l'objet d'un futur contrôle des concentrations luxembourgeois aient une activité économique et un impact économique réels au Luxembourg. Ainsi, l'emploi de seuils domestiques semble évident.
150. Dans un système de notification volontaire, des seuils critiques tels qu'au Royaume-Uni, serviraient à exercer une sorte de dispositions d'exonération. En dessous de ces seuils, l'autorité de concurrence n'engagerait aucune investigation sous l'égide d'un contrôle des concentrations. Cela améliorerait la sécurité juridique pour les entreprises.

Evaluation

151. Ne serait-ce que pour faire profiter le Conseil de la concurrence des nombreuses références, de décisions et de jurisprudence, le groupe de travail privilégie le test SIEC (« *significant impediment to effective competition* ») comme étant le mieux approprié pour évaluer la licéité des opérations de concurrence.
152. Enfin, après avoir considéré les différentes pistes de réflexion à propos des régimes de contrôle de concentrations tout au long des chapitres 1 à 4, ces aspects apparaissent comme les plus appropriés et recommandés pour un possible régime de contrôle de concentration au Luxembourg. Notamment, l'emploi d'un système de notification volontaire sans aucun seuil, possiblement renforcé par une procédure simplifiée. Cette approche assurerait un contrôle des concentrations efficace et utile au Luxembourg et par conséquent contribuerait à améliorer de façon substantielle la politique de la concurrence au Grand-Duché, en dotant le Conseil de la concurrence d'un instrument préventif.

Exception

153. A l'image d'autres juridictions, il serait envisageable qu'un droit d'évocation soit attribué au ministre de l'Economie afin qu'il puisse, pour des raisons d'intérêts publics à définir⁴⁰, passer outre la décision du Conseil de la

⁴⁰ Cf. article L.430-7-1-II du Code de commerce français: « dans un délai de vingt-cinq jours ouvrés à

concurrence prohibant une opération de concentration sur base de considérations d'ordre purement concurrentiel.

compter de la date à laquelle il a reçu la décision de l'Autorité de la Concurrence ou en a été informé en vertu de l'article L.430-7, le ministre chargé de l'économie peut évoquer l'affaire et statuer sur l'opération en cause pour des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence et, le cas échéant, compensant l'atteinte porte à cette dernière par l'opération.

Les motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence pouvant conduire le ministre chargé de l'économie à évoquer l'affaire sont, notamment, le développement industriel, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale ou la création ou le maintien de l'emploi. »

Références

1. Autorité de la concurrence (2013). "Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations". Autorité de la concurrence (France).
2. Norton Rose Fulbright (2015). "Merger Control Survey 2015". Norton Rose Fulbright.
3. Ashurst. (2015). "UK Merger Control".
4. Bollard, A. E. (1994). "The Role of Antitrust in a Small Open Economy: The Commerce Act in New Zealand". *Review of Industrial Organization*, 674-694.
5. Bundeskartellamt. (2012). "Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle".
6. Carlton, D., & Gerntner, R. (2003). "Intellectual Property, Antitrust and Strategic Behaviour". Dans A. Jaffe, & J. Lerne, *Innovation Policy and the Economy*. Cambridge, MA: MIT Press.
7. Choe, C., & Shekhar, C. (2010). "Compulsory or Voluntary Pre-merger Notification? Theory and Some Evidence". *International Journal of Industrial Organisation* Vol. 28, No. 1.
8. Coate, M. B. (2002). "A test of Political Control of the Bureaucracy: The Case of Mergers". *Economics and Politics*.
9. Crandall, R. W., & Winston, C. (2003). "Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence". *Journal of Economic Perspectives*, Vol.17.
10. Davies, S. (1980). "Minimum Efficient Scale and Seller Concentration: An empirical Problem". *The Journal of Industrial Economics* Vol. 28, No.3, 287-301.
11. Duso, T., Gugler, K., & Szücs, F. (2013). "An Empirical Assessment of the 2004 EU Merger Policy Reform". *The Economic Journal*.
12. Duso, T., Gugler, K., & Yurtoglu, B. B. (2011). "How effective is European merger control?". *European Economic Review* (55), 980-1006.
13. Duso, T., Neven, D. J., & Röller, L.-H. (2007). "The Political Economy of European Merger Control: Evidence using Stock Market Data". *Journal of Law*

and Economics Vol.50, No.3, 455-489.

14. Evans, K. D., Siegfried, J. J., & Sweeney, G. H. (1983). "The Economic Costs of Suboptimal Manufacturing Capacity". *The Journal of Business* Vol. 56, No. 1, 55-76.
15. Gal, M. S. (2003). "Competition Policy for Small Market Economies". Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvard University Press.
16. Horn, H., & Stennek, J. (2002). "EU merger control and smaller member states interests". Dans *Pros and Cons of Merger Control* (pp. 83-117). Göteborg: Swedish Competition Authority.
17. ICN. (2008). *Setting Notification Thresholds for Merger Review*. Merger Working Group - Notification and Procedures Group- ICN Annual Conference. Kyoto: ICN.
18. ICN. (2009). "Competition Law in Small Economies". 8th Annual Conference. Zurich: ICN.
19. LinkLaters. (November 2010). "Global Counsel" Issue 1.
20. Muller, R. A. (1982). "The Eastman-Stykolt hypothesis reconsidered". *The Canadian Journal of Economics* Vol.15, No.4, 757-765.
21. OECD. (2003). "Small Economies and Competition Policy: A Background Paper".
22. OECD. (2011). "Policy Roundtables - Economic Evidence in Merger Analysis".
23. OECD. (2011). "R&D expenditure". OECD Science, Technology and Industry Scoreboard, 2011. OECD Publishing.
24. OFT. (2002). "The Analytical Framework for Merger Control". First annual conference. Neaples: ICN Meger Working Group.
25. OFT. (2010). "Merger Assessment Guidelines". Competition Commission and the Office of Fair Trading.
26. Office of Regualtion Review (1995). *Pre-merger notification and the Trade Practices Act 1974*. Office of Regulation Review (Australia).
27. Pryor, F. L. (1972). "International Comparison Of Concentration Ratios". *Review of Economics and Statistics* Vol.54, No.2, 130-140.

- 28.** Schaeffler, F., & Culhane Harper, M. (2012, August). "Brazil's New Merger Control Regime and Its Likely Impact on Cross Border Transactions". The Antitrust Source.
- 29.** Seldeslachts, J., Clougherty, J. A., & Barros, P. P. (2009). "Settle for Now but Block for Tomorrow: The Deterrence Effects of Merger Policy Tools". Journal of Law and Economics, Vol.52, No.3, 607-634.
- 30.** Sørgaard, L. (2009). "Optimal merger policy: Enforcement vs deterrence". Journal of Industrial Economics, 57, 438-456.
- 31.** Weiss, L. W. (1963). "Factors in Changing Concentration". The Review of Economics and Statistics Vol. 45, No.1, 70-77.
- 32.** Williams, P. L., & Woodbridge, G. (2004). "Antitrust Merger Policy: Lessons from the Australian Experience. University of Chicago Press.