



**LE MARCHÉ COMMUN DE L'AFRIQUE ORIENTALE ET
AUSTRALE, COMESA**



**DIRECTIVES SUR L'ÉVALUATION DES
FUSIONS DU COMESA**

31 octobre 2014

**ÉTABLIES EN VERTU DU
RÈGLEMENT DU COMESA RELATIF À LA CONCURRENCE DE
2004**

TABLE DES MATIÈRES

DÉFINITIONS	1
VUE D'ENSEMBLE	3
DÉCLARATION DE RESPONSABILITÉ	3
CITATION	3
SECTION 1	4
INTRODUCTION	4
SECTION 2	5
DÉFINITION D'UNE « FUSION » SELON LE RÈGLEMENT	5
DÉFINITION D'UNE « FUSION » SELON LE RÈGLEMENT	5
AUTRES MOYENS DE CONTRÔLE	7
ENTREPRISES COMMUNES.....	7
RESTRUCTURATION, LIQUIDATION ET AUTRES QUESTIONS	8
ACQUISITION D'ACTIFS.....	9
SECTION 3	10
LIEN TERRITORIAL	10
DIMENSION RÉGIONALE, EFFET SENSIBLE SUR LE COMMERCE, RESTRICTION DE LA CONCURRENCE.....	10
CALCUL DU CHIFFRE D'AFFAIRES ET DE LA VALEUR DES ACTIFS	12
SECTION 4	16
CONSULTATION PRÉALABLE À LA NOTIFICATION ET LETTRES DE CONFORT 16	
CONSULTATION PRÉALABLE À LA NOTIFICATION.....	16
LETTRES DE CONFORT	16
SECTION 5	19
PROCÉDURE DE NOTIFICATION	19
DÉLAI DE SOUMISSION DE LA NOTIFICATION.....	19
FORMULAIRE DE NOTIFICATION ET PROCÉDURE DE SOUMISSION	19
INFORMATIONS CONFIDENTIELLES	20
FRAIS DE NOTIFICATION	21
CLÔTURE DE LA PROCÉDURE DE NOTIFICATION	22
ABANDON DE FUSION.....	23
RENOI AUX AUTORITÉS DES ÉTATS MEMBRES	23
CONSÉQUENCE D'UN DÉFAUT DE NOTIFICATION ET DE LA MISE EN ŒUVRE DES FUSIONS.....	25

SECTION 6	26
ÉVALUATION DE LA FUSION	26
GÉNÉRAL.....	26
PHASE 1.....	27
PHASE 2.....	28
ORDONNANCES DE LA COMMISSION	29
APPELS.....	30
SECTION 7	32
LES CONSIDÉRATIONS PENDANT L'ÉVALUATION DES FUSIONS	32
EMPÊCHEMENT OU DIMINUTION SENSIBLE DE LA CONCURRENCE.....	32
THÉORIES DU PRÉJUDICE ET DES GAINS D'EFFICACITÉ.....	32
LE SCÉNARIO « CONTREFACTUEL » ET L'APPROCHE DE LA COMMISSION...	33
Le scénario de l'entreprise défailante.....	34
Scénario relatif à la perte d'arrivants potentiels.....	36
Offres concurrentes et fusions parallèles	36
SECTION 8	38
LES APPROCHES ET MÉTHODES ANALYTIQUES	38
INTRODUCTION	38
DÉFINITION DE MARCHÉ	39
LES MESURES DE CONCENTRATION.....	39
TYPES DE FUSIONS ET THÉORIES DU PRÉJUDICE.....	40
Fusions horizontales.....	40
Fusions non horizontales.....	50
ENTRÉE ET EXPANSION	57
Opportunité.....	58
Probabilité	58
Suffisance.....	59
ÉVALUATION DES GAINS D'EFFICACITÉ	59
Gains d'efficacité du côté de l'offre	62
Gains d'efficacité du côté de la demande	64
PUISSANCE D'ACHAT COMPENSATRICE	64
LA SUPPRESSION D'UNE ENTREPRISE DITE FRANC-TIREUR	66
LES EFFETS DES FUSIONS ENTRE ACHETEURS CONCURRENTS	67

DÉFINITIONS

Sauf indication contraire ci-dessus, les termes utilisés dans ces directives auront les définitions prévues à l'article 1 du Règlement. Ainsi, l'on entend par :

« **Entreprise acquéreuse** » une entreprise qui à l'issue d'une fusion :

- (a) directement ou indirectement, acquiert l'ensemble ou une partie des affaires d'une société ou établit un contrôle direct ou indirect sur une autre société ; ou
- (b) exerce un contrôle direct ou indirect sur l'ensemble ou une partie des affaires de l'entreprise visée au point a).

Aux fins des présentes directives, dans le cas d'une fusion donnant lieu à une entreprise commune, à une concentration ou à un regroupement d'entreprises, chaque entreprise contrôlant l'entreprise commune, ou devenue une concentration ou un regroupement d'entreprises, sera considérée comme entreprise acquéreuse.

« **Commission** » la Commission de la concurrence du COMESA.

« **Comité** » le Comité chargé des déterminations initiales, en vertu de l'Article 13 (4) du Règlement.

« **Règles de concurrence** » les Règles de concurrence du COMESA.

« **Jour** » un jour calendaire. Conformément à la Règle 3 (2) des Règles de concurrence, lorsqu'un délai prescrit en vertu des présentes Règles expire un samedi, un dimanche ou un jour férié au Malawi, ce délai peut être étendu au prochain jour ouvrable. La livraison de documents à la Commission ne sera considérée comme ayant été reçue que si elle a lieu pendant les heures de bureau de la Commission.

« **Directeur** » le Directeur de la Commission désigné par le Conseil en vertu de l'Article 9 du Règlement.

« **Entreprise fusionnée** » la ou les entreprises qui résultent de la fusion de la ou des entreprises acquéreuses et de la ou des entreprises cibles.

« **Partie à la fusion** » toute entreprise acquéreuse ou toute entreprise cible.

« **Partie notificante** » la partie envoyant seule ou les parties envoyant conjointement une notification à la Commission. Aux fins des présentes directives, la partie notificante doit être composée d'au moins une des entreprises acquéreuses ; toute mesure devant être prise par la partie notificante et toute communication devant être adressée à celle-ci doivent être entreprises par toutes les parties constituant la partie notificante ou envoyées à l'ensemble desdites parties.

« **Partie** » toute partie à la fusion et, à la réalisation de la fusion, toute entreprise fusionnée.

« **Phase 1** » la phase initiale de l'évaluation d'une fusion par la Commission.

« **Phase 2** » la deuxième phase de l'évaluation d'une fusion par la Commission.

« **Règlement** » le Règlement du COMESA relatif à la concurrence.

« **Règles sur le seuil de notification** » les Règles du COMESA sur la détermination du seuil de notification des fusions de 2012.

« **Un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence** » toute prévention ou diminution substantielle de la concurrence dans le marché commun, compte tenu des gains d'efficacité spécifiques à une fusion, ou d'autres effets de la fusion en faveur de la concurrence.

« **Entreprise cible** » une entreprise

(a) dont l'ensemble ou une partie des affaires est directement ou indirectement contrôlé par une entreprise acquéreuse suite à une fusion ; ou

(b) qui transfère, suite à une fusion, directement ou indirectement le contrôle direct ou indirect de l'ensemble ou d'une partie de ses affaires à l'entreprise acquéreuse.

Aux fins des présentes directives, dans le cas d'une fusion aboutissant à une entreprise commune, à une concentration ou à un regroupement d'entreprises, chaque entreprise qui contrôle l'entreprise commune, ou la concentration ou le regroupement d'entreprises, sera considérée comme une entreprise cible.

« **Traité** » le traité établissant le Marché commun de l'Afrique orientale et australe.

« **Entreprise** » une entreprise telle que définie à l'Article 1er du Règlement, comprenant toute « toute personne publique ou privée, impliquée dans la production ou le commerce de produits ou la fourniture de services ». Aux fins des présentes directives, une personne ou une entreprise y détenant une participation est considérée comme « impliquée dans la production ou le commerce de produits ou la fourniture de services » et donc vue comme une entreprise. Le Règlement, les Règles de concurrence et les Règles sur le seuil de notification font également référence à des « sociétés » et, aux fins des présentes directives, ces références sont interchangeables avec le terme « entreprises ».

VUE D'ENSEMBLE

Ces directives visent à orienter les parties envisageant ou procédant actuellement à une opération de fusion au sein du Marché commun. Les présentes directives établissent les mécanismes permettant de déterminer si une opération est une fusion à notification obligatoire en vertu du Règlement, les obligations procédurales des parties à une telle fusion, ainsi que les éléments de fond et de procédure pris en compte lors de l'évaluation d'une fusion.

DÉCLARATION DE RESPONSABILITÉ

Les informations contenues dans cette publication sont données à titre indicatif. Elle ne constitue pas un avis juridique et ne doit pas être considérée comme des règles de droit. Les parties doivent obtenir un avis juridique en cas de doute concernant un comportement susceptible d'enfreindre le Règlement. Cette publication reflète le point de vue de la Commission au moment de la publication. En fonction de l'évolution de la théorie économique, de la pensée juridique et des meilleures pratiques, la Commission pourrait réviser les directives de temps en temps pour tenir compte de la situation actuelle.

CITATION

Les présentes directives peuvent être citées de la manière suivante : « Les directives du COMESA sur l'évaluation des fusions de 2014 ».

SECTION 1

INTRODUCTION

- 1.1 L'Article 55 du Traité stipule que toute entente entre entreprises ainsi que toute pratique concertée dont l'objet ou l'effet a pour objectif ou effet la prévention, la limitation ou la distorsion de la concurrence sur le Marché commun est interdite. Il autorise, en outre, le Conseil des Ministres du COMESA à : « *définir des règlements en vue de réguler la concurrence au sein des États membres.* »
- 1.2 Le Règlement, formulé en vertu du Traité, établit la Commission et lui donne le pouvoir de réglementer la concurrence sur le Marché commun. Comme indiqué à l'Article 2 du Règlement, il vise : « *à promouvoir et à encourager la concurrence en empêchant les pratiques commerciales restrictives et d'autres limitations qui découragent le fonctionnement efficace du marché ainsi qu'à augmenter le bien-être des consommateurs sur le Marché commun, et à protéger les consommateurs contre les comportements nuisibles des acteurs du marché.* »
- 1.3 Le champ d'application du Règlement est défini à l'Article 3. Elles s'appliquent aux activités économiques « *ayant lieu sur le Marché commun ou ayant un effet dans le COMESA* ». En ce qui concerne les pratiques anticoncurrentielles, le contrôle des fusions et la protection des consommateurs, en vertu de l'Article 3 (2), le champ d'application du Règlement s'étend aux comportements ayant « *un effet appréciable sur les échanges commerciaux entre les États membres et limitant le jeu de la concurrence sur le Marché commun.* » Toutefois, l'Article 4 exclut l'application du Règlement à certains arrangements de convention collective, à certaines activités des syndicats et des associations professionnelles et à la jouissance directe des privilèges et protections conférés par d'autres lois protégeant la propriété intellectuelle, à condition que ces derniers ne soient pas utilisés de manière à provoquer des effets anticoncurrentiels interdits par le Règlement.
- 1.4 Le Règlement prend en compte le contrôle des fusions dû fait de la possibilité que certaines fusions affectent le commerce entre les États membres et restreignent la concurrence sur le Marché commun. L'approche consiste à exiger que certaines fusions fassent l'objet d'une notification et d'une évaluation par la Commission afin de permettre à celle-ci de réglementer les fusions susceptibles d'entraîner une diminution substantielle de la concurrence. Les comportements non susceptibles d'entraîner un effet sensible sur le commerce entre États membres ou de restreindre la concurrence dans le marché commun ne relèvent pas du champ d'application du Règlement, y compris le contrôle des fusions.

SECTION 2

DÉFINITION D'UNE « FUSION » SELON LE RÈGLEMENT

- 2.1 L'Article 23 du Règlement définit ce qu'est une « fusion » et précise quand elle doit être notifiée ou pas. L'Article 24 (1) exige que les « fusions à notification obligatoire », c'est-à-dire celles ayant une « dimension régionale » et dépassant un « seuil » déterminé (comme indiqué à la section 3), soient notifiées à la Commission.

DÉFINITION D'UNE « FUSION » SELON LE RÈGLEMENT

- 2.2 Selon l'Article 23 (1) du Règlement, par « fusion » l'on entend l'acquisition directe ou indirecte ou l'établissement d'une participation majoritaire par une ou plusieurs personnes dans l'ensemble ou une partie de l'entreprise commerciale d'un concurrent, fournisseur, client ou autre personne que ladite participation majoritaire soit ou non réalisée suite à :

- (a) l'achat ou la prise à bail des actions ou des actifs d'un concurrent, fournisseur, client ou autre personne ;
- (b) la concentration ou regroupement avec un concurrent, fournisseur, client ou autre personne ; ou
- (c) tous moyens autres que ceux indiqués dans le paragraphe a) ou b).

- 2.3 À ces fins, l'Article 23 (2) du Règlement définit une « participation majoritaire » comme suit :

- (a) En ce qui concerne une entreprise signifie toute participation qui permet à son détenteur d'exercer, directement ou indirectement, un contrôle de quelque nature que ce soit sur les activités ou les actifs de l'entreprise ; et
- (b) En ce qui concerne un élément d'actif signifie toute participation qui permet à son détenteur d'exercer, directement ou indirectement, tout contrôle de quelque nature que ce soit sur les actifs.

- 2.4 Comme l'indiquent les expressions « toute participation » et « tout contrôle » de l'Article 23 (2), le contrôle peut prendre de nombreuses formes. Il comprend divers types de droits (par exemple, droits de propriété et contractuels), pouvant être acquis au cours d'une ou plusieurs transactions, pouvant être exercés directement ou indirectement (par exemple, par l'intermédiaire d'une entreprise agissant en tant qu'entité) et pouvant être exercés par divers moyens (par exemple, vote de titres, gestion d'une entreprise ou de ses actifs et autres).

- 2.5 Toutefois, ces diverses formes de contrôle potentielles ne diluent pas la qualité intrinsèque du contrôle lui-même. La Commission considère le « contrôle » comme découlant des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement, et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité

d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise ou d'un actif. La possibilité qu'une personne exerce une influence déterminante sur une entreprise ou un actif doit être évaluée au cas par cas. Il est important de prendre en compte l'ensemble des relations avec la personne et l'entreprise ou l'actif concerné à la lumière du contexte commercial, notamment en considérant le comportement concurrentiel de l'entreprise concernée, y compris son orientation stratégique et sa capacité à définir et à atteindre ses objectifs commerciaux.

2.6 Nonobstant le caractère général de la Section 2.5, pour déterminer si une personne a la possibilité d'exercer une influence déterminante sur une entreprise, la Commission tiendra compte, entre autres, du fait que cette personne, directement ou indirectement :

- (a) peut déterminer la majorité des votes pouvant être exprimés lors d'une assemblée générale de l'entreprise ;
- (b) peut désigner la majorité des directeurs de l'entreprise ou d'y opposer son veto ;
- (c) peut déterminer la nomination des cadres supérieurs, la politique commerciale stratégique, le budget ou le plan d'entreprise de la société ; ou
- (d) détient une participation majoritaire dans une entreprise intermédiaire qui, à son tour, détient une participation majoritaire dans l'entreprise.

2.7 Nonobstant les Sections 2.5 et 2.6, la Commission considère que l'acquisition de titres sans droit de vote ne confère pas à elle seule la possibilité d'exercer une influence déterminante sur une entreprise. Par ailleurs, la Commission estime que la simple acquisition d'une participation minoritaire en dessous de 15 % des titres avec droit de vote dans une entreprise, détenue uniquement à des fins d'investissement passif et sans influence sur les affaires de l'entreprise, ne peut conférer la possibilité d'exercer une influence déterminante sur une entreprise. La Commission considérera que ces titres ne constituent pas une « participation majoritaire » et, par conséquent, n'entraîne pas une « fusion ».

2.8 Dans certains cas, une participation minoritaire dans une entreprise peut inclure certains droits, tels que la possibilité d'opposer son veto à des décisions essentielles relatives à la stratégie commerciale de l'entreprise. Ces droits doivent être examinés dans leur ensemble pour évaluer s'ils constituent ou non une « participation majoritaire ». En général, la Commission estime que ces droits ne confèrent pas la possibilité d'exercer une influence déterminante, sauf s'ils concernent des décisions portant sur la nomination de cadres supérieurs, la stratégie commerciale, le budget ou le plan d'entreprise. Chaque fois qu'une participation minoritaire dans une entreprise est modifiée, les parties doivent examiner si la nouvelle participation minoritaire équivaut à une « participation majoritaire ». Lorsque la nouvelle participation minoritaire équivaut à une « participation majoritaire », on parle de fusion.

AUTRES MOYENS DE CONTRÔLE

- 2.9 Lorsque le contrôle d'une entreprise ou d'un actif n'est pas établi par l'achat ou la prise à bail d'actions ou d'actifs ou par la réalisation d'une concentration ou d'un regroupement de sociétés, mais établi par d'autres moyens prévus à l'Article 23 (1) (c) du Règlement (par exemple, la sortie d'un actionnaire, sur une base contractuelle ou autre), ces moyens doivent conférer la possibilité d'exercer une influence déterminante comme dans le cas d'un achat ou d'une prise à bail d'actions ou d'actifs pour que l'accord soit considéré comme une « fusion ».
- 2.10 La Commission considère que les moyens de contrôle purement contractuels, tels que l'exploitation dans le cadre d'un contrat de services de gestion, ne peuvent conférer la possibilité d'exercer une influence déterminante (et ils ne peuvent donc être considérés comme des fusions) que si les contrats sont de longue durée. Les contrats d'externalisation ne confèrent pas la possibilité d'exercer une influence déterminante, sauf si les actifs et le personnel associés au service constituant l'ensemble ou une partie de l'entreprise (c'est-à-dire l'entreprise ayant accès au marché, y compris les clients autres que le client externalisateur) sont transférés au sous-traitant pour une longue période. Aux fins de la Section **Error! Reference source not found.**, cette longue période est généralement de cinq ans ou plus, bien que l'ensemble des droits, y compris ceux relatifs à la résiliation anticipée et au renouvellement, doivent être pris en compte. Les considérations visées à la Section **Error! Reference source not found.** n'affectent pas l'application de la 3e partie du Règlement concernant les accords entre entreprises.

ENTREPRISES COMMUNES

- 2.11 Certaines entreprises communes impliquent l'intégration de certaines parties des activités commerciales des entreprises à l'entreprise commune, y compris un apport d'actifs productifs à la nouvelle entreprise commune. Cela peut conduire à la réduction ou à l'élimination de la concurrence entre les entreprises de l'entreprise commune dans le domaine d'activité de celle-ci. Cela dépend de la permanence relative de l'entreprise commune et du degré d'autonomie dont elle jouit par rapport à ses sociétés mères.
- 2.12 Pour qu'une entreprise commune soit considérée comme une « fusion » au sens de l'Article 23 (1) du Règlement, elle doit être une entreprise commune de « plein exercice ». Cela signifie qu'elle doit accomplir, sur une longue période (aux fins de la section 2.12, il s'agit d'une période de plus de 5 ans), toutes les fonctions exercées par une entité économique autonome, y compris :
- (a) opérer sur un marché et accomplir les fonctions normalement exercées par les autres entreprises sur le même marché ; et
 - (b) posséder un personnel d'encadrement se consacrant à ses activités quotidiennes et avoir accès à toutes les ressources nécessaires, en termes de financement, de personnel et d'actifs (corporels et incorporels), pour

exercer son activité pendant une longue durée à l'intérieur de la zone prévue à cet effet dans l'accord d'entreprise commune.

Une entreprise commune établie pour une période déterminée (par exemple, dans le cadre d'un grand projet de construction) ne sera pas considérée comme étant active sur une longue période.

- 2.13 La Commission considérera qu'une entreprise commune n'est pas de « plein exercice » si elle ne reprend qu'une seule fonction spécifique parmi les activités économiques de ses sociétés mères, sans avoir accès au marché. C'est le cas, par exemple, des entreprises communes dont le rôle se limite à la recherche et au développement ou à la production. Ces entreprises communes jouent un rôle d'auxiliaire pour les activités économiques de leurs sociétés mères. Tel est aussi le cas de l'entreprise commune qui a essentiellement pour activité de distribuer ou de vendre les produits de ses sociétés mères et agit dès lors principalement comme un comptoir de vente. Toutefois, le fait qu'une entreprise commune utilise le réseau de distribution ou les points de vente de l'une ou de plusieurs de ses sociétés mères ne remet normalement pas en cause son caractère d'entreprise commune de plein exercice, dès lors que les sociétés mères n'agissent qu'en tant qu'agents de l'entreprise commune, distribuant les produits ou services de l'entreprise commune elle-même.
- 2.14 La forte présence des sociétés mères sur les marchés en amont ou en aval est un facteur à prendre en considération pour évaluer le caractère pleinement fonctionnel d'une entreprise commune lorsque cette présence occasionne des ventes ou des achats notables entre les sociétés mères et l'entreprise commune. Si l'entreprise commune est presque totalement tributaire des ventes à ses sociétés mères ou des achats auprès de celles-ci uniquement pendant une phase de démarrage initiale (de trois ans, par exemple), cela n'affecte normalement pas le caractère de « plein exercice » de l'entreprise commune. En effet, cette phase de démarrage peut être nécessaire à l'implantation de l'entreprise commune sur un marché donné. La phase de démarrage repose sur la dynamique du marché en question.
- 2.15 Si l'entreprise commune vend ou est censée vendre plus de la moitié de sa production à des personnes autres que ses sociétés mères, elle sera généralement considérée comme étant de « plein exercice ».

RESTRUCTURATION, LIQUIDATION ET AUTRES QUESTIONS

- 2.16 Selon la Commission, une restructuration interne au sein d'un groupe d'entreprises (lorsqu'une entreprise contrôle déjà l'autre entreprise ou les entreprises concernées sont contrôlées en dernier ressort par la même entreprise) ne constitue pas une acquisition ou une « participation majoritaire » et ne peut donc pas être considérée en tant que « fusion » au sens du Règlement.

- 2.17 Une prise de contrôle par un liquidateur, conformément aux lois d'un État membre relatives à la liquidation, à la dissolution et à d'autres questions du même ordre ne sera pas considérée comme constituant une « fusion ».
- 2.18 La Commission ne qualifiera pas le transfert de propriété d'une entreprise acquise par un acheteur provisoire en vue d'une revente à un acquéreur final dans un délai de moins d'un an selon le cours normal des affaires (par exemple, un preneur ferme d'actions dans le cadre d'une offre publique) comme l'acquisition d'une « participation majoritaire », sauf si le propriétaire provisoire exerce directement ou indirectement une influence déterminante sur l'entreprise.
- 2.19 La Commission examinera au cas par cas les autres transactions conclues uniquement à des fins de financement. Les parties peuvent demander des consultations avec la Commission avant le dépôt d'une notification en vertu de la Section 4 prévue à cet égard.

ACQUISITION D'ACTIFS

- 2.20 Si l'objet du contrôle peut comprendre les actifs d'une entreprise par opposition aux actions d'une entreprise, la prise de contrôle d'actifs sera considérée comme une fusion au sens de l'Article 23 (1) uniquement si ces actifs constituent l'ensemble ou une partie d'une entreprise. Par conséquent, les actifs doivent constituer une activité ayant une présence sur le marché à laquelle on puisse rapporter un chiffre d'affaires déterminé.

SECTION 3

LIEN TERRITORIAL

DIMENSION RÉGIONALE, EFFET SENSIBLE SUR LE COMMERCE, RESTRICTION DE LA CONCURRENCE

- 3.1 Selon l'Article 24 (1) du Règlement, les « fusions à notification obligatoire » doivent être notifiées à la Commission. L'Article 23 du Règlement définit un cadre permettant d'identifier les « fusions à notification obligatoire ».
- 3.2 L'Article 23 (5) définit une « fusion à notification obligatoire » comme une fusion ou un projet de fusion ayant « dimension régionale » et avec « une valeur égale ou supérieure au seuil » de chiffre d'affaires ou d'actifs prescrit par le Conseil de la Commission en vertu de l'Article 23 (4). Conformément au paragraphe 3 de l'Article 23, l'Article 23 s'applique dans les cas suivants :
- (a) la firme acquéreuse et la firme cible fonctionnent toutes deux dans deux ou plusieurs États membres ou soit la firme acquéreuse soit la firme cible fonctionne dans deux ou plusieurs États membres ; et
 - (b) le seuil de chiffre d'affaires ou d'actifs annuels combinés prescrit par le Conseil en vertu de l'Article 23 (4) est dépassé.
- 3.3 Selon, l'Article 23 (4) (a), le Conseil, sous réserve de l'approbation du Conseil des ministres , peut fixer un seuil de chiffre d'affaires ou d'actifs annuels combinés « dans la région » auquel ou au-dessus duquel l'Article 23 s'appliquera en ce qui concerne les fusions ayant une « dimension régionale ».
- 3.4 Le Conseil de la Commission a prescrit ce seuil avec l'approbation du Conseil dans les Règles sur le seuil de notification, dont le champ d'application est également limité aux fusions ayant une « dimension régionale » (Article 3). Selon les Règles relatives au seuil de notification actuellement en vigueur, le seuil de chiffre d'affaires ou d'actifs annuels combinés aux fins de l'Article 23, paragraphe 4, est dépassé si :
- (a) le chiffre d'affaires annuel global mondial combiné ou la valeur globale mondiale combinée des actifs (selon le plus élevé des deux) de toutes les entreprises parties à la fusion dans le Marché commun est égal(e) ou supérieur(e) à zéro dollar USD ; et
 - (b) le chiffre d'affaires annuel total ou la valeur totale des actifs (selon le plus élevé des deux) de chacune ou d'au moins deux entreprises fusionnées dans le Marché commun est égal(e) ou supérieur(e) à zéro dollar USD.
- 3.5 La Commission rappelle l'Article 55 du Traité sur la réglementation de la concurrence : « la prévention, la limitation ou la distorsion de la concurrence sur le Marché commun ». Elle rappelle en outre que le champ d'application du Règlement, comme indiqué ci-dessus, est limité aux activités économiques

« ayant lieu dans le Marché commun » (Article 2, paragraphe 1) et, en matière de contrôle des fusions, est limité aux comportements ayant « un effet sensible sur les échanges entre les États membres » et à ceux qui « restreignent la concurrence dans le Marché commun » (Article 3, paragraphe 2).

- 3.6 La Commission considère donc que le contrôle des fusions doit porter sur les fusions susceptibles d'avoir une « dimension régionale » et s'effectuer en vue de ne réglementer que celles qui sont susceptibles d'avoir un effet sensible sur le commerce entre États membres et de restreindre la concurrence.
- 3.7 Cela implique une dimension qui peut être appréciée selon l'ampleur des opérations des parties à la fusion et le nombre d'États membres impliqués. Il est raisonnable que l'évaluation de la Commission ne se limite qu'à des comportements susceptibles d'avoir des effets d'une certaine ampleur dans la région du COMESA. Les comportements ne relèvent pas du champ d'application du Règlement et ne sont donc pas sujets à l'examen du contrôle des fusions lorsqu'ils affectent le marché de manière insignifiante seulement compte tenu de la faible position des entreprises concernées sur le marché des produits ou services en question. Les Sections 3.8 à 3.12 expliquent cette limitation du champ d'application à la « dimension régionale » d'une fusion.
- 3.8 Comme indiqué ci-dessus, l'Article 23 (3) (a) du Règlement exige que l'entreprise acquéreuse et l'entreprise cible, ou soit la firme acquéreuse soit la firme cible doivent fonctionner dans deux ou plusieurs États membres pour que l'Article 23 s'applique.
- 3.9 La Commission estime, aux fins de l'Article 23 (3) (a) du Règlement, qu'une entreprise ne « fonctionne » dans un État membre que si ses activités dans cet État membre sont suffisamment importantes pour qu'une fusion l'impliquant puisse avoir un effet sensible sur le commerce entre États membres et restreindre la concurrence dans le Marché commun. À ces fins, la Commission considère qu'une entreprise « fonctionne » dans un État membre si son chiffre d'affaires annuel ou la valeur de ses actifs dans cet État membre dépasse 5 millions de dollars USD.
- 3.10 La Commission considère que l'Article 23 (3) (a), reflète la compétence supranationale de la Commission, de sorte que pour justifier le recours à la compétence de la Commission (plutôt qu'à celle d'une autorité nationale compétente), au moins une des parties à la fusion doit être opérationnelle dans au moins deux États membres. La Commission considère donc que l'Article 23 (3) (a) énonce des conditions positives nécessaires, mais elles ne pourront pas à elles seules rendre la notification d'une fusion obligatoire. Par ailleurs, la Commission considère que lorsqu'aucune entreprise cible n'opère dans un État membre du Marché commun, une fusion entre les parties n'a pas une dimension régionale suffisante, n'a pas d'effet important sur le commerce entre États membres ou n'entraîne aucune restriction importante sur le jeu de la concurrence dans le Marché commun pour établir un lien territorial au niveau supranational, et n'est donc pas une « une fusion à notification obligatoire ».

- 3.11 La Commission considère également qu'il n'y aura pas d'effet sensible sur le commerce entre États membres ni de restriction de la concurrence à l'intérieur du Marché commun, et qu'il n'y aura pas de notification obligatoire si plus de deux tiers du chiffre d'affaires annuel ou des actifs dans le Marché commun de chacune des parties à la fusion sont réalisés dans un seul et même État membre.
- 3.12 Pour résumer les sections précédentes, une fusion ne devra être notifiée à la Commission que dans les cas suivants :
- (a) au moins une des parties à la fusion opère dans deux ou plusieurs États membres (une entreprise est considérée comme opérant dans un État membre si la valeur de son chiffre d'affaires annuel ou celle de ses actifs dans cet État membre est supérieure à 5 millions de dollars USD) ;
 - (b) l'entreprise cible opère dans un État membre ;
 - (c) plus de deux tiers du chiffre d'affaires annuel ou de la valeur des actifs dans le Marché commun de chacune des parties à la fusion ne sont pas réalisés ou détenus dans un seul et même État membre.
- 3.13 Les parties à la fusion sont priées de noter que lorsqu'une fusion n'est pas sujette à une notification obligatoire auprès de la Commission, elles peuvent par contre être soumises aux exigences de notification des autorités nationales de la concurrence des États membres en vertu des législations nationales en matière de concurrence.

CALCUL DU CHIFFRE D'AFFAIRES ET DE LA VALEUR DES ACTIFS

- 3.14 La Commission considère que l'ampleur d'une fusion en termes de la valeur du chiffre d'affaires réalisé ou des actifs détenus par les parties à la fusion est un indicateur utile pour déterminer si elle doit ou non faire l'objet d'un examen. Étant donné que les entreprises impliquées dans des fusions de grande envergure susceptibles d'impacter le commerce ou de restreindre la concurrence font souvent partie d'un groupe de sociétés exerçant la même activité et étant donné que ces groupes agissent sur le marché comme une seule entité sous un contrôle commun, la Commission estime que le groupe dans son ensemble doit être pris en considération lorsqu'elle examine l'ampleur d'une fusion et non seulement les entreprises individuelles concernées. Cela est particulièrement pertinent lorsque l'on tient compte de l'utilisation fréquente d'entités ad hoc et de holdings au sein des groupes, ainsi que les transferts inter-entreprises et les structures de propriété d'actifs à des fins financières. La Commission considère également qu'il est avantageux de prévoir une méthode raisonnablement simple pour identifier les entreprises dont le chiffre d'affaires et les actifs doivent être comptabilisés aux fins des présentes directives. Elle applique donc une approche plus « précise » pour l'identification de ces entreprises par rapport à celle utilisée dans la Section 2 dans l'identification d'une « participation majoritaire » en vue de déterminer si une opération est une fusion.

3.15 Aux fins des présentes directives, le chiffre d'affaires annuel et la valeur des actifs d'une entreprise seront calculés en additionnant, respectivement, le chiffre d'affaires annuel et la valeur des actifs détenus sur le Marché commun des entités suivantes :

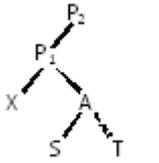
- (a) l'entreprise en question ;
- (b) ses filiales, c'est-à-dire les entreprises dans lesquelles l'entreprise concernée dispose, seule ou conjointement avec d'autres personnes, des droits ou pouvoirs énumérés à la Section 2.6(a), (b) ou (c), ainsi que les filiales de ces filiales, etc ;
- (c) ses sociétés mères, c'est-à-dire les entreprises dont l'entreprise concernée est une filiale (au sens du point **Error! Reference source not found.**), ainsi que les sociétés mères de ces sociétés mères, etc ; et
- (d) d'autres filiales de ses sociétés mères non incluses dans le point (b).

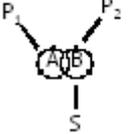
3.16 Nonobstant la Section 3.15, le chiffre d'affaires annuel et la valeur des actifs d'une entreprise cible n'incluront pas, aux fins des présentes directives, le chiffre d'affaires annuel ou la valeur des actifs de ses sociétés mères (en vertu de la Section 3.15 c)) et de ses autres filiales (en vertu de la Section 3.15 d)) lorsque, après la réalisation de la fusion, ces sociétés mères ne sont pas les sociétés mères (i) de l'entreprise cible si elle est toujours existante après la fusion, ou (ii) de l'entreprise fusionnée dans le cas d'une concentration ou d'un regroupement de sociétés.

3.17 Lorsqu'une entreprise a pour société mère un État membre ou une entreprise publique d'un État membre, le chiffre d'affaires annuel et la valeur des actifs de l'État membre ne seront pas pris en compte aux fins de la Section 3.15 (c). Dans la mesure où, mais seulement dans la mesure où, l'entreprise concernée ou l'une de ses sociétés mères sont soumises à une coordination, et sont contrôlées par le même centre de décision autonome, avec d'autres filiales de l'État membre, le chiffre d'affaires annuel et la valeur des actifs de ces filiales seront considérés aux fins de la Section 3.15(d).

3.18 Lorsqu'une fusion consiste en l'acquisition des parties, constituées ou non en entités juridiques, d'une ou de plusieurs entreprises, seul le chiffre d'affaires se rapportant aux parties faisant l'objet de la fusion sera pris en compte.

3.19 Retrouvez ci-dessous quelques exemples de comment prendre en compte le chiffre d'affaires et la valeur des actifs :

Exemple 1	
 <pre> graph TD P2 --> P1 P1 --> X P1 --> A A --> S A --> T </pre>	<p>L'acquéreur A achète l'entreprise cible T. A est entièrement détenu par la société mère P₁ qui est elle entièrement détenue par sa société mère P₂. P₁ détient également une participation majoritaire dans X. A</p>

	<p>détient quant à elle une participation majoritaire dans la filiale S.</p> <p>Le chiffre d'affaires à prendre en compte : A et T en tant qu'entreprises concernées ; P1 en tant que société mère de A et P₂ en tant que société mère de P₁ ; X en tant que filiale de P₁ ; et S en tant que filiale de A.</p> <p>La société mère vendeuse de T et toute filiale ayant cette même société mère ne sont pas prises en compte, car l'entreprise A fait l'acquisition de l'entreprise T seulement.</p>
<p>Exemple 2</p> 	<p>L'entreprise A fait l'acquisition de l'entreprise T. A est co-détenue par les sociétés mères P₁, P₂ et P₃ de sorte qu'elles doivent toutes s'entendre sur la nomination des directeurs.</p> <p>Le chiffre d'affaires à prendre en compte : A et T en tant qu'entreprises concernées ; et P₁, P₂ et P₃ en tant que sociétés mères de l'entreprise A.</p>
<p>Exemple 3</p> 	<p>L'entreprise A fait l'acquisition de T, une division (c.-à-d. les actifs constituant une activité centrée sur le client) de l'entreprise vendeuse D. L'entreprise A contrôle l'entreprise commune également avec X.</p> <p>Le chiffre d'affaires à prendre en compte : l'entreprise A et le chiffre d'affaires attribuable à T en tant qu'entreprises concernées (le chiffre d'affaires de D qui n'est pas attribuable à T n'est pas pris en compte) ; et l'entreprise commune en tant que filiale de A.</p>
<p>Exemple 4</p> 	<p>A et B fusionnent pour former la seule entité survivante. A est entièrement détenue par P₁ qui détiendra une participation de 90 % dans la nouvelle entité après la fusion. B est entièrement détenue par P₂ qui détiendra une participation de 10 % dans la nouvelle entité. S est entièrement détenue par B et sera entièrement détenue par la nouvelle entité issue de la fusion.</p> <p>Le chiffre d'affaires à prendre en compte : A et B en tant</p>

	<p>qu'entreprises concernées ; S en tant que filiale de la nouvelle entité et P1 en tant que société mère de la nouvelle entité. P₂ n'est pas prise en compte, car elle n'est pas considérée comme la société mère de la nouvelle entité.</p>
--	--

- 3.20 Le chiffre d'affaires annuel comprend le chiffre d'affaires du dernier exercice financier, et la valeur des actifs comprend la valeur des actifs à la clôture du dernier exercice financier.
- 3.21 Le chiffre d'affaires annuel ne comprend pas les montants provenant de la vente de produits ou de la prestation de services ayant eu lieu entre les entreprises énumérées à la Section 3.1 5.
- 3.22 Géographiquement, l'on affecte le chiffre d'affaires au lieu où se trouve le client, qui est généralement le lieu où le service est réellement fourni et le produit réellement livré, qu'il a été directement fourni ou livré au client ou indirectement par l'intermédiaire d'agents ou de commerçants.
- 3.23 Si la valeur des actifs d'une entreprise comprend la valeur des actifs de ses filiales au titre de la Section 3.15 **Error! Reference source not found.**, elle n'inclura pas la valeur des actions détenues ou des participations dans une autre entreprise.
- 3.24 Lorsqu'une entreprise prépare ses états financiers dans une monnaie autre que le dollar des États-Unis, son chiffre d'affaires sur un exercice particulier et la valeur de ses actifs à la fin de cet exercice doivent être convertis en dollars des États-Unis selon le taux d'échange moyen pendant les douze mois de cet exercice et basé sur le taux de change communiqué par la Banque centrale émettant cette monnaie.
- 3.25 Sous réserve des Sections 3.15 à 3.24, le chiffre d'affaires annuel et la valeur des actifs seront calculés aux fins des présentes conformément aux principes comptables généralement reconnus.
- 3.26 La Commission peut, pour le calcul du chiffre d'affaires ou de la valeur des actifs des parties à la fusion, s'adresser aux autorités fiscales des États membres concernés.

SECTION 4

CONSULTATION PRÉALABLE À LA NOTIFICATION ET LETTRES DE CONFORT

CONSULTATION PRÉALABLE À LA NOTIFICATION

- 4.1 Pour réaliser l'évaluation d'une fusion dans les plus brefs délais et éviter les notifications inutiles, la Commission accepte les consultations avec les parties avant le dépôt d'une notification de fusion. Les consultations peuvent avoir lieu en personne, par conférence téléphonique ou par d'autres moyens que la Commission juge approprié pour permettre aux parties et à la Commission de clarifier des questions telles que :
- (a) l'opération est-elle considérée comme étant une fusion ;
 - (b) la fusion doit-elle ou non être notifiée ;
 - (c) la manière de calculer le chiffre d'affaires annuel, la valeur des actifs, les parts de marché, les frais de dépôt de notification de fusion et autres questions ;
 - (d) les informations à fournir dans une demande de lettre de confort ;
 - (e) les exigences du Formulaire 12 et la non-disponibilité des informations requises ; et
 - (f) les demandes pour que les informations ou les documents fournis sont traités en toute confidentialité.

LETTRES DE CONFORT

- 4.2 Une partie acquéreuse peut, seule ou conjointement avec d'autres parties, demander une lettre de confort confirmant que le projet de fusion n'a pas à être notifié, car elle n'aurait pas d'effet sensible sur le commerce entre États membres ou ne restreindrait pas la concurrence dans le Marché commun.
- 4.3 La ou les parties concernées peuvent envoyer à la Commission une demande motivée pour l'obtention de cette lettre de confort. La demande doit inclure toute information et tout document justificatif que les parties estiment nécessaires à l'évaluation de leur demande par la Commission et les parties sont encouragées à consulter la Commission sur la forme et le contenu de ladite demande. La demande doit être reçue au plus tard 30 jours après la décision des parties à la fusion de fusionner, cette date étant interprétée à la Section 5.1. Les Sections 5.7 à 5.12 sur les demandes de traitement confidentiel des notifications s'appliquent également aux demandes pour une lettre de confort. Si demande lui est faite, la Commission gardera confidentiel le fait qu'une demande de lettre de

confort lui a été faite, sauf si ladite demande est considérée comme une notification en vertu de la Section 4.8(a)

- 4.4 Pour évaluer une demande de lettre de confort, la Commission tiendra compte des faits et des circonstances entourant la fusion, y compris, sans s'y limiter, le chiffre d'affaires annuel ou la valeur des actifs combinés des parties à la fusion dans le Marché commun.
- 4.5 Comme indiqué à la Section 3.11, la Commission considérera qu'une fusion n'étant pas susceptible d'avoir un effet sensible sur le commerce entre États membres ou de restreindre la concurrence sur le Marché commun si plus de deux tiers du chiffre d'affaires annuel ou de la valeur des actifs de chacune des parties à la fusion sur le Marché commun ont été réalisés ou détenus dans un seul et même État membre (et cette fusion n'a pas à être notifiée).
- 4.6 Dans les 21 jours après réception de la demande de lettre de confort, la Commission :
- (a) fournira à la partie ou aux parties requérantes une lettre de confort indiquant qu'aucune notification de fusion à la Commission n'est requise (mais, cela ne préjuge pas de la question de savoir si une notification aux autorités d'un État membre peut être requise ou non) ;
 - (b) informera la ou les parties requérantes de toute information ou document supplémentaire pouvant être raisonnablement requis, et fixera un délai pour la présentation desdits informations ou documents ; ou
 - (c) informera la ou les parties requérantes qu'une notification de fusion à la Commission est, en fait, requise.
- 4.7 Dans les 14 jours suivant la réception des informations ou des documents demandés à la Section 4.6(b)
- 4.8 Si la Commission informe la ou les parties requérantes qu'une fusion doit être notifiée en vertu de la Section 4.6(c),
- (a) À moins que les parties qui ont soumis la demande de lettre d'intention n'informent la Commission dans un délai de 14 jours qu'elles ne souhaitent pas envoyer de notification, la soumission de la demande de lettre de confort à la Commission sera considérée comme le dépôt d'une notification au titre de la Section 5.4 à compter de la date à laquelle la demande de lettre de confort a été soumise ;
 - (b) la ou les parties ayant soumis la demande de lettre de confort seront considérées comme la partie notifiante aux fins des présentes ; et
 - (c) la partie notifiante, dans un délai de 30 jours, sera tenue de compléter la demande de lettre de confort en soumettant un Formulaire 12 dûment rempli, accompagné de toutes les pièces justificatives nécessaires,

conformément aux exigences de la Section 5.4 ou elle sera considérée comme n'ayant pas présenté une notification en temps utile.

4.9 Si la Commission fournit une lettre de confort sur la base d'informations ou de documents fournis qui contenaient, en fait, une inexactitude ou une omission importante, elle peut prendre les mesures en son pouvoir, y compris :

- (a) révoquer la lettre de confort ;
- (b) statuer que les parties n'ont pas notifié à la Commission une fusion à notification obligatoire ;
- (c) statuer que les parties ont réalisé une fusion en violation de la 4e Partie du Règlement ; ou
- (d) faire valoir les pouvoirs de la Commission en vertu de cette même partie, y compris, mais sans s'y limiter, l'Article 24 du Règlement.

SECTION 5

PROCÉDURE DE NOTIFICATION

DÉLAI DE SOUMISSION DE LA NOTIFICATION

- 5.1 Aux termes de l'Article 24 (1) du Règlement, les fusions à notification obligatoire doivent être notifiées au plus tard 30 jours à compter de la décision des parties de fusionner. La Commission considère qu'une décision de fusion doit être soit (i) une décision commune prise par les parties à la fusion et comprenant donc la conclusion d'un accord définitif et juridiquement contraignant pour mener à bien la fusion (qui peut ou non être assujettie à des conditions préalables), ou, soit (ii) l'annonce d'une offre publique dans le cas de titres cotés en bourse.
- 5.2 Aux fins du respect du délai de 30 jours prévu à l'Article 24 (1), une notification est réputée avoir été faite lorsqu'elle a été déposée selon la Section 5.4 (y compris toute soumission réputée au titre de la Section 4.8 a)) à condition que les frais de notification aient été reçus conformément aux Sections 5.16 et 5.18.

FORMULAIRE DE NOTIFICATION ET PROCÉDURE DE SOUMISSION

- 5.3 Une notification de fusion doit être effectuée par la partie notifiante sur le Formulaire 12 prescrit, et doit contenir les informations requises et être accompagnée de toutes les pièces justificatives demandées par le formulaire.
- 5.4 Les notifications doivent être envoyées par e-mail à l'adresse e-mail prescrite de la Commission en annexant ou en fournissant numériquement l'accès au Formulaire 12 et à toutes les pièces justificatives sous PDF et en incluant les adresses e-mail de chaque entité issue de la partie notifiante ou en soumettant une version électronique du Formulaire 12 et de toutes les pièces justificatives sous PDF sur un CD ou un DVD-ROM. La notification sera considérée comme envoyée à la réception d'un e-mail ou d'un CD ou DVD par la Commission. *Un exemplaire en papier du Formulaire 12 et de toutes les pièces justificatives doit être envoyé à la Commission dans les sept (7) jours qui suivent.* En cas d'anomalies entre les deux formats de la notification, la version reçue par e-mail ou sur CD/DVD aura préséance.
- 5.5 Dans un délai maximum de 7 jours après qu'une notification est considérée comme avoir été déposée (ou après la date à laquelle la partie notifiante soumet le Formulaire 12 conformément à la Section 4.8(c) lorsqu'une demande de lettre de confort est considérée comme une notification en vertu de la Section 4.8(a),), la Commission :
- (a) publiera sur son site Internet les détails de la notification, précisant les parties, leur pays d'origine, la nature de la fusion et les secteurs économiques concernés ; et

- (b) enverra à chaque État membre dans lequel l'une des parties à la fusion exerce ses activités un résumé de la fusion, y compris toutes informations pertinentes fournies dans la notification.
- 5.6 La partie notifiante peut demander par écrit que la Commission accepte une notification omettant certaines informations demandées par le Formulaire 12 si ces informations ne sont pas raisonnablement disponibles (par exemple, suite à l'absence d'informations sur une entreprise cible lorsqu'une offre est contestée), sous réserve que la partie notifiante indique les raisons de l'absence de ces informations et indique la date estimée à laquelle elle prévoit d'avoir accès à ces informations, ainsi que ses estimations les plus précises concernant le contenu de ces informations (dans la mesure où ces estimations sont possibles) et les sources de ces estimations.

INFORMATIONS CONFIDENTIELLES

- 5.7 Les demandeurs peuvent demander que tout document ou toute information soumis(e) soit traité(e) de manière confidentielle en envoyant une demande motivée de confidentialité dans le Formulaire de demande de confidentialité 2. Les parties peuvent contacter la Commission concernant cette demande avant le dépôt de la notification.
- 5.8 Si la Commission constate que la divulgation de l'ensemble ou d'une partie de ces informations ou documents entraînerait vraisemblablement la divulgation de secrets commerciaux, la perte ou l'affaiblissement de la valeur commerciale de ces informations ou un préjudice grave, elle informera, dans un délai raisonnable, à la partie notifiante qu'elle traitera ces informations ou documents comme confidentiels et ne les rendra pas publics. Dans la mesure où la Commission fait référence à des informations confidentielles dans ses décisions, elle respectera le caractère confidentiel de ces informations en les censurant.
- 5.9 La partie notifiante ne doit pas envoyer des demandes de traitement confidentiel générales, car celles-ci seront rejetées. Lorsqu'une partie notifiante effectue une demande, celle-ci doit concerner des documents ou des informations spécifiques, et elle doit préciser les raisons motivant la demande. Ces raisons doivent être détaillées, démontrant notamment la nature et l'ampleur du préjudice qu'entraînerait une divulgation publique afin de convaincre la Commission de l'importance d'un traitement confidentiel.
- 5.10 Si une partie notifiante demande le traitement confidentiel d'informations ou de documents soumis avec le Formulaire 12, mais non requis par celui-ci, la Commission lui donnera le choix de retirer ces informations ou documents avant publication de ses informations. Si la partie notifiante choisit de retirer ces documents ou informations, la Commission ne s'appuiera pas sur eux et ne les divulguera pas.
- 5.11 Parmi les exemples de secrets d'affaires figurent les stratégies de tarification, de marketing et de différenciation des produits, les structures de coûts et d'autres facteurs conférant un avantage concurrentiel. Et la divulgation d'algorithmes

informatiques, de formules scientifiques et de secrets commerciaux sont des exemples entraînant un affaiblissement important de la valeur commerciale d'informations.

- 5.12 La Commission divulguera des informations ou des documents désignés comme confidentiels en vertu de la Section 5.8 à un État membre ou à l'autorité d'un État membre ou de tout autre pays que lorsque cet État membre ou cette autorité s'est engagé(e) à respecter la confidentialité des informations ou documents en question.

FRAIS DE NOTIFICATION

- 5.13 Comme le stipule la Règle 55 des Règles de concurrence, telles que modifiées, les frais de notification d'une fusion sont actuellement fixés à 0,5 % du chiffre d'affaires annuel combiné ou de la valeur combinée des éléments d'actif dans le marché commun (soit le montant le plus élevé) ou 500 000 \$, si ce dernier montant est inférieur.
- 5.14 La Commission calculera ces frais en vertu de l'Article 55 de la manière suivante :
- (a) La Commission calculera d'abord 0,5 % du chiffre d'affaires annuel combiné et de la valeur combinée des actifs des parties à la concentration, le montant le plus élevé étant retenu.
 - (b) Le montant à payer sera le plus faible des deux montants suivants : 500 000 dollars américains ou le montant calculé au point (a).
- 5.15 La Commission calculera les frais de notification et émettra une facture à la partie notifiante au plus tard sept (7) jours après qu'une notification est réputée avoir été déposée conformément à la Section 5.4 ci-dessus. Dans le cas d'une demande de lettre de confort considérée comme une notification en vertu de la Section 4.8(a)
- 5.16 Nonobstant la Section 5.15, si la Commission a besoin d'informations supplémentaires de la part des parties pour calculer les frais de notification, elle demandera ces informations à la partie notifiante, établira un délai pour la présentation de ces informations, calculera ensuite les frais de notification et émettra une facture à la partie notifiante au plus tard sept (7) jours suivant réception des informations supplémentaires demandées. Si une notification a déjà été soumise, ou si dans le cas d'une demande de lettre de confort considérée comme une notification en vertu de la Section 4.8(a), le Formulaire 12 a déjà été soumis conformément à la Section 4.8(c), la non-présentation de ces informations par la partie notifiante dans le délai fixé peut être considérée comme un manquement à l'obligation de procéder à une notification en temps utile.

- 5.17 Le paiement des frais doit être effectué dans les sept (7) jours suivant la date d'émission de la facture ou, si elle est ultérieure, dans les sept (7) jours suivant la date d'entrée en vigueur de la facture.
- 5.18 En vertu de la Règle 55 des Règles de concurrence, un paiement de frais est réputé comme reçu par la Commission :
- (a) à la date à laquelle un chèque ou un mandat de paiement desdits frais est remis à la Commission ; (à condition que le paiement est traité dans les 14 jours suivant la remise) ; ou
 - (b) à la date à laquelle le compte de la Commission est crédité d'un dépôt direct ou d'un transfert électronique de fonds d'un montant équivalent au montant des frais.

CLÔTURE DE LA PROCÉDURE DE NOTIFICATION

- 5.19 La procédure de notification sera considérée comme close à la date à laquelle la Commission aura reçu toutes les informations et pièces justificatives exigées par le Formulaire 12, sous réserve des omissions autorisées en vertu de la Section 5.6. Dans les 14 jours suivant la date à laquelle une notification est réputée soumise (ou, après la date à laquelle la partie notificante soumet le Formulaire 12 conformément à la Section 4.8(c) lorsqu'une demande de lettre de confort est soumise en tant que notification au titre de la Section 4.8(a)
- (a) délivrera un certificat de réception à la partie notificante confirmant que la Commission a reçu une notification complète et la Phase 1 commence à la date à laquelle la Commission a reçu une notification complète; ou
 - (b) informera la partie notificante que la notification est incomplète, identifiera les informations ou documents manquants et donnera un délai pour la présentation desdits informations ou documents.

Dans les 14 jours suivant la réception des informations et documents supplémentaires demandés au point b), la Commission délivrera le certificat décrit au point a) ou demandera des informations ou documents supplémentaires comme indiqué au point b). La confirmation faite à la partie notificante en vertu du point **Error! Reference source not found.** ne portera pas atteinte à la faculté de la Commission de demander des informations ou des documents supplémentaires lors de l'examen de la fusion en question.

- 5.20 Tant que la partie notificante respecte les délais fixés au point 4.8 et au point 5.19(b)
- 5.21 Si une fusion est notifiée à la Commission et que celle-ci détermine par la suite que la notification n'était pas requise en vertu du Règlement, elle en informera la partie notificante et prendra les dispositions nécessaires pour que les frais de notification versés à la Commission lui soient restitués dans un délai de 30 jours.

Cette notification irrégulière ne libère pas les parties de l'obligation de soumettre des notifications aux autorités de tout État membre si les lois nationales en vigueur l'exigent.

ABANDON DE FUSION

- 5.22 Conformément à la Règle 56 des Règles de concurrence, après le dépôt d'une notification d'une fusion, mais avant sa mise en œuvre, la partie notifiante peut aviser par écrit la Commission qu'elle a abandonné le projet de fusion et n'a pas l'intention de la mettre en œuvre. Dès réception de cette notification :
- (a) les parties à la fusion restent dans la même position que la position dans laquelle elles seraient si la fusion n'avait jamais fait l'objet de notification ; et
 - (b) les frais de notification de fusion payés en raison de ladite fusion ne sont pas remboursables.

RENOI AUX AUTORITÉS DES ÉTATS MEMBRES

- 5.23 En vertu des paragraphes 8 et 9 de l'Article 24, un État membre peut demander à la Commission de renvoyer la fusion à une autorité nationale compétente pour examen en vertu de législation nationale sur la concurrence de l'État membre si l'État membre est convaincu que la fusion, si elle est effectuée, risque de réduire d'une façon disproportionnée la concurrence de manière importante dans l'État membre ou toute partie de l'État membre.
- 5.24 Afin d'assurer l'administration ordonnée des demandes de renvoi et de permettre à la Commission de prendre des décisions de renvoi avant d'engager des ressources substantielles en vue de réaliser son examen (qui est également sujet à un délai), les États membres doivent présenter les demandes de renvoi dans les 14 jours après avoir reçu des informations de la Commission au titre de la Section 5.5(b).
- 5.25 Dans les sept (7) jours suivant la réception d'une demande de renvoi envoyée par un État membre, la Commission publie sur son site Internet le fait qu'elle a reçu une demande de renvoi, précisant notamment la partie de la fusion dont le renvoi est demandé et les raisons motivant cette demande. Dans les sept (7) jours suivant cette publication, les parties intéressées peuvent présenter à la Commission des avis motivés au sujet du renvoi de l'ensemble ou d'une partie de la fusion à l'autorité de l'État membre.
- 5.26 Dans les 21 jours suivant la réception d'une demande de renvoi émanant d'un État membre, la Commission, en vertu de l'Article 24 (9) du Règlement, prendra une décision et informera l'État membre que :

- (a) la Commission traitera l'affaire elle-même pour maintenir ou rétablir une concurrence efficace sur le marché concerné et la région dans l'ensemble ;
ou
- (b) l'affaire sera entièrement ou en partie renvoyée à l'autorité ou aux autorités compétentes de l'État membre concerné en vue de l'application de la loi nationale sur la concurrence dudit État.

5.27 Avant de prendre sa décision concernant une demande de renvoi, la Commission examinera si l'autorité de l'État membre à laquelle elle envisage de renvoyer la fusion est l'autorité la plus appropriée pour l'examen de la fusion, en tenant notamment compte de :

- (a) la disproportionnalité et la matérialité de toute réduction potentielle de la concurrence dans cet État membre et dans d'autres États membres (à condition qu'un examen à ce stade ne préjuge pas de l'évaluation, par la Commission ou par l'autorité compétente d'un État membre, de l'effet de la concentration sur la concurrence) ;
- (b) la suffisance du système de contrôle de fusions de l'État membre, y compris les pouvoirs et les compétences juridiques, dans cet État membre pour évaluer et réglementer les fusions en vue d'éviter un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence ou autre effet équivalent ; et
- (c) les implications administratives de la demande de renvoi, y compris le risque de retard, de fragmentation, de double emploi et de traitement incohérent par plusieurs autorités.

5.28 Le Règlement n'empêche pas les parties à la fusion de mettre en œuvre les fusions avant la notification ou l'achèvement d'une évaluation (comme indiqué aux Sections 5.31 à 5.32). La Commission considère que les parties à une fusion qui a été mise en œuvre et qui a été notifiée conformément au Règlement et aux présentes directives, ne devraient pas, après renvoi à l'autorité d'un État membre, être pénalisées pour avoir mis en œuvre la fusion ou pour ne l'avoir pas notifiée à cette autorité. La Commission renverra donc une fusion à l'autorité d'un État membre qui exige la notification et l'évaluation de cette fusion avant sa mise en œuvre uniquement si, dans sa demande de renvoi, cette autorité s'engage à ne pas imposer de sanctions aux parties ni compromettre son examen de la fusion en raison de la mise en œuvre de celle-ci avant la publication énoncée à la Section 5.25.

5.29 La Commission publiera ses décisions concernant les demandes de renvoi sur son site Internet dans un délai de sept (7) jours après qu'elle ait communiqué la décision à l'État membre.

5.30 Si une fusion est entièrement ou partiellement renvoyée à l'autorité d'un État membre, la fusion sera soumise au droit de la concurrence de cet État membre. En ce qui concerne les frais de notification, l'État membre concerné reçoit sa part

des frais de dépôt relatifs aux fusions conformément à la Règle 8 sur le partage des frais de dépôt relatifs aux fusions en vertu de la 4e Partie du Règlement.

CONSÉQUENCE D'UN DÉFAUT DE NOTIFICATION ET DE LA MISE EN ŒUVRE DES FUSIONS

- 5.31 L'Article 24 du Règlement stipule que toute fusion à notification obligatoire qui est mise en œuvre en infraction des dispositions du Règlement relatives au contrôle des fusions est sans effet légal, et aucun droit ou obligation imposée aux parties participantes par un accord quelconque concernant la fusion n'est légalement exécutoire dans le Marché commun. Le même Article habilite la Commission à imposer des sanctions en cas de non-respect de ces dispositions.
- 5.32 Le Règlement n'interdit pas aux parties de mettre en œuvre une fusion à notification obligatoire avant sa notification ou avant que la Commission ne donne une décision en faveur de la fusion. Toutefois, les parties doivent être prudentes lorsqu'elles mettent en œuvre une fusion à notification obligatoire avant d'avoir reçu la décision de la Commission. Si, après examen, la Commission détermine qu'une telle fusion est illégale en vertu de l'Article 26, paragraphe 7, du Règlement, les parties peuvent être tenues de dissoudre la fusion ou de prendre les mesures déterminées par la Commission en vertu du Règlement pour rendre la fusion légale.
- 5.33 La Commission accorde un délai de grâce aux parties n'ayant pas notifié à la Commission une fusion à notification obligatoire conformément au Règlement après que la Commission soit devenue opérationnelle le 14 janvier 2013. La Commission ne prendra pas de mesures disciplinaires ou coercitives à l'encontre de ces parties en cas de notification tardive si elles déposent une notification de fusion conformément aux présentes directives dans les 90 jours après la date de publication de la fusion. Les parties qui souhaitent obtenir des conseils sur ces questions doivent contacter la Commission et peuvent le faire de manière anonyme dans un premier temps.

SECTION 6

ÉVALUATION DE LA FUSION

GÉNÉRAL

- 6.1 La Commission évaluera chaque fusion notifiée à la Commission afin de déterminer si elle serait susceptible d'entraîner un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence. À la fin de l'évaluation, la Commission prendra une décision affirmant qu'elle ne s'oppose pas à la fusion, qui peut toutefois être soumise à certaines conditions, ou affirmant qu'elle s'oppose à la fusion.
- 6.2 Conformément à l'Article 25 (1) du Règlement, la Commission prendra une décision concernant une fusion dans les 120 jours suivant la réception de la notification. Ce délai commence à courir à partir de la date à laquelle la Commission a reçu une notification complète.
- 6.3 Conformément à l'Article 25 (2) du Règlement, la Commission peut prolonger le délai de la Phase 1 et celui de la Phase 2 avec l'approbation du Conseil, pour autant que ces prorogations ne dépassent pas cumulativement 30 jours. La Commission donnera avis préalable de la prorogation à la partie notifiante.
- 6.4 À tout moment au cours d'une évaluation, la Commission peut demander des informations, des documents ou d'autres preuves à toute partie et fixer un délai raisonnable pour la remise de ces informations ou documents à la Commission. Si les informations, documents ou autres preuves demandés ne sont pas reçus dans ce délai, la Commission peut, avec l'approbation du Conseil et avec préavis à la partie notifiante, prendre l'une des mesures suivantes :
- (a) suspendre le délai de la phase d'évaluation applicable jusqu'à réception des informations ou documents requis ; ou
 - (b) évaluer la fusion à la lumière des observations et propositions reçues, mais tirer une conclusion défavorable en raison d'informations, de documents ou d'autres preuves manquantes.
- 6.5 Lorsqu'elles soumettent des preuves de nature technique à la Commission, y compris des preuves d'enquête ou des estimations économétriques, les parties doivent inclure toutes les données, descriptions de méthodologie et algorithmes nécessaires pour permettre à la Commission d'évaluer et de reproduire leur analyse. La Commission peut, à tout moment, effectuer sa propre analyse économétrique (à la lumière de l'analyse produite par les parties ou de sa propre initiative), mais il est plus probable qu'elle le fasse au cours de la Phase 2.
- 6.6 Dans le cadre de l'évaluation d'une opération de fusion, la Commission examinera les différentes soumissions transmises par les parties intéressées :

- (a) lors de la Phase 1, dans les 21 jours suivant la publication visée à la Section 5.5 ; et
- (b) lors de la Phase 2, dans les 30 jours suivant la publication de sa décision en vertu de la Section 6.11.

6.7 À chaque phase d'évaluation d'une fusion, la Commission :

- (a) informera les parties de toute préoccupation concernant la fusion ;
- (b) donnera aux parties la possibilité raisonnable de proposer des modifications à la fusion ou de respecter toute interdiction, restriction ou autre condition relative à la fusion pour répondre aux préoccupations de la Commission ; et
- (c) évaluera la fusion à la lumière des propositions reçues.

PHASE 1

6.8 Le début de la Phase 1 est le premier jour de la période d'examen de 120 jours prévue à la Section 6.2 et prend fin au plus tard 45 jours plus tard (sous réserve de toute prorogation au titre de la Section 6.3 et de toute suspension au titre de la Section 6.4).

6.9 Si au cours de la Phase 1, le directeur établit, selon la prépondérance des probabilités, qu' :

- (a) en toute vraisemblance, la fusion à notification obligatoire n'est pas susceptible d'entraîner un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence, et
- (b) il n'y a aucun motif raisonnable de croire que d'autres preuves ou qu'une évaluation plus approfondie au cours de la Phase 2 pourrait amener le Directeur à revenir sur sa décision ou à améliorer sensiblement la confiance qu'il a en celle-ci,

la Commission, avant l'expiration de la Phase 1, fera part de sa décision de non-opposition à la fusion à la partie notifiante et publiera cette même décision sur son site Internet.

6.10 La décision de ne pas s'opposer à une fusion prise en vertu de la Section 6.9 peut être subordonnée à la condition qu'une ou que plusieurs parties apportent des modifications à la fusion ou respectent les interdictions, restrictions ou autres conditions indiquées dans la décision. Ces conditions ne peuvent porter que sur les questions de concurrence soulevées par la fusion. Si la Commission constate par la suite qu'une ou que plusieurs parties n'ont pas respecté l'une des conditions imposées, elle peut rendre une décision déclarant qu'elle s'oppose à la fusion et émettre l'une des ordonnances énoncées à la Section 6.18.

- 6.11 Si au cours de la Phase 1, le Directeur établit, selon la prépondérance des probabilités, qu' :
- (a) il est plus probable qu'improbable que la fusion entraîne un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence, ou
 - (b) il y a des motifs raisonnables de croire que des preuves supplémentaires pourraient être obtenues ou qu'une évaluation plus approfondie pourrait être effectuée au cours de la Phase 2 et que cela pourrait amener le Directeur à revenir sur sa décision ou à améliorer sensiblement la confiance qu'il a en celle-ci,

la Commission, avant l'expiration de la Phase 1, communiquera à la partie notifiante sa décision de procéder à la Phase 2 et publiera cette décision sur son site Internet. La Phase 1 prendra automatiquement fin à cet instant et la Phase 2 commencera le jour suivant.

- 6.12 Si à l'expiration de la Phase 1, la Commission n'a pas :
- (a) rendu une décision en vertu de la Section 6.9 ; ou
 - (b) informé la partie notifiante que la notification était inappropriée en vertu de la Section 5.21 ;

et que la fusion n'a pas été entièrement déferée à l'autorité d'un État membre en vertu de l'Article 24 (9) du Règlement, la Commission sera réputée avoir rendu une décision en vertu de la Section 6.9 déclarant qu'elle ne s'oppose pas à la fusion, ou à toute partie de celle-ci qui n'a pas été renvoyée à l'autorité d'un État membre en vertu de l'Article 24, paragraphe 9, du Règlement.

PHASE 2

- 6.13 La phase 2 débutera comme prévu à la Section 6.11 et se poursuivra jusqu'à la fin de la période d'examen de 120 jours énoncée à la Section 6.2 (sous réserve de toute prorogation au titre de la Section 6.3 ou de toute suspension au titre de la Section 6.4.).
- 6.14 Au cours de la Phase 2, le Directeur soumettra au comité un rapport exposant les arguments économiques et juridiques visant à déterminer s'il est plus probable qu'improbable que la fusion n'entraîne un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence.
- 6.15 Avant la fin de la Phase 2, la Commission communiquera l'une des décisions suivantes à la partie notifiante et la publiera sur son site Internet :
- (a) Lorsqu'à la lumière du rapport de Phase 2 du Directeur, le Comité constate, selon la prépondérance des probabilités, qu'il est plus improbable que probable que la fusion entraîne un empêchement ou une réduction sensible

de la concurrence, la Commission déclarera dans sa décision qu'elle ne s'oppose pas à la fusion ; ou

- (b) Lorsque, suite au rapport de phase 2 du Directeur, le Comité constate, selon la prépondérance des probabilités, qu'il est plus probable qu'improbable que la fusion donne lieu à un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence, la Commission affirmera, dans sa décision, qu'elle s'oppose à la fusion à notification obligatoire et pourra émettre l'une des ordonnances énoncées à la Section 6.18.

6.16 La décision de ne pas s'opposer à une fusion prise en vertu de la Section 6.15 **Error! Reference source not found.** peut être subordonnée à la condition qu'une ou plusieurs parties apportent des modifications à la fusion ou respectent les interdictions, restrictions ou autres conditions indiquées dans la décision. Ces conditions ne peuvent porter que sur les questions de concurrence soulevées par la fusion. Si la Commission constate par la suite qu'une ou que plusieurs parties n'ont pas respecté l'une des conditions imposées, elle peut rendre une décision déclarant qu'elle s'oppose à la fusion et émettre l'une des ordonnances énoncées à la Section 6.18.

6.17 Si, à l'expiration de la phase 2, la Commission n'a pas rendu de décision à la partie notifiante au titre de la Section 6.15, elle sera réputée avoir rendu une décision déclarant qu'elle ne s'oppose pas à la fusion en vertu de la Section 6.15 **Error! Reference source not found.**

ORDONNANCES DE LA COMMISSION

6.18 Comme le prévoit l'Article 26 (7) du Règlement, si la Commission rend une décision déclarant qu'elle s'oppose à la fusion, elle peut, dans le cadre de cette décision ou ultérieurement, rendre une ou plusieurs ordonnances parmi les suivantes :

- (i) déclarer la fusion illégale, sauf dans une mesure ou des circonstances qui peuvent être prévues par l'ordonnance ou en vertu de ladite ordonnance ;
- (ii) interdire ou limiter l'acquisition par toute personne nommée dans l'ordonnance de l'ensemble ou d'une partie de l'entreprise ou de l'actif d'une entreprise, ou tout acte posé par une personne qui aboutira ou peut aboutir à une telle acquisition si l'acquisition risque, de l'avis de la Commission, de mener à une fusion ;
- (iii) exiger que toute personne prenne des mesures pour garantir la dissolution de toute organisation, enregistrée ou non enregistrée, ou la cessation de toute association lorsque la Commission est convaincue que la personne a un intérêt dans une fusion ou est partie à une fusion ;
- (iv) exiger que si une fusion a lieu, une personne qui y est partie et est nommée dans l'ordonnance observe les interdictions ou limitations

concernant la façon dont elle opère telles que spécifiées dans l'ordonnance ; ou

- (v) prendre des dispositions, en général, qui, de l'avis de la Commission, sont raisonnablement nécessaires pour mettre fin à la fusion, l'empêcher ou réduire ses effets.

APPELS

- 6.19 En vertu de l'Article 26 (12) du Règlement, toute personne lésée par la décision de la Commission peut faire appel devant le Conseil.
- 6.20 Un appel au Conseil doit être déposé auprès de la Commission dans les 30 jours suivant la publication de la décision. Un appel ne peut pas se fonder sur un document ou une information ayant pas été présenté à la Commission lors de l'examen de la fusion, à moins que ce document ou cette information n'ait pas été raisonnablement disponible lors de l'examen de la fusion.
- 6.21 Dans les 14 jours suivant le dépôt d'un appel devant la Commission, celle-ci publiera sur son site Internet :
 - (a) le nom des parties à l'appel ;
 - (b) l'indication à la décision attaquée ; et
 - (c) un exemplaire de l'appel déposé devant le Conseil, tel qu'il a été présenté.
- 6.22 Les parties intéressées et la Commission peuvent présenter des avis motivés concernant le recours dans les 30 jours suivant la publication énoncée à la Section 6.21.
- 6.23 Pour évaluer un appel, le Conseil aura tous les pouvoirs nécessaires dont dispose la Commission dans les Règles de concurrence pour demander des informations ou des documents, mener des enquêtes, tenir des audiences ou prendre toute autre mesure raisonnable lui permettant d'évaluer l'appel.
- 6.24 Les Commissaires formant le Comité ayant rendu la décision attaquée ne participeront pas aux délibérations ou à la prise de décision du Conseil lors de l'examen de l'appel en question.
- 6.25 Le Conseil fera part de sa décision sur l'appel dans les 90 jours suivant la date de publication énoncée à la Section 6.21. La Commission publiera cette décision sur son site Internet dans les 7 jours après que celle-ci a été émise. La décision sera également publiée ultérieurement dans le journal officiel du Conseil, conformément à la Règle 28 des Règles de concurrence.
- 6.26 Si le Conseil annule l'ensemble ou une partie de la décision de la Commission, cette dernière, sous réserve des conditions de l'annulation, réexaminera la fusion selon les conditions qui prévalent alors sur le marché. Elle peut exiger que la

partie notifiante modifie et mette à jour ou complète la notification initiale lorsque celle-ci devient incomplète ou erronée. Lorsqu'il n'y a pas de changement, la partie notifiante le certifie sans délai. Dans un délai de 45 jours après avoir reçu cette confirmation ou la notification qui a été modifiée et mise à jour ou complétée, la Commission procédera à ce réexamen.

SECTION 7

LES CONSIDÉRATIONS PENDANT L'ÉVALUATION DES FUSIONS

EMPÊCHEMENT OU DIMINUTION SENSIBLE DE LA CONCURRENCE

- 7.1 La politique de la Commission en matière de fusions vise à promouvoir et à encourager une concurrence effective afin d'améliorer à terme le bien-être des consommateurs (voir Section 1.2 ci-dessus).
- 7.2 La plupart des fusions ne nuisent pas à la concurrence. En effet, les fusions ont souvent des effets favorables à la concurrence, tels que la réduction des coûts et l'introduction de produits ou de services nouveaux et améliorés. Ces fusions profitent généralement aux consommateurs.
- 7.3 Toutefois, dans certaines circonstances, les fusions peuvent considérablement affaiblir la motivation des entreprises à se concurrencer. Ces types de fusions peuvent faire augmenter les prix, baisser la production, réduire le choix de produits et services ou atténuer l'innovation sur le marché et auront probablement un effet négatif sur les consommateurs. Ces fusions conduisent à un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence.
- 7.4 Le but du contrôle des fusions et des procédures exposées dans les présentes directives est de s'assurer qu'il est possible d'empêcher ou d'imposer des conditions appropriées aux fusions qui sont plus probables qu'improbables d'entraîner un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence (cela concerne un nombre relativement faible de fusions) tout en réduisant au minimum les obstacles à la mise en œuvre des fusions peu susceptibles d'entraîner un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence (à savoir la grande majorité des fusions).
- 7.5 Pour évaluer si une fusion est plus susceptible qu'improbable de donner lieu à un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence, la Commission examinera à la fois l'ampleur et la probabilité des effets proconcurrentiels et anticoncurrentiels de la fusion.

THÉORIES DU PRÉJUDICE ET DES GAINS D'EFFICACITÉ

- 7.6 La Commission s'efforcera de comprendre les arguments en faveur de la fusion du point de vue de chacune des parties. Elle demandera aux parties de lui fournir des informations générales et des preuves documentaires, notamment les rapports du conseil et les documents de planification, afin de mieux comprendre comment l'opération s'inscrit dans les stratégies commerciales plus larges de chaque partie et, en particulier, dans la stratégie future de l'entreprise fusionnée. Afin d'évaluer si la fusion est plus susceptible qu'improbable de donner lieu à un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence, la Commission utilisera un cadre analytique, appelé « théorie du préjudice », dans lequel les effets probables de la fusion seront examinés comparativement à un scénario contrefactuel, qui décrit la situation concurrentielle si la fusion n'a pas lieu.

- 7.7 Pour certaines fusions, la Commission peut envisager plusieurs théories du préjudice, concernant parfois le même marché. Toutefois, l'examen de multiples théories du préjudice n'enlève rien à la proposition essentielle selon laquelle la Commission doit déterminer si, globalement, il est plus probable qu'improbable que la fusion entraîne un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence.
- 7.8 Une partie importante des arguments commerciaux justifiant la fusion repose sur les gains d'efficacité potentiels découlant de la fusion. Dans de tels cas, la Commission peut prendre en compte les arguments de gains d'efficacité étayés pendant l'évaluation. Il doit être établi, sur la base de preuves répondant aux normes requises, que ces gains d'efficacité sont propres à l'opération et importants, qu'ils se produiront en temps utile et qu'ils seront suffisamment répercutés sur les consommateurs.

LE SCÉNARIO « CONTREFACTUEL » ET L'APPROCHE DE LA COMMISSION

- 7.9 Pour déterminer la probabilité qu'une fusion conduise à un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence, il faut comparer la situation de concurrence à la lumière de la fusion avec la situation de concurrence si la fusion n'a pas lieu. Cette dernière situation s'appelle le scénario « contrefactuel ».
- 7.10 La nature du scénario contrefactuel dépend de la mesure dans laquelle les événements ou les circonstances et leurs conséquences peuvent être prévus. La période prévisible peut parfois être relativement courte. Toutefois, la Commission peut toujours examiner les effets de la fusion à la lumière d'un événement ou d'une circonstance qui a lieu même si cet événement ou cette circonstance n'est pas suffisamment prévisible pour être inclus dans le scénario contrefactuel.
- 7.11 Les fluctuations futures des conditions du marché, tels que la réglementation ou la libéralisation du marché, sont souvent prises en compte dans le cadre de l'évaluation concurrentielle de la Commission et peuvent affecter à la fois le scénario contrefactuel et le scénario de la fusion. Toutefois, les scénarios contrefactuels et de fusion ne peuvent être construits de manière à inclure des violations du droit de la concurrence, comme les effets causés par un cartel interdit.
- 7.12 Étant donné que le scénario contrefactuel peut être plus ou moins concurrentiel que les conditions actuelles du marché en matière de concurrence, le scénario contrefactuel choisi peut augmenter ou réduire les chances que la Commission conclut qu'il est plus probable qu'improbable qu'une fusion conduise à un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence.
- 7.13 Dans la pratique, la Commission adopte souvent les conditions qui prévalent en matière de concurrence (ou se base sur la situation avant la fusion dans le cas des fusions déjà réalisées) dans sa construction du scénario contrefactuel pour évaluer l'impact de la fusion.

- 7.14 Toutefois, la Commission évaluera la fusion par rapport à un autre scénario contrefactuel lorsqu'en considérant certains éléments à sa disposition, elle constate qu'il est peu probable que les conditions actuelles continuent de prévaloir (par exemple, lorsque la Commission estime que l'une des parties à la partie aurait inévitablement quitté le marché).
- 7.15 La Commission peut en principe examiner plusieurs scénarios contrefactuels possibles, mais en général, seul le scénario le plus probable sera retenu comme scénario contrefactuel pertinent. Lorsqu'elle constate que le choix d'un scénario particulier par rapport à deux ou plusieurs autres scénarios changera son évaluation de manière importante, la Commission peut lancer une enquête détaillée supplémentaire avant de parvenir à une conclusion sur le scénario contrefactuel pertinent.
- 7.16 En général, la Commission n'intégrera dans le scénario contrefactuel que les aspects qui lui semblent probables en se fondant sur les faits dont elle dispose et sa capacité à anticiper les évolutions futures. Elle s'efforcera d'éviter d'importer dans ses évaluations toute prétention fallacieuse à des prévisions ou à des pronostics précis. Étant donné que le scénario contrefactuel n'intègre que les éléments de scénarios qui sont prévisibles, il ne sera généralement pas nécessaire pour la Commission de porter des jugements finement équilibrés sur ce qui constitue et ne constitue pas le scénario contrefactuel.
- 7.17 Les exemples les plus remarquables de situations où la Commission peut utiliser un scénario contrefactuel différent des conditions qui prévalent en matière de concurrence sont les suivants :
- (a) le scénario de l'entreprise défailante ;
 - (b) le scénario relatif à la perte d'un arrivant potentiel ; et
 - (c) lorsqu'il y a des offres concurrentes ou des fusions parallèles.

Le scénario de l'entreprise défailante

- 7.18 Pour se faire une opinion dans le cas d'une entreprise défailante, la Commission cherchera à savoir :
- (a) si l'entreprise cible aurait quitté le marché dans un avenir proche ; et, dans l'affirmative
 - (b) s'il y aurait eu un autre acquéreur pour l'entreprise cible ou ses actifs.
- 7.19 Le scénario de l'entreprise défailante est le plus souvent envisagé lorsque l'une des entreprises est considérée comme ne pouvant pas répondre à ses obligations financières. Lors de l'examen de tout argument relatif à une entreprise défailante, la Commission accordera une importance particulière aux éléments de preuve qui n'ont pas été préparés en vue de la fusion. Il peut également être pertinent pour la Commission de comprendre la logique

commerciale derrière l'opération examinée (c'est-à-dire examiner pourquoi l'entreprise acquéreuse souhaite acheter l'entreprise cible ou ses actifs qui, selon elle, aurait de toute façon quitté le marché).

- 7.20 Pour que la Commission accepte l'argument d'entreprise défaillante, elle devra être convaincue que l'entreprise cible concernée aurait définitivement quitté le marché et avoir l'assurance qu'il n'existe pas d'autre alternative de rachat de l'entreprise ou de ses actifs qui serait nettement moins dommageable pour la concurrence. La Commission déterminera alors si la sortie de l'entreprise cible et de ses actifs serait nettement moins dommageable pour la concurrence que l'opération de fusion.
- 7.21 Après avoir pris en compte son scénario contrefactuel, toute perte de concurrence ne peut donc pas être attribuée à la fusion examinée. Si la Commission ne peut établir un niveau de confiance suffisant pour chaque considération, elle utilisera la situation existant avant la fusion comme scénario contrefactuel pour évaluer la fusion.
- 7.22 Si la Commission considère qu'il y avait d'autres acheteurs, elle tentera d'identifier qui auraient pu être ces autres acheteurs et en tiendra compte lors de l'établissement du scénario contrefactuel. L'analyse de l'impact de la fusion sur la concurrence (c'est-à-dire, déterminer si l'opération de fusion en cours d'examen aurait des effets nettement moins dommageables pour la concurrence que les effets d'une acquisition par un autre acheteur) fera partie de l'analyse visant à déterminer si l'opération entraînera un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence. De même, la comparaison entre la réalisation de la fusion et l'effet qu'entraînera la sortie de l'entreprise cible et la dispersion de ses ventes est traitée dans le cadre de l'examen des effets de la fusion sur le jeu de la concurrence.
- 7.23 Les considérations pratiques relatives aux questions de la Section 7.18(a)

L'entreprise cible serait-elle sortie du marché ?

- 7.24 La Commission examinera les éléments du dossier afin d'évaluer si l'entreprise cible aurait effectivement quitté le marché. Dans le contexte d'une entreprise cible qui se retire en raison d'une défaillance financière, la Commission déterminera si l'entreprise cible n'aurait pas été capable de remplir ses obligations financières dans un proche avenir ou de se restructurer. La Commission examinera le bilan de l'entreprise cible pour déterminer le profil de l'actif et du passif. Il examinera également toute mesure prise par la direction pour redresser la situation financière de l'entreprise cible et étudiera les documents contemporains tels que les comptes-rendus du conseil d'administration, les comptes de gestion et les plans stratégiques.
- 7.25 Si l'entreprise cible faisait partie d'un groupe de sociétés plus important, la Commission examinera la nature et la valeur des opérations au sein de ce groupe afin de déterminer dans quelle mesure les pertes ont été causées par des charges intragroupe et si les opérations ont été effectuées dans des conditions de concurrence normale. La Commission appliquera le même principe

pour déterminer si une filiale ou une division particulière aurait quitté le marché en l'absence de l'opération de fusion. Elle examinera les éléments de preuve démontrant les raisons pour lesquelles la société mère aurait fermé cette filiale ou cette division. De tels cas nécessitent une analyse très méticuleuse. Une société mère rentable peut décider de ne pas fermer une filiale ou une division qui semble être déficitaire pour plusieurs raisons. Par exemple, la répartition des coûts au sein d'une entreprise peut signifier que les comptes de la division ne reflètent pas le flux de trésorerie d'exploitation réel, ou que la division peut avoir une certaine valeur stratégique ou autre qui ne se reflète pas dans les comptes.

Y aurait-il eu un autre acheteur ?

- 7.26 Même si la Commission estime que l'entreprise cible aurait disparu du marché, il peut aussi y avoir d'autres acquéreurs qui en achetant l'entreprise cible en continuité d'exploitation, ou ses actifs, auraient eu un meilleur effet sur la concurrence que la fusion envisagée. Par exemple, d'autres acheteurs souhaiteraient acquérir l'entreprise cible ou ses actifs comme moyen de pénétrer le marché.
- 7.27 Lorsqu'elle examinera les perspectives d'un autre acheteur pour l'entreprise cible ou ses actifs, la Commission étudiera les éléments de preuve disponibles à l'appui de toute affirmation selon laquelle la concentration envisagée était la seule possible (c'est-à-dire qu'il n'y avait véritablement qu'un seul acheteur possible pour l'entreprise cible ou ses actifs). La Commission tiendra compte des perspectives de rachat alternatif de l'entreprise dépassant la valeur de liquidation.

Scénario relatif à la perte d'arrivants potentiels

- 7.28 La Commission examinera si la situation contrefactuelle doit tenir compte de l'entrée de l'une des parties à la fusion sur le marché d'une autre partie à la fusion ou, si elle se trouve déjà sur le marché, si la première partie à la fusion se serait développée si la fusion n'avait pas eu lieu.

Offres concurrentes et fusions parallèles

- 7.29 Lorsqu'il y a plus d'un soumissionnaire pour une entreprise cible, la Commission examine chaque offre concurrente séparément. En règle générale, elle ne procédera pas à une analyse comparative de plusieurs offres concurrentes.
- 7.30 Toutefois, la Commission tiendra compte d'une fusion si au même moment il pourrait y avoir une autre opération de fusion sur le même marché (une fusion parallèle).
- 7.31 À moins que la fusion parallèle ne puisse être clairement exclue comme étant trop spéculative, la Commission évaluera probablement si une fusion est plus susceptible que non d'entraîner un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence, que la fusion parallèle ait lieu ou non. La Commission n'ignorera pas une fusion parallèle au motif qu'elle n'a pas été notifiée, ou qu'elle a été notifiée après la fusion examinée ; ni ne donnera-t-elle automatiquement

préférence à la fusion qui a été notifiée en premier. La Commission peut toutefois donner préférence à la fusion moins susceptible de donner lieu à un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence en l'absence d'autres fusions.

- 7.32 Lorsqu'elle déterminera le scénario contrefactuel pertinent pour l'une de ces fusions parallèles, la Commission tiendra compte de la probabilité que les autres fusions parallèles se mettent en œuvre.

SECTION 8

LES APPROCHES ET MÉTHODES ANALYTIQUES

INTRODUCTION

- 8.1 Pour déterminer si une concentration est plus susceptible qu'improbable de donner lieu à un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence, la Commission effectuera son évaluation au regard des facteurs suivants (bien que les décisions ou les rapports de la Commission ne feront pas nécessairement et expressément mention de chacun de ces facteurs) :
- (a) la définition du marché ;
 - (b) les mesures de concentration ;
 - (c) dans le cas des fusions horizontales, les théories de préjudice suivantes :
 - (i) les effets non coordonnés (y compris la perte de la concurrence existante et potentielle et tout effet vertical) ; et
 - (ii) les effets coordonnés ;
 - (d) dans le cas de fusions non horizontales, les théories du préjudice suivantes :
 - (i) les effets non coordonnés (notamment le verrouillage du marché des intrants, le verrouillage total du marché des intrants et le verrouillage de l'accès à la clientèle, les informations commercialement sensibles et les préoccupations liées aux fusions conglomerales et diagonales) ; et
 - (ii) les effets coordonnés ;
 - (e) l'entrée et l'expansion ;
 - (f) l'évaluation des gains d'efficacité ;
 - (g) la puissance d'achat compensatrice ;
 - (h) la suppression d'une entreprise « franc-tireur » ; et
 - (i) les effets des fusions d'acheteurs concurrents.
- 8.2 Étant donné le temps réduit dont dispose la Commission pour effectuer une évaluation de Phase 1 par rapport à la période de 120 jours qui couvre les phases 1 et 2 combinées, l'aptitude de la Commission d'effectuer une analyse détaillée de toutes les questions peut être limitée pendant la Phase 1. Ainsi, l'étendue de l'analyse menée pour chacun des facteurs identifiés ci-dessus, et

les éléments de preuve pris en compte dans le cadre de cette analyse, peuvent varier selon que la fusion fait l'objet d'une évaluation de Phase 1 ou de Phase 2.

DÉFINITION DE MARCHÉ

- 8.3 La Commission déterminera les marchés en cause pour chaque fusion évaluée en utilisant le cadre défini par la directive relative à la définition de marché au titre du Règlement.
- 8.4 La Commission déterminera le marché en cause au cas par cas. Dans le cas des fusions horizontales, elle se concentrera sur le chevauchement entre les relations de produit et les relations géographiques fournies par les parties. Dans le cas de fusions non horizontales, la Commission identifiera les marchés en cause conjointement avec les théories applicables en matière de préjudice, y compris les effets non coordonnés et coordonnés.
- 8.5 En pratique, l'identification du marché en cause et l'exercice d'évaluation des effets sur la concurrence sur ce marché peuvent se chevaucher, et elle ne doit pas être considérée comme une analyse distincte. De nombreux facteurs affectant la définition du marché sont utiles pour l'évaluation des effets sur la concurrence et vice-versa.

LES MESURES DE CONCENTRATION

- 8.6 Dans le cadre de son appréciation d'une fusion, la Commission peut prendre en compte les parts de marché et le degré de concentration du marché, telles qu'elles sont évaluées sur le marché en cause. La Commission estime que les fusions qui entraînent des parts de marché nettement plus importantes ou une concentration accrue du marché sont plus susceptibles de conduire à un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence.
- 8.7 Pendant l'évaluation des informations sur les parts de marché et les niveaux de concentration, la Commission peut tenir compte des facteurs suivants :
- (a) le degré de différenciation des produits, s'il y a lieu ;
 - (b) les preuves relatives à la fluctuation des parts de marché au fil du temps ;
 - (c) l'étendue du marché ; et
 - (d) le niveau des marges bénéficiaires variables (par exemple, le chiffre d'affaires moins les coûts directs des ventes), pouvant servir d'indicateur du pouvoir de marché lorsqu'il est correctement étalonné.
- 8.8 La Commission peut utiliser le chiffre d'affaires, le volume de production, la capacité ou les réserves de l'entreprise pour mesurer les parts de marché. La mesure que la Commission utilisera dépendra des éléments du dossier et de la disponibilité des informations.

- 8.9 Il est peu probable que la Commission conclut à l'existence de problèmes dans le cas de fusions non horizontales, en termes d'effets coordonnés ou non coordonnés, lorsque la part de marché de la nouvelle entité à l'issue de l'opération de fusion sur chacun des marchés concernés est inférieure à 30 % et que la somme des parts de marché des trois premières entreprises est inférieure à 70 %.
- 8.10 Il est peu probable que la Commission conclut à l'existence de problèmes dans le cas de fusions horizontales, en termes d'effets coordonnés ou non coordonnés, lorsque la part de marché de la nouvelle entité à l'issue de l'opération de fusion est inférieure à 15 % et que la somme des parts de marché des trois premières entreprises est inférieure à 70 %.

TYPES DE FUSIONS ET THÉORIES DU PRÉJUDICE

- 8.11 Les théories du préjudice considérées par la Commission varient selon le type de fusion, la structure de l'offre et de la demande de l'industrie, les caractéristiques des produits et les tendances actuelles et prévues en matière de dynamique concurrentielle.
- 8.12 Les fusions peuvent être classées en deux grandes catégories : les fusions horizontales et les fusions non horizontales (c'est-à-dire verticales, diagonales et conglomerales). Les trois principales théories de préjudice conduisant à un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence sont les effets non coordonnés, les effets coordonnés et les effets verticaux ou conglomeraux. Chaque type de fusion et ses théories de préjudice les plus probables sont examinés ci-dessous.

Fusions horizontales

- 8.13 Les fusions horizontales sont des fusions entre entreprises actives dans la fourniture de produits concurrents, qui ont généralement lieu au même stade de la chaîne d'approvisionnement et sur le même marché géographique.
- 8.14 En règle générale, deux mécanismes peuvent entraîner un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence. Premièrement, une fusion peut éliminer un concurrent exerçant une pression concurrentielle importante avant la fusion (effets non coordonnés). Deuxièmement, la fusion peut modifier la structure de l'industrie et la nature de la concurrence en augmentant de manière sensible la probabilité que l'entreprise fusionnée et ses concurrents coordonnent leur comportement de manière anticoncurrentielle (les effets coordonnés).

Effets non coordonnés

- 8.15 Lors de l'évaluation des effets non coordonnés d'une fusion horizontale, la Commission déterminera la probabilité que la fusion entraîne un (i) affaiblissement de la situation de concurrence existante (y compris la concurrence des importations), (ii) un affaiblissement de la situation de

concurrence potentielle et (iii) des effets verticaux potentiels. Il n'est pas nécessaire que tous les facteurs soient présents pour que des effets non coordonnés soient considérés comme probables. Cette liste ne doit pas non plus être considérée comme exhaustive.

Affaiblissement de la concurrence existante sur le marché

- 8.16 La fusion de deux entreprises peut inciter l'entreprise fusionnée à augmenter le prix des produits de l'une ou des deux parties à la fusion. En l'absence de la fusion, une partie à la fusion qui augmente ses prix perd des bénéfices en raison (i) des ventes détournées vers l'autre partie à la fusion et (ii) des ventes détournées vers d'autres entreprises. Après l'opération de fusion, la pression concurrentielle exercée par l'autre partie à la fusion n'existe plus.
- 8.17 Lorsque des entreprises sont en concurrence avec des produits non différenciés, des effets non coordonnés sont plus probables lorsque le marché est concentré, il y a peu d'entreprises sur le marché affecté après l'opération de fusion, la fusion entraîne une forte augmentation de la part de marché ou il n'y a pas de forte frange concurrentielle.
- 8.18 Des effets non coordonnés à l'issue de fusions avec des produits indifférenciés ou différenciés peuvent également être plus probables lorsqu'une fusion implique une partie à la fusion censée exercer une pression concurrentielle importante (par exemple un nouvel arrivant, une entreprise ayant la réputation de pratiquer des réductions de prix agressives ou une entreprise ayant un nouveau modèle commercial), lorsque les produits des parties à la fusion sont des substituts proches ou lorsque le marché est concentré.

L'étroitesse de la concurrence

- 8.19 Si les produits des parties à la fusion sont de substituts proches par rapport à d'autres produits sur le marché en cause, la fusion est plus susceptible de faire disparaître une pression concurrentielle importante et de permettre aux parties à la fusion d'augmenter de manière rentable le prix d'un ou de plusieurs produits après la fusion. La part des ventes perdues suite à l'augmentation du prix du produit d'une partie à la fusion sera simplement détournée vers le produit de l'autre partie à la fusion. En fonction des marges relatives, la capture de ces pertes sur vente par une fusion peut rendre l'augmentation des prix rentable même si elle aurait été non rentable avant la fusion. Une telle fusion est donc plus susceptible d'entraîner un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence. Le ratio de détournement peut illustrer le degré de substitution entre les produits. Le ratio de détournement entre le produit A et le produit B représente la part des ventes qui sera détournée vers le produit B (par opposition à d'autres produits) qui est le deuxième choix des consommateurs si le prix du produit A augmente.
- 8.20 Un autre indicateur utile permettant de mesurer l'étroitesse de la concurrence est l'élasticité de la demande entre deux produits par rapport aux prix. L'élasticité croisée de la demande du produit A par rapport au produit B mesure la variation

en pourcentage de la quantité de produit A vendue lorsque le prix du produit B augmente de 1 %.

- 8.21 Le degré de concurrence directe entre les produits vendus par les parties à la fusion est essentiel à l'évaluation des effets non horizontaux sur les prix. Ces effets sont d'autant plus importants lorsque les acheteurs des produits vendus par une partie à la fusion considèrent les produits de l'autre partie à la fusion comme leur deuxième choix. En général, pour que le prix d'un produit augmente de manière importante après la fusion, une fraction importante de la clientèle achetant ce produit doit considérer les produits précédemment vendus par l'autre partie à la fusion comme leur deuxième meilleur choix. Cependant, à moins que les marges entre le prix et le coût différentiel avant l'opération de fusion soient faibles, il n'est pas nécessaire que cette fraction importante s'approche de la majorité de la clientèle.
- 8.22 À cette fin, le coût différentiel est mesuré par rapport à la variation de la production causée par la variation du prix considérée. Même si de nombreuses autres ventes sont détournées vers des produits vendus par des entreprises non parties à la fusion plutôt que vers des produits précédemment vendus par l'une des parties à la fusion, une fusion peut entraîner un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence .
- 8.23 Une fusion est moins susceptible d'entraîner un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence si les entreprises non parties à la fusion offrent des substituts assez proches des produits offerts par les parties à la fusion. Dans certains cas, les autres entreprises sur le marché pourront repositionner leurs produits pour offrir des substituts proches des produits offerts par les parties à la fusion.
- 8.24 Pendant l'évaluation de l'étroitesse de la concurrence, la Commission peut prendre en considération les éléments suivants (qui ne doivent pas être considérés comme exhaustifs) :
- (a) des informations sur les caractéristiques des produits, telles que les propriétés physiques et l'utilisation prévue, qui peuvent montrer des similarités entre les produits ;
 - (b) des informations sur les niveaux de prix relatifs et la mesure dans laquelle les prix des produits sur le marché concerné sont corrélés entre eux par rapport aux prix en dehors du marché concerné (en tenant compte de toute influence commune autre que l'interaction concurrentielle, comme les coûts communs, l'inflation, les taux de change, etc.) ;
 - (c) des informations sur les prix et les volumes de vente dans le temps ou dans des domaines différents, qui permettent d'analyser la sensibilité des consommateurs face aux changements de prix ou à l'entrée et à la sortie des entreprises sur le marché ;

- (d) les avis des consommateurs, des concurrents et des personnes intéressées et informées sur des questions relatives au comportement des consommateurs et au test du monopoleur hypothétique ; et
- (e) des documents tels que des études de marché, des enquêtes auprès des consommateurs préparés dans le cours normal des affaires, des analyses de marché préparées pour les investisseurs et des analyses commerciales internes (telles que des plans d'affaires et des documents de stratégie) ainsi que des preuves empiriques sur les ratios de détournement ou les élasticités croisées des prix.

Marges bénéficiaires variables

- 8.25 Si les marges bénéficiaires variables des produits des parties à la fusion sont importantes, des effets non coordonnés sont davantage susceptibles de se produire. En effet, dans de tels cas, comme dans celui de l'étroitesse de la concurrence, le coût d'une augmentation de prix avant la fusion (la valeur des ventes perdues aux concurrents) est particulièrement élevé par rapport au coût d'une augmentation de prix après la fusion, ce qui incite les parties à la fusion à augmenter les prix.

Parts de marché des parties à la fusion

- 8.26 Une fusion entraînant une augmentation importante de la part de marché peut être plus susceptible d'impliquer des entreprises qui vendent des produits de sorte qu'une grande partie des ventes perdues en raison d'une hausse de prix par rapport au prix d'avant la fusion du produit d'une partie à la fusion sera détournée vers le produit de l'autre partie à la fusion. Tel serait le cas si les seconds choix des consommateurs se détournant d'un produit dont le prix a augmenté sont distribués de la même manière que les premiers choix.
- 8.27 Bien que les parts de marché et leur progression ne constituent que de premières indications d'un pouvoir de marché et d'une augmentation de celui-ci, elles ne constitueront pas la principale prémisse sur laquelle la Commission fondera ses conclusions.

Sensibilité des consommateurs aux prix

- 8.28 Si les consommateurs sont généralement insensibles aux changements de prix des produits offerts par les parties à la fusion comparativement aux prix des produits des autres entreprises du marché, des effets non coordonnés sont plus probables. Dans de telles circonstances, une hausse des prix après l'opération de fusion est moins susceptible d'entraîner une perte importante des ventes, car les concurrents restants sont moins susceptibles d'exercer une pression concurrentielle importante sur l'entreprise fusionnée.
- 8.29 Lorsqu'elle évaluera la sensibilité des consommateurs au prix, la Commission déterminera si une part suffisamment importante de la clientèle (marginale) passerait facilement d'un produit de substitution à un autre. Si tel est le cas, les effets non coordonnés sont moins probables, indépendamment du fait qu'une

part importante de la clientèle restante trouve qu'il est difficile ou non de changer de fournisseur. Toutefois, tel n'est pas le cas lorsque les parties à la fusion peuvent identifier les groupes de consommateurs qui trouvent le changement de fournisseur facile et ceux qui ne le trouvent pas, et établir une discrimination par les prix. Sous cette réserve, des données probantes sur les habitudes de changement de fournisseurs des consommateurs et des réactions aux changements de prix peuvent fournir des informations importantes à cet égard.

Substitution du côté de l'offre

- 8.30 Si l'entreprise fusionnée augmente ses prix, les entreprises ne produisant pas actuellement de produit de substitution pourraient fournir, à court terme et sans encourir de coûts irrécupérables importants, un produit de substitution. Tout comme l'arrivée d'un nouveau concurrent, cela peut représenter une pression concurrentielle. Par conséquent, la Commission pourrait examiner si les fournisseurs de produits de substitution pourraient et voudraient modifier leurs installations de production existantes pour fabriquer des produits de substitution en réponse à une modification des prix relatifs, de la demande ou d'autres changements dans les conditions du marché.
- 8.31 La Commission examinera également la pénétration sur le marché en cause lors de son appréciation des fusions. La fusion n'est pas susceptible de conduire à un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence si la pénétration sur le marché est si facile que l'entreprise fusionnée et les concurrents restants ne pourront pas augmenter les prix de manière rentable ou réduire la concurrence d'une autre manière par rapport au niveau qui prévaudrait si la fusion n'avait pas lieu. La Commission examinera donc si la pénétration serait opportune, probable et suffisante de par son ampleur, sa nature et sa portée pour contrecarrer les effets concurrentiels préoccupants. Cela est examiné de manière plus détaillée aux Sections 8.91 à 8.99.

Problèmes de capacité

- 8.32 La Commission peut également évaluer si les conditions du marché sont telles que les concurrents des parties à la fusion ne sont pas susceptibles d'accroître sensiblement leur offre suite à une diminution de la production ou à une augmentation des prix de l'entreprise issue de la fusion. Cela peut en effet être le cas lorsque les concurrents font face à des problèmes de capacité importants et l'expansion est coûteuse ou si les capacités excédentaires existantes sont nettement plus coûteuses à exploiter que les capacités actuellement utilisées.
- 8.33 Dans de telles circonstances, une importante hausse des prix par l'entreprise fusionnée n'entraînera pas un détournement important des ventes vers les concurrents restants. De même, une baisse de la production (et une hausse du prix qui y est associée) par l'entreprise fusionnée ne sera pas compensée (ou le sera dans une moindre mesure) par l'expansion de la production des autres concurrents sur le marché. Par conséquent, l'entreprise fusionnée sera davantage incitée à augmenter les prix ou à restreindre la production.

Affaiblissement de la concurrence potentielle sur le marché

- 8.34 Même les entreprises qui n'opèrent pas actuellement sur un marché pertinent peuvent exercer une certaine pression concurrentielle sur les entreprises actives. L'élimination d'un nouvel arrivant potentiel peut réduire la concurrence de deux façons. Premièrement, cela peut évincer une entreprise qui est perçue par les entreprises en place comme un nouvel arrivant potentiel. Une entreprise « perçue comme étant un arrivant potentiel » limite le comportement des entreprises présentes sur le marché, que l'entrée ait eu lieu ou non. Une entreprise est plus susceptible d'être perçue comme un concurrent potentiel si les coûts irrécupérables de l'entrée sur le marché ne sont pas importants et si l'entrée peut se faire dans un délai relativement court.
- 8.35 Deuxièmement, la fusion peut éliminer un « arrivant potentiel réel », c'est-à-dire une entreprise objectivement susceptible d'entrer sur un marché dans un avenir prévisible, même si les entreprises actuellement sur le marché ne le perçoivent pas de cette façon.
- 8.36 Une fusion impliquant un concurrent potentiel peut faire augmenter les prix ou faire baisser la production, et peut donc entraîner un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence. La Commission peut prendre en considération (entre autres caractéristiques du marché) les questions suivantes dans son évaluation :
- (a) l'entrée-t-elle imminente ;
 - (b) le concurrent potentiel a-t-il des coûts inférieurs ou d'autres avantages technologiques ; et
 - (c) la fusion élimine-t-elle le seul concurrent potentiel ?
- 8.37 La Commission peut compléter les informations recueillies sur les questions susmentionnées par d'autres informations et calculs en vue d'évaluer la probabilité que la fusion entraîne une hausse des prix ou une baisse de la production.

Effets verticaux potentiels d'une fusion horizontale

- 8.38 Les fusions qui sont principalement de nature horizontale peuvent avoir des effets verticaux si une ou plusieurs des parties à la fusion opèrent également à un stade différent de la chaîne d'approvisionnement pour un produit ou un service donné. Cela peut donner à l'entreprise fusionnée la capacité et l'incitation de rendre plus difficile l'expansion des petites entreprises et des concurrents potentiels ou de restreindre de toute autre manière la capacité des entreprises concurrentes à se livrer concurrence.
- 8.39 Par exemple, l'entreprise fusionnée peut avoir un tel degré de contrôle ou d'influence sur la fourniture d'intrants ou les possibilités de distribution que l'expansion ou l'entrée d'entreprises concurrentes peut s'avérer plus coûteuse. De même, le contrôle exercé par l'entreprise fusionnée sur les brevets ou

d'autres formes de propriété intellectuelle peut compliquer l'expansion ou l'entrée de concurrents. Sur les marchés où l'interopérabilité entre différentes infrastructures ou plateformes est importante, une fusion peut donner à l'entreprise fusionnée la capacité et l'incitation à augmenter les coûts ou à diminuer la qualité de service de ses concurrents. Dans son appréciation, la Commission peut tenir *notamment* compte de la solidité financière de l'entreprise fusionnée par rapport à ses concurrents.

- 8.40 Pour apprécier les effets verticaux d'une fusion horizontale, la Commission utilisera une approche similaire à celle utilisée pour l'appréciation d'une fusion purement verticale. Dans une fusion principalement horizontale, l'entreprise fusionnée occupe généralement une position importante sur le marché pour entraîner un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence.

Effets coordonnés

- 8.41 Sous certaines conditions, une fusion peut entraîner un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence si elle augmente sensiblement la probabilité que l'entreprise fusionnée et ses concurrents puissent coordonner avec succès leur comportement afin d'augmenter leurs bénéfices.
- 8.42 Une fusion peut également entraîner un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence si elle rend la coordination plus facile, plus stable et plus efficace pour les entreprises qui se coordonnaient déjà avant la fusion, soit en confortant la coordination existante, soit en permettant aux entreprises de se coordonner sur des prix encore plus élevés.
- 8.43 La coordination peut revêtir plusieurs formes et ne doit pas nécessairement concerner tous les aspects sur lesquels les entreprises se livrent concurrence. Dans de nombreux cas, il s'agira pour les entreprises de maintenir des prix plus élevés que les prix habituels en n'offrant pas de réduction par exemple. Toutefois, la coordination peut, en principe, porter sur tout aspect de la concurrence, en restreignant, par exemple, l'expansion de la production ou les efforts d'innovation. Les entreprises peuvent également coordonner leur comportement en se répartissant le marché, par exemple par zone géographique ou sur la base d'autres caractéristiques de leur clientèle, ou encore en se partageant les marchés dans les procédures d'appels d'offres.
- 8.44 La coordination peut être explicite ou tacite. Une coordination explicite a généralement lieu lorsqu'il y a une communication directe et un accord explicite entre les parties concernées. La coordination tacite passe par une compréhension implicite entre les entreprises d'adopter un comportement qui constitue un équilibre coordonné, sans entente formelle et communication directe. Cependant, la collusion tacite implique souvent une certaine forme de communication indirecte. Les deux types de coordination peuvent être pertinents à l'évaluation des effets d'une fusion.
- 8.45 Le risque qu'une fusion donne lieu à des effets coordonnés négatifs peut ne pas être quantifié ou prouvé de manière détaillée. Par conséquent, lorsqu'elle

évaluera les effets coordonnés, la Commission tiendra compte des caractéristiques du marché pour déterminer si celui-ci pourrait favoriser la coordination. La Commission arrivera à cette conclusion si des entreprises représentant une part substantielle du marché en cause semblent avoir déjà coordonné leurs activités, à moins que les conditions de concurrence sur le marché n'aient évolué de manière importante depuis.

- 8.46 S'il existe des indications d'une coordination antérieure, la Commission examinera si la fusion rend la coordination plus stable ou plus efficace. S'il n'y a pas de preuve de coordination avant l'opération de fusion, la Commission examinera si la fusion rendra plus probable la coordination entre les entreprises du marché, en tenant compte des caractéristiques du marché. La coordination est peu probable lorsqu'il y a un faible niveau de concentration sur le marché.
- 8.47 La Commission évaluera si la fusion rend plus probable une coordination durable. Les conditions suivantes doivent être remplies pour que la coordination soit durable :
- (a) les entreprises doivent être en mesure de parvenir à une compréhension commune des modalités de la coordination et de contrôler si ces modalités sont maintenues ;
 - (b) la coordination doit être durable sur le plan interne - c'est-à-dire que les entreprises doivent trouver qu'il est dans leur intérêt individuel d'adhérer au résultat coordonné ; et
 - (c) la coordination doit être durable sur le plan externe de manière à ce qu'il y a peu de chances que la coordination soit sapée par les concurrents ne faisant pas partie du groupe de coordination.

Capacité à parvenir à une compréhension commune et sa mise en œuvre

- 8.48 En général, moins l'environnement économique est complexe et stable, plus il est facile pour les entreprises de parvenir à une compréhension commune.
- 8.49 L'environnement devient généralement plus complexe avec le nombre d'entreprises sur le marché, le nombre et les types de produits vendus et le nombre d'aspects sur lesquels les entreprises se livrent concurrence (par exemple, les facteurs de prix ou autres) ainsi que la mesure dans laquelle les entreprises diffèrent dans leurs capacités, leurs portefeuilles de produits, leur clientèle et leurs stratégies.
- 8.50 Une demande volatile, une croissance interne importante chez certaines entreprises sur le marché ou l'entrée fréquente de nouvelles entreprises peuvent indiquer que la situation actuelle n'est pas suffisamment stable pour favoriser la coordination et peuvent laisser penser que cela ne changera pas après l'opération de fusion. Sur des marchés marqués par l'innovation, la coordination peut être plus difficile dès lors que les innovations, en particulier celles qui sont

majeures, peuvent conférer à une entreprise un avantage considérable sur ses rivales.

- 8.51 Une coordination consistant en un partage du marché est plus facile à réaliser si les consommateurs présentent des caractéristiques simples. Ces caractéristiques peuvent être de nature géographique, être relatives au type de clientèle ou simplement liées au fait que les consommateurs ont pour habitude d'acheter à une seule et même entreprise. Les entreprises qui coordonnent leur comportement peuvent toutefois trouver d'autres moyens que le partage du marché pour surmonter les problèmes que posent les cadres économiques complexes.
- 8.52 Ils peuvent, par exemple, établir des règles de tarification simples qui leur permettront de coordonner plus facilement un grand nombre de prix. Un exemple d'une règle de ce type consiste à définir un petit nombre de prix de référence, atténuant ainsi le problème que pose la coordination. Un autre exemple est l'existence d'un rapport fixe entre certains prix de base et un certain nombre d'autres prix, de façon à ce que tous les prix évoluent de manière pratiquement parallèle. La publication d'informations importantes, l'échange d'informations au sein d'associations professionnelles ou l'accès à des informations au moyen de participations croisées ou de participations dans des entreprises communes peuvent aussi aider les entreprises à s'entendre sur les modalités de la coordination. Plus la situation du marché est complexe, plus la transparence ou la communication entre les entreprises seront vraisemblablement nécessaires pour qu'elles réussissent leur coordination.
- 8.53 Pour maintenir la coordination sur le marché, les entreprises doivent en principe être en mesure de surveiller suffisamment le comportement de chacune d'entre elles pour s'assurer que les écarts par rapport au résultat coordonné soient repérés. La transparence des prix facilitera généralement cette surveillance, mais la coordination peut être soutenue par des mécanismes autres que le prix, comme le partage du marché selon des dimensions géographiques.
- 8.54 Il y a souvent une plus grande transparence lorsqu'il y a un nombre faible de participants actifs sur le marché. En outre, le degré de transparence dépend souvent de la manière dont les opérations sont réalisées sur le marché. Par exemple, la transparence a plus de chances d'être forte sur un marché où les opérations sont publiques ou se déroulent dans le cadre d'enchères à la criée.
- 8.55 Inversement, la transparence peut être faible sur un marché où les opérations sont négociées bilatéralement et d'une manière confidentielle entre les acheteurs et les vendeurs. Pour apprécier le degré de transparence d'un marché, la Commission tentera de déterminer ce que des entreprises peuvent déduire des informations disponibles quant au comportement des autres entreprises.
- 8.56 Sur certains marchés où, compte tenu de la situation générale, il pourrait sembler difficile de repérer d'éventuels écarts, les entreprises peuvent néanmoins recourir à des pratiques qui facilitent cette surveillance, même si ces pratiques n'ont pas nécessairement celle-ci pour objectif. Ces pratiques, comme des clauses d'alignement sur la concurrence ou du client le plus favorisé, la

publication volontaire d'informations ou d'annonces, ou l'échange d'informations par le biais d'associations professionnelles, peuvent renforcer la transparence ou aider les concurrents à interpréter les choix qui sont faits. Les mandats croisés, des participations dans des entreprises communes et autres ententes peuvent aussi faciliter la surveillance.

Durabilité interne de la coordination

- 8.57 La coordination ne sera durable que si elle est durable sur le plan interne, c'est-à-dire si le bénéfice supplémentaire tiré de la coordination est suffisamment élevé et s'il existe un mécanisme efficace pour sanctionner les écarts. Une fusion peut augmenter la durabilité interne de la coordination, mais une telle augmentation n'est pas nécessaire pour entraîner un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence.
- 8.58 Une entreprise peut s'écarter des modalités de la coordination si le gain à court terme qu'elle réalise en proposant une offre plus compétitive que celle de l'entreprise coordinatrice l'emporte sur les coûts qu'elle devra supporter en cas de sanction future. Cette sanction peut prendre la forme d'un retour à une concurrence plus intense de la part des autres entreprises plutôt que d'une stratégie punitive délibérée de leur part.
- 8.59 Pour être efficace, la sanction doit être suffisamment rapide, ce qui est lié à la question de la transparence. Si les entreprises ne sont en mesure d'observer les actions de leurs concurrents qu'après un délai important, les représailles seront également retardées, ce qui peut influencer sur la question de savoir si elles sont suffisantes pour dissuader tout écart.
- 8.60 Une entreprise sera moins incitée à s'écarter d'une tarification plus compétitive si les commandes sont petites et régulières, plutôt que par des contrats occasionnels de grande envergure et de longue durée ou si relativement peu de consommateurs viennent vers elle avant que les entreprises coordonnatrices ne soient en mesure de réagir.
- 8.61 Une entreprise sera davantage incitée à s'écarter des modalités de la coordination si elle n'a que peu d'intérêts dans le statu quo. Par exemple, une entreprise ayant une petite part de marché qui peut se développer rapidement et de manière spectaculaire, sans être limitée ni par les limites de production ni par la réticence des consommateurs à changer de fournisseur, a peu de chances d'être dissuadée. Les entreprises sont également moins susceptibles d'être dissuadées par une sanction éventuelle si la concurrence sur le marché en cause est marquée par une innovation technologique avant-gardiste, de sorte que la réaction des concurrents n'affecte pas sensiblement les bénéfices d'une innovation réussie.
- 8.62 Plus le nombre d'entreprises est élevé - toutes autres choses restant égales - plus les bénéfices que produit l'écart sont importants et moins durable est la coordination. En même temps, le coût d'un retour à une tarification plus compétitive en cas de sanction est plus faible lorsque les bénéfices supplémentaires de la coordination sont partagés entre plusieurs entreprises.

- 8.63 Lorsque les asymétries entre les entreprises sont importantes, les incitations à la coordination sont généralement plus faibles. Par exemple, il peut ne pas être dans l'intérêt des grandes entreprises de coordination de prendre des sanctions lorsqu'elles sont confrontées à un petit concurrent s'écartant de la ligne d'action commune, si cela supprimerait les bénéfices de la coordination dans son ensemble. Ce manque d'incitation à exercer des représailles peut nuire à la coordination.

Durabilité externe de la coordination

- 8.64 Pour que la coordination réussisse, il ne faut pas que la réaction d'entreprises qui ne prennent pas part à la coordination et la réaction de concurrents potentiels, ainsi que des consommateurs, puisse compromettre les résultats attendus de la coordination. Si celle-ci vise, par exemple, à diminuer les capacités globales sur le marché, elle sera dommageable aux seuls consommateurs si les entreprises qui ne participent pas à la coordination sont dans l'incapacité ou n'ont pas l'incitation de réagir en augmentant suffisamment leurs propres capacités pour empêcher une diminution nette des capacités, ou du moins pour rendre la baisse de capacités coordonnée non profitable. Par exemple, une entreprise peut avoir des incitations sensiblement différentes de celles de ses concurrents en matière de coordination et une capacité suffisante pour prendre une part de marché considérable de tout groupe d'entreprises ayant tenté de coordonner ses activités sans sa participation. Une telle entreprise, parfois appelée « franc-tireur », peut avoir la réputation associée à des prix agressifs ou un modèle commercial perturbateur, et elle pourrait déstabiliser toute tentative de coordination entre les autres entreprises du marché. Une fusion qui élimine une telle entreprise peut augmenter les chances de réussite d'une tentative de coordination, et est donc plus susceptible d'entraîner un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence.
- 8.65 La Commission peut également tenir compte des barrières à l'entrée et de la puissance d'achat des consommateurs lorsqu'elle évalue les chances de réussite d'une tentative de coordination entre les acteurs du marché. Dans des cas pareils, une tentative de coordination a moins de chances de réussir.

Fusions non horizontales

- 8.66 Les fusions non horizontales, qui comprennent les fusions verticales, conglomérales et diagonales, impliquent des entreprises n'opérant pas sur le même marché. Ces fusions non horizontales n'entraînent pas l'élimination de la concurrence directe entre les entreprises d'un même marché, et il existe un principe bien établi selon lequel la plupart de ces fusions sont inoffensives, ou encore elles améliorent l'efficacité et ne posent pas de problèmes de concurrence.
- 8.67 Les fusions verticales et certaines fusions conglomérales se caractérisent notamment par le fait que les activités et/ou les produits des entreprises concernées sont complémentaires. L'intégration d'activités ou de produits complémentaires au sein d'une entreprise unique peut générer des gains

d'efficacité importants et favoriser la concurrence. Dans les relations verticales, par exemple, une diminution des marges commerciales en aval entraînera, grâce à la complémentarité, une augmentation de la demande, y compris en amont.

- 8.68 Une partie des avantages de cette augmentation de la demande reviendra aux fournisseurs situés en amont. Une entreprise intégrée tiendra compte de ces avantages. L'intégration verticale peut donc inciter plus fortement à chercher à diminuer les prix et à accroître la production car l'entreprise intégrée peut bénéficier d'une partie plus importante des avantages. C'est ce qu'on appelle souvent l'internalisation de doubles marges commerciales. De même, d'autres efforts visant à augmenter les ventes à un certain niveau (en diminuant les prix ou en renforçant l'innovation, par exemple) peuvent profiter davantage à une entreprise intégrée qui incorporera les retombées positives à d'autres niveaux.
- 8.69 L'intégration peut aussi réduire les coûts de transaction et permettre une meilleure coordination en termes de conception de produits, d'organisation du processus de production et de mode de vente des produits. De même, les fusions concernant des produits appartenant à une gamme ou un portefeuille de produits généralement vendus au même ensemble de clients (qu'il s'agisse ou non de produits complémentaires) peuvent générer des avantages pour le client, comme par exemple un système d'achat par guichet unique. Parfois, les fusions non horizontales peuvent aussi mener au développement de nouveaux produits.
- 8.70 Les fusions non horizontales peuvent être réparties en deux grandes catégories :
- (a) les « fusions verticales » impliquant des entreprises qui opèrent à différents stades d'une chaîne d'approvisionnement de l'industrie, de sorte que les différents stades de la chaîne de production où opèrent les parties à la fusion sont complémentaires. Un exemple est la fusion entre un fabricant et un distributeur dans l'industrie.
 - (b) Un cas particulier de fusion verticale est une « fusion diagonale » entre un fournisseur en amont et le concurrent en aval des clients qui achètent les biens ou les services du fournisseur - dans une fusion diagonale, la partie en aval n'achète pas d'intrants à la partie en amont.
 - (c) Les « fusions conglomérales » entre deux fournisseurs de biens ou de services qui n'opèrent pas sur le même marché, mais qui sont néanmoins liés ; par exemple, ils vendent des biens ou les services qui sont complémentaires (de sorte que lorsque le prix d'un bien baisse, la demande du consommateur pour l'autre bien augmente) ; ou les biens ou services ne se substituent que faiblement l'un à l'autre ; ou leur achat permettent de réaliser des économies d'échelle (de sorte que les clients les achètent ensemble).
- 8.71 Malgré les gains d'efficacité potentiels, certaines fusions non horizontales peuvent engendrer des effets non coordonnés et entraîner un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence. Parmi les théories de préjudice généralement liées à ces fusions, l'entreprise fusionnée pourrait porter atteinte à la capacité de ses concurrents à se livrer concurrence après la fusion, en

augmentant, par exemple, les prix réels offerts à ses concurrents ou en refusant de les approvisionner complètement. De telles actions peuvent nuire à la capacité des concurrents de l'entreprise fusionnée à exercer une pression concurrentielle à l'avenir. Une fusion non horizontale peut également engendrer des effets coordonnés.

- 8.72 Dans la pratique, les fusions peuvent avoir des effets tant horizontaux que non horizontaux. C'est le cas, par exemple, lorsque les parties à la fusion entretiennent non seulement des relations verticales ou conglomérales, mais sont aussi des concurrents existants ou potentiels les unes par rapport aux autres sur un ou plusieurs des marchés en cause concernés. La Commission appréciera donc la probabilité que la fusion entraîne un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence par le biais d'effets horizontaux, verticaux et/ou congloméraux.

Effets non coordonnés des fusions non horizontales

- 8.73 Malgré les différences de détail entre les différents dossiers, la Commission analysera les effets non coordonnés des fusions non horizontales en se référant aux trois questions suivantes :

- (a) Capacité : L'entreprise fusionnée aura-t-elle la capacité de nuire à ses concurrents, en augmentant, par exemple, les prix ou en refusant d'approvisionner ces derniers ?
- (b) Incitation : Trouvera-t-elle ce comportement rentable ?
- (c) Effet : L'effet d'une action de l'entreprise fusionnée sera-t-il suffisant pour réduire la concurrence sur le marché concerné dans la mesure où il entraînera un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence dans le contexte du marché en question ?

- 8.74 En pratique, les analyses fondées sur ces questions peuvent se chevaucher et de nombreux facteurs pertinents peuvent concerner plus d'une question. Par conséquent, les analyses de la Commission sur la capacité, l'incitation et l'effet peuvent ne pas être effectuées selon des étapes chronologiques distinctes, mais doivent être plutôt considérées comme des analyses qui se chevauchent. Pour pouvoir conclure qu'une fusion est plus susceptible qu'improbable d'entraîner un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence, les trois questions doivent recevoir une réponse affirmative.

- 8.75 Les sections suivantes décrivent certaines des théories du préjudice que la Commission peut prendre en considération dans son évaluation.

Verrouillage du marché des intrants

- 8.76 Pendant l'appréciation du verrouillage du marché des intrants, la préoccupation est que l'entreprise issue de la concentration pourrait augmenter le prix qu'elle facture à des fabricants ou des fournisseurs de services concurrents pour les intrants. Il serait alors plus difficile pour les fabricants ou les fournisseurs de

services concurrents de faire face à la concurrence en augmentant leurs coûts, ce qui les rendrait moins compétitifs. La concurrence chez les fabricants ou les fournisseurs du service concerné peut ainsi être atténuée.

Capacité

- 8.77 En ce qui concerne la capacité, la Commission peut prendre en considération des éléments de preuve fondés sur les facteurs suivants :
- (a) Le coût de l'intrant par rapport à l'ensemble des coûts du produit final. Toutes choses étant égales, si l'intrant ne représente qu'une petite fraction des coûts totaux encourus, l'entreprise issue de la fusion sera moins à même de nuire à la compétitivité de ses fabricants ou fournisseurs de services concurrents que si l'intrant représente une plus grande partie des coûts totaux occasionnés.
 - (b) La mesure dans laquelle les fabricants ou les fournisseurs de services concurrents peuvent éviter une augmentation de prix en se détournant de cet intrant. Si les concurrents en aval peuvent se tourner vers de nombreux substituts convenables pour l'intrant, l'entreprise fusionnée sera moins à même d'imposer une augmentation de prix que s'il y avait un nombre limité de fournisseurs pour l'intrant.

Incitation

- 8.78 Pour déterminer si l'entreprise fusionnée serait tentée de relever les prix qu'elle facture à ses fabricants ou fournisseurs de services concurrents pour l'intrant, la Commission examinera les facteurs influençant la rentabilité de l'augmentation des prix des intrants, et la mesure dans laquelle ces facteurs évoluent à l'issue de la fusion. En particulier, la Commission peut évaluer les éléments suivants :
- (a) Perte de bénéfices sur le marché des intrants. L'entreprise fusionnée augmente le prix des intrants mais perd des ventes, car les fabricants ou les fournisseurs de services concurrents se tournent vers d'autres solutions pour l'intrant. Ce changement sera généralement plus facile et donc plus coûteux pour l'entreprise fusionnée si la concurrence sur le marché des intrants est intense.
 - (b) Gain de bénéfices sur le marché du produit ou du service final. L'entreprise issue de la fusion peut tirer profit d'un verrouillage partiel du marché des intrants si elle oblige les fabricants ou les fournisseurs de services concurrents à augmenter leurs prix pour le produit ou le service final et si, par conséquent, les clients du marché du produit ou du service final se tournent vers le produit ou le service final de l'entreprise fusionnée.
- 8.79 Le gain décrit à la Section 8.78(b) sera réduit si (i) la clientèle ne réagit normalement pas aux changements de prix du produit final avec force et si (ii) le produit ou service final de l'entreprise fusionnée constitue un piètre substitut par rapport à ceux fournis par les fabricants ou fournisseurs de services concurrents,

de sorte que le ratio de détournement vers l'entreprise issue de la fusion est faible.

- 8.80 Le niveau relatif des marges bénéficiaires variables sur l'intrant et le produit final. Si, en valeur absolue, les marges bénéficiaires variables sont plus élevées pour l'intrant que pour le produit final, l'effet négatif sur la rentabilité des ventes perdues sur le marché de l'intrant peut l'emporter sur l'effet positif sur la rentabilité des ventes supplémentaires sur le marché du produit final.

Effet

- 8.81 Dans la mesure où l'entreprise fusionnée a à la fois la capacité et l'incitation à augmenter les prix de manière à exclure dans une certaine mesure ses fabricants concurrents, la Commission examinera l'incidence de cette exclusion sur la concurrence au sein du marché en aval. La Commission peut également tenir compte de toute relance en matière de concurrence sur le marché en aval entraînée par des gains d'efficacité découlant de la fusion.

Verrouillage total du marché des intrants

- 8.82 Dans certains cas, l'entreprise fusionnée peut cesser complètement d'approvisionner ses concurrents. Cela a pour effet de restreindre le choix des fabricants concurrents en matière de fournisseurs, ce qui pourrait à son tour entraver de manière effective la concurrence sur le marché des intrants, entraînant alors une hausse des prix des intrants pour les concurrents et d'autres effets potentiellement néfastes. Pour évaluer la capacité de l'entreprise fusionnée à s'engager dans un verrouillage total du marché des intrants, la Commission peut examiner la facilité avec laquelle l'entreprise fusionnée peut s'engager à ne pas revenir sur le marché des intrants, par exemple en adoptant une technologie d'intrants incompatible avec les techniques de production des fabricants concurrents du produit final.

Verrouillage de l'accès de la clientèle

- 8.83 Dans les fusions entre un fabricant et un distributeur, l'entreprise fusionnée peut augmenter les prix de détail lors de la vente des produits des concurrents (verrouillage partiel de la clientèle), ou cesser complètement de stocker les produits des concurrents (verrouillage total de la clientèle), dirigeant ainsi les clients vers ses propres produits. Pour permettre le verrouillage de l'accès à la clientèle, l'accès à une clientèle suffisante doit devenir plus difficile, de sorte qu'il devient nettement plus compliqué pour le concurrent en amont de fournir des intrants aux clients restants, par exemple parce que l'entreprise en amont ne peut pas réaliser des économies d'échelle. Un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence suite au verrouillage de l'accès à la clientèle repose généralement sur :

- (a) l'affectation d'une voie d'accès importante au marché, et la position importante que l'entreprise fusionnée occupe sur le marché de la distribution ;

- (b) l'incitation de l'entreprise fusionnée à s'engager dans une stratégie de verrouillage de la clientèle, car le bénéfice qu'elle tire en vendant une plus grande partie des produits qu'elle a fabriqués est supérieur au manque à gagner engendré par les clients qui changent de distributeur ; et
- (c) l'importance de l'impact d'un tel verrouillage de la clientèle sur le marché en amont sur le plan de la concurrence, compte tenu de tout gain d'efficacité qui renforcerait les incitations de l'entreprise issue de la concentration à se livrer concurrence.

Informations commercialement sensibles

8.84 Une fusion verticale peut donner à l'entreprise fusionnée l'accès à des informations commercialement sensibles sur les activités de concurrents non intégrés sur le marché des intrants ou sur le marché du produit final, ce qui lui permet de se livrer unilatéralement à une concurrence moins agressive sur le marché du produit final ou de désavantager ses concurrents. Pour que la fusion entraîne à un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence, il ne suffit pas que les concurrents soient simplement désavantagés sur le plan de la concurrence. Toutefois, si cela est susceptible de nuire aux clients, la Commission peut conclure que la fusion est susceptible d'entraîner un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence.

Préoccupations liées aux fusions conglomerales

8.85 Une fusion conglomerale peut susciter des préoccupations si l'entreprise fusionnée augmente le prix de vente de l'un de ses produits lorsqu'il est vendu séparément, mais change de prix si les clients achètent les deux produits de l'entreprise fusionnée. Les clients seront ainsi incités à acheter le deuxième produit auprès de l'entreprise fusionnée, ce qui désavantagerait les concurrents opérant sur le marché du deuxième produit.

8.86 L'approche de la Commission consistera à analyser la capacité, l'incitation et l'effet de cette stratégie. Elle prendra en compte les facteurs suivants :

- (a) si les clients ont une demande pour plus d'un produit et si les produits sont complémentaires ;
- (b) les préférences des clients en matière de variété et d'achat par guichet unique ; et
- (c) les coûts supportés par les concurrents pour offrir une variété de produits et l'achat par guichet unique à une échelle leur permettant de rivaliser efficacement avec l'entreprise fusionnée.

Préoccupations relatives aux fusions diagonales

8.87 Une fusion diagonale pourrait, par exemple, se produire lorsqu'il y a deux fabricants concurrents sur le marché du produit final, qui utilisent deux technologies différentes, et lorsqu'il y a une fusion entre un fournisseur de

l'intrant à utiliser dans une technologie donnée et le fabricant qui utilise la technologie concurrente. L'entreprise issue de la fusion pourrait nuire aux concurrents de son bras de fabrication en aval en augmentant les prix qu'elle facture au fabricant concurrent pour l'intrant.

8.88 L'approche de la Commission pour analyser la capacité, l'incitation et l'effet de cette stratégie peut prendre en compte les questions suivantes :

- (a) l'intrant est-il une composante importante du produit final ;
- (b) l'entreprise fusionnée occupe-t-elle une position importante sur le marché des intrants ; et
- (c) dans quelle mesure les produits finals des concurrents sont en concurrence avec le produit final de l'entreprise issue de la fusion.

8.89 Dans les fusions diagonales, les possibilités de réaliser des gains d'efficacité en matière de prix sont souvent plus restreintes que dans les fusions verticales classiques.

Effets coordonnés des fusions non horizontales

8.90 Une fusion non horizontale, comme une fusion horizontale, peut créer ou renforcer des effets coordonnés. Pour évaluer la probabilité qu'une fusion non horizontale engendre des effets coordonnés, la Commission adoptera le même cadre d'évaluation que pour les fusions horizontales : elle examinera si les conditions favorisant une coordination sont réunies après l'opération de fusion, ainsi que l'effet de la fusion sur la probabilité de la survenance d'une stratégie de coordination et son efficacité. Toutefois, les détails relatifs à l'analyse de l'impact de la fusion peuvent différer. Voici quelques exemples de la manière dont les fusions verticales pourraient affecter la coordination :

- (a) Une fusion verticale peut permettre à l'entreprise fusionnée d'avoir accès à des informations commercialement sensibles sur les activités des concurrents non intégrés sur le marché ; cela peut faciliter la coordination.
- (b) Une fusion verticale qui entraîne un verrouillage de l'accès au marché pourrait réduire le nombre d'acteurs sur le marché affecté, ce qui faciliterait la coordination entre les autres acteurs du marché.
- (c) Une fusion verticale peut également accroître le niveau de symétrie (par exemple, au niveau des coûts, si d'autres entreprises du marché sont également intégrées verticalement) et/ou le niveau de transparence sur le marché (par exemple, en permettant aux producteurs d'intrants de contrôler les prix des produits finals), ce qui facilite la mise en œuvre et la surveillance d'un comportement coordonné.
- (d) Une fusion verticale peut contribuer à faire converger les incitations des entreprises du marché à maintenir la coordination (par exemple, en permettant à l'entreprise verticalement intégrée de sanctionner plus

efficacement les écarts si elle devient un fournisseur ou un client important des autres entreprises sur le marché après l'opération de fusion).

- (e) Une fusion verticale peut également accroître les barrières à l'entrée, ce qui peut réduire les possibilités d'entrée pouvant perturber la coordination, ou elle peut réduire la puissance d'achat si l'opération comprend l'acquisition d'un client qui pourrait autrement perturber la coordination.

ENTRÉE ET EXPANSION

8.91 L'évaluation de la probabilité qu'une fusion entraîne un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence comprendra l'examen des réactions des autres entreprises sur le marché, y compris les concurrents, les concurrents potentiels et les clients de l'entreprise fusionnée. À plus long terme, la concurrence sur le marché peut être affectée par l'arrivée de nouvelles entreprises ou par les mesures prises par les concurrents de l'entreprise fusionnée pour renforcer leur capacité à rivaliser avec l'entreprise fusionnée. Certaines actions peuvent atténuer l'effet initial de la fusion sur le jeu de la concurrence et, dans certains cas, peuvent neutraliser un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence. Parmi ces actions, l'on peut citer :

- (a) l'investissement dans de nouvelles capacités, ou l'adaptation des capacités existantes pour un nouvel usage ;
- (b) l'entrée sur le marché en utilisant les nouvelles technologies pour permettre de nouvelles méthodes de production ;
- (c) des investissements dans le marketing et la conception de produits pour repositionner les marques existantes afin qu'elles rivalisent plus directement ou plus efficacement avec les marques de l'entreprise fusionnée ;
- (d) le parrainage d'un nouvel arrivant par des clients avec des garanties qu'ils feront affaire avec le nouvel arrivant ; et
- (e) l'investissement des clients en matière de capacités afin qu'ils puissent fabriquer leur propre intrant, éliminant les achats auprès de l'entreprise fusionnée.

8.92 Pour évaluer si l'entrée ou l'expansion pourrait atténuer ou neutraliser un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence, la Commission examinera si cette entrée ou expansion serait opportune, probable et suffisante.

8.93 La Commission examinera l'opportunité, la probabilité et la suffisance des efforts d'entrée ou d'expansion qu'un nouvel arrivant ou concurrent en expansion pourrait déployer dans la pratique. Un effort d'entrée ou d'expansion est défini par les actions que l'entreprise doit entreprendre pour produire et vendre son produit sur le marché. Les différents éléments de l'effort d'entrée ou d'expansion seront pris en considération. Ces éléments peuvent comprendre :

- (a) la planification, la conception et la gestion ; les permis, licences ou autres approbations requis ;
 - (b) la construction, le débogage et l'exploitation des installations de production ;
et
 - (c) la promotion, la commercialisation et la distribution ainsi que la satisfaction des critères de qualification et des exigences des clients.
- 8.94 Les exemples récents d'entrée ou d'expansion, qu'ils soient réussis ou non, sont généralement utilisés comme point de départ pour identifier les éléments relatifs aux efforts d'entrée ou d'expansion concrètement déployés. Ils peuvent également fournir des informations sur l'ampleur de l'action nécessaire pour que le nouvel arrivant ou concurrent réussisse, la présence ou l'absence de barrières à l'entrée ou à l'expansion (y compris les barrières tarifaires et réglementaires), les facteurs qui influencent le moment de l'entrée ou de l'expansion, les coûts et les risques associés à l'entrée ou à l'expansion, et les possibilités de vente réelles dont disposent les nouveaux arrivants ou les concurrents.

Opportunité

- 8.95 Afin de décourager les effets anticoncurrentiels, l'entrée ou l'expansion doit être suffisamment rapide pour rendre globalement non rentables les actions provoquant ces effets et favorisant donc l'entrée ou l'expansion, même si ces actions se révéleront rentables lorsque l'entrée ou l'expansion prend effet.
- 8.96 Même si la perspective d'une entrée ou d'une expansion sur le marché n'empêche pas les effets anticoncurrentiels, l'entrée ou l'expansion après la réalisation de la fusion peut les contrecarrer. Pour se faire, l'impact des nouveaux arrivants ou des concurrents sur le marché en cause doit être suffisamment rapide pour que les clients ne soient pas lésés de manière significative par la fusion, malgré tout dommage anticoncurrentiel survenu avant l'entrée ou l'expansion.
- 8.97 La Commission ne présumera pas qu'un nouvel arrivant ou un concurrent peut avoir un impact significatif sur les prix avant que ce nouvel arrivant ou ce concurrent ne soit prêt à fournir le produit en question aux clients, sauf s'il y a des preuves fiables démontrant que l'entrée ou l'expansion future prévue aura un tel effet sur les prix.

Probabilité

- 8.98 L'entrée ou l'expansion est probable si elle est rentable, compte tenu des actifs, des capacités et du capital nécessaires pour mettre en œuvre cette entrée ou expansion ainsi que les risques devant être encourus, y compris les coûts irrécupérables à supporter par le nouvel arrivant ou le concurrent si l'entrée ou l'expansion est un échec. La rentabilité repose sur les éléments suivants :
- (a) le niveau de production que le nouvel arrivant ou le concurrent est susceptible d'obtenir, compte tenu des obstacles qu'il risque de rencontrer ;

- (b) le prix que le nouvel arrivant ou le concurrent peut escompter sur le marché après la fusion, en tenant compte de l'impact de cette entrée ou de cette expansion elle-même sur les prix ; et
- (c) le coût par unité que le nouvel entrant ou le concurrent doit encourir, qui peut dépendre de l'échelle à laquelle le participant ou le concurrent mène ses activités.

Suffisance

8.99 Même lorsque cela est opportun et probable, l'entrée ou l'expansion peut ne pas être suffisante pour dissuader ou contrecarrer les effets anticoncurrentiels. Par exemple, dans une industrie à produits différenciés, l'entrée ou l'expansion peut s'avérer insuffisante, car les produits offerts par les nouveaux arrivants ou les concurrents ne sont pas des substituts suffisamment proches des produits offerts par l'entreprise fusionnée pour rendre une augmentation de prix par l'entreprise fusionnée non rentable. L'entrée ou l'expansion peut également être insuffisante suite à des contraintes limitant l'efficacité concurrentielle des nouveaux arrivants ou des concurrents, telles que les capacités limitées des entreprises les mieux placées pour pénétrer le marché ou de se développer, ou les problèmes de réputation empêchant une expansion rapide. L'entrée ou l'expansion d'une seule entreprise qui reproduira au moins l'échelle et la force de l'une des parties à la fusion est suffisante. L'entrée ou l'expansion d'une ou de plusieurs entreprises opérant à une échelle plus réduite peut être suffisante si ces entreprises ne subissent pas de désavantage concurrentiel significatif.

ÉVALUATION DES GAINS D'EFFICACITÉ

- 8.100 L'un des principaux avantages des fusions pour l'économie est qu'elles peuvent générer des gains d'efficacité importants et peut donc renforcer la capacité et l'incitation de l'entreprise fusionnée à livrer concurrence, et cela peut entraîner une baisse des prix, une amélioration de la qualité, un meilleur service ou de nouveaux produits. Par exemple, les gains d'efficacité générés par une fusion peuvent renforcer la concurrence en permettant à deux concurrents inefficaces de s'unir pour devenir un concurrent plus efficace, en combinant des actifs complémentaires par exemple. Dans un contexte d'effets non coordonnés, la réduction des coûts marginaux peut diminuer ou inverser l'incitation de l'entreprise fusionnée à augmenter les prix. Les gains d'efficacité peuvent également mener à la mise au point de produits nouveaux ou améliorés, même s'ils n'ont pas d'effet immédiat et direct sur le prix. Dans un contexte d'effets coordonnés, les réductions de coûts marginaux peuvent rendre la coordination moins probable ou moins efficace en renforçant l'incitation d'un franc-tireur à baisser les prix ou en créant une nouvelle entreprise de franc-tireur.
- 8.101 Pour que la Commission tienne compte des gains d'efficacité dans son évaluation, ceux-ci doivent être identifiables, opportuns et à l'avantage des consommateurs. Les gains d'efficacité identifiables sont des gains d'efficacité

spécifiques à une fusion qui ont été vérifiés et ne sont pas la conséquence de réductions anticoncurrentielles de la production ou du niveau de service.

- 8.102 La Commission n'accordera de crédit qu'aux gains d'efficacité susceptibles de découler de la fusion et qui ne peuvent pas être obtenus en l'absence de la fusion ou d'autre moyen ayant des effets anticoncurrentiels comparables. Ainsi, ils peuvent être désignés sous le terme de gains d'efficacité propres aux fusions. Seules les alternatives réalisables dans la situation commerciale à laquelle sont confrontées les parties à la fusion seront prises en considération par la Commission dans cette évaluation. La Commission n'insistera pas sur une alternative moins restrictive qui n'est que théorique, mais il incombe aux parties à la fusion de fournir en temps utile toutes les informations pertinentes nécessaires pour démontrer qu'il n'y a pas d'alternatives réalistes, réalisables et moins anticoncurrentielles que la fusion notifiée qui préserve les gains d'efficacité allégués.
- 8.103 Les gains d'efficacité sont difficiles à vérifier et à quantifier, en partie parce qu'une grande partie des informations relatives aux gains d'efficacité sont exclusivement entre les mains des parties à la fusion. Par ailleurs, les gains d'efficacité projetés de manière raisonnable et de bonne foi par les parties à la fusion peuvent ne pas se réaliser. Il incombe donc aux parties à la fusion d'étayer les allégations de gains d'efficacité de manière à ce que la Commission puisse vérifier, par des moyens raisonnables, la probabilité et l'ampleur de chaque gain d'efficacité allégué, la manière dont chaque gain d'efficacité sera atteint et le moment où il le sera (et les coûts éventuels associés), la manière dont chaque gain d'efficacité renforcerait la capacité et l'incitation de l'entreprise fusionnée à livrer concurrence, et la raison pour laquelle chaque gain d'efficacité est propre à la fusion. La Commission est plus susceptible de reconnaître les gains d'efficacité qui seront réalisés juste après l'opération de fusion ou dans un avenir très proche, et n'accordera peu, voire aucun poids aux gains d'efficacité éloignés dans le temps, car ils sont plus approximatifs et plus difficiles à prévoir.
- 8.104 Les gains d'efficacité allégués ne seront pas pris en considération s'ils sont imprécis, spéculatifs, ou ne peuvent être vérifiés par des moyens raisonnables. Les gains d'efficacité projetés peuvent être considérés avec scepticisme, notamment s'ils ont été générés en dehors de du processus de planification habituel des activités. En revanche, les gains d'efficacité allégués, étayés par des expériences antérieures analogues sont ceux ayant le plus de chances d'être pris en compte.
- 8.105 Dans son évaluation visant à déterminer si une fusion est susceptible d'entraîner un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence, la Commission examinera la probabilité que les gains d'efficacité identifiables soient suffisants pour contrecarrer l'effet dommageable potentiel de la fusion pour les consommateurs sur chaque marché concerné, par exemple, en empêchant des augmentations des prix sur ce marché. Il incombe donc aux parties à l'opération de démontrer que les gains d'efficacité se répercuteront suffisamment sur les consommateurs pour qu'ils soient considérés dans l'évaluation.

- 8.106 La Commission ne conclura pas qu'une fusion est plus susceptible qu'improbable d'entraîner un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence si les gains d'efficacité identifiables sont d'une telle nature et ampleur que la fusion ne risque pas de fausser la concurrence sur tout marché en cause. Toutefois, la Commission peut examiner les gains d'efficacité identifiables qui n'ont pas strictement lieu sur marché en cause, mais qui y sont si inextricablement liés de sorte qu'une cession partielle ou autre mesure corrective ne pourrait pas éliminer l'effet anticoncurrentiel sur le marché en cause sans sacrifier les gains d'efficacité sur le ou les autres marchés. Les gains d'efficacité inextricablement liés sont plus susceptibles de faire une différence lorsqu'ils sont importants et lorsque l'effet anticoncurrentiel probable sur le ou les marchés en cause est faible, de sorte que la fusion est susceptible de profiter aux clients dans leur ensemble.
- 8.107 Dans son analyse, la Commission ne se contentera pas de comparer l'ampleur des gains d'efficacité identifiables avec l'ampleur du préjudice probable sur le jeu de la concurrence si ces gains ne se concrétisaient pas. Plus l'effet négatif potentiel d'une fusion sur la concurrence est important, plus les gains d'efficacité doivent être élevés et plus ils doivent être répercutés sur les consommateurs, pour que la Commission puisse conclure que la fusion n'aura pas d'effet anticoncurrentiel sur le marché en cause. Lorsque l'effet négatif potentiel d'une fusion sur la concurrence est susceptible d'être particulièrement important, des gains d'efficacité extraordinairement élevés sont nécessaires et ils doivent être transmis aux consommateurs dans une large mesure pour éviter que la fusion ne fausse le jeu de la concurrence.
- 8.108 Les gains d'efficacité sont les plus susceptibles de faire une différence dans l'appréciation des fusions lorsque les effets négatifs probables sur la concurrence ne sont pas importants si les gains d'efficacité ne se concrétisaient pas. Les gains d'efficacité justifient rarement une fusion débouchant sur une position de monopole ou de quasi-monopole. Tout comme les effets négatifs sur la concurrence peuvent se manifester sous divers aspects comportementaux, comme la fixation des prix et le développement de nouveaux produits, les gains d'efficacité peuvent également se manifester sous divers aspects. De la même manière, les gains d'efficacité allégués fondés sur des prix plus bas peuvent être mis à mal s'ils reposent sur des réductions de la qualité ou de la variété des produits que les clients apprécient.
- 8.109 Certains types de gains d'efficacité sont plus susceptibles d'être identifiables et importants que d'autres. Par exemple, les gains d'efficacité résultant du transfert de la production entre des installations auparavant détenues par différentes parties permettent à celles-ci de réduire le coût de production marginal, sont plus susceptibles d'être vérifiés et ont moins de chances d'entraîner des baisses de production anticoncurrentielles. D'autres gains d'efficacité, tels que ceux liés à la recherche et au développement, sont potentiellement importants, mais sont généralement moins susceptibles d'être vérifiés. D'autres encore, comme ceux relatifs à l'approvisionnement, à la gestion ou au coût du capital, sont moins susceptibles d'être propres à la fusion ou d'être importants, ou peuvent ne pas être identifiables pour d'autres raisons.

8.110 Lorsqu'elle évalue les effets d'une fusion sur l'innovation, la Commission examine la capacité de l'entreprise fusionnée à mener plus efficacement des activités de recherche ou de développement. Ces gains d'efficacité peuvent stimuler l'innovation, mais n'affecteront pas la tarification à court terme. Néanmoins, ces gains d'efficacité peuvent souvent, à terme, générer des avantages importants pour les consommateurs. La Commission examine également la capacité de l'entreprise fusionnée à s'approprier une fraction plus importante des bénéfices résultant de ses innovations. Les conditions de licence et de propriété intellectuelle peuvent être importantes pour cette enquête, car elles affectent la capacité d'une entreprise à s'approprier les bénéfices de son innovation plutôt que de les transmettre aux consommateurs. Les économies réalisées sur les coûts de recherche et de développement peuvent être importantes, mais pourraient cependant ne pas être des gains d'efficacité identifiables, car elles sont difficiles à vérifier ou sont le résultat de réductions anticoncurrentielles des activités innovantes.

8.111 Quelques exemples de différents types de gains d'efficacité sont présentés ci-dessous.

Gains d'efficacité du côté de l'offre

8.112 Des gains d'efficacité du côté de l'offre sont réalisés si l'entreprise fusionnée peut fournir ses produits à un coût moindre à la suite de la fusion. Voici des exemples courants de gains d'efficacité du côté de l'offre :

- (a) la baisse des coûts ;
- (b) la suppression de la double marginalisation dans les fusions verticales ; et
- (c) la résolution des problèmes de « parasitisme » et de « renonciation à certains investissements ».

Baisses des coûts

8.113 Les fusions horizontales, verticales et conglomérales peuvent engendrer des gains d'efficacité sous forme d'économies de coûts de différentes façons. Par exemple :

- (a) L'entreprise issue de la fusion peut bénéficier d'économies d'échelle (grâce à des opérations de plus grande envergure) ou d'économies de gamme (par exemple, grâce à l'approvisionnement de différents produits). Ces deux types d'économie peuvent également entraîner une baisse des coûts fixes.
- (b) L'entreprise fusionnée peut tirer profit des processus de production ou des méthodes de travail plus efficaces de l'une des parties à la fusion, applicables à l'ensemble de son portefeuille de produits.
- (c) Les fusions verticales peuvent améliorer la coordination de la production en amont et de la distribution en aval, ce qui permet de réduire les coûts de transaction et de stockage.

8.114 La Commission est plus susceptible de tenir compte des économies de coûts lorsque les gains d'efficacité réduisent les coûts marginaux (ou variables à court terme), car ceux-ci tendent à encourager la concurrence et sont plus susceptibles d'être répercutés sur les clients sous la forme de prix plus bas. En général, la Commission n'accordera pas autant d'importance aux économies de coûts fixes, car elles peuvent souvent représenter des gains privés pour les entreprises et sont moins importantes dans la formation des prix à court terme, bien que les réductions de coûts fixes puissent jouer un rôle important dans la formation des prix à plus long terme.

Suppression de la double marginalisation

8.115 Les fusions verticales peuvent permettre à l'entreprise fusionnée de supprimer (c'est-à-dire d'internaliser) toute double marge commerciale préexistante. Ces doubles marges se produisent lorsque, avant la fusion, les entreprises qui fournissent l'intrant et celles qui produisent le produit final fixent leurs prix de manière indépendante et appliquent toutes les deux une majoration, de sorte que les prix facturés aux clients pour le produit final sont supérieurs à ce qui conviendrait aux intérêts communs des deux entreprises. Une fusion verticale peut permettre à l'entreprise fusionnée d'internaliser cette double marge et l'inciter à le faire, ce qui entraînerait une baisse du prix du produit final.

8.116 Dans certains cas, la double marginalisation peut ne pas être importante avant l'opération de fusion. Cela peut arriver, par exemple, si les accords de fourniture verticaux existants comprennent un mécanisme de prix qui élimine la marge sur l'intrant.

Résolution des problèmes de « renonciation à certains investissements » ou de « parasitisme »

8.117 Le gain d'efficacité du côté de l'offre pouvant survenir suite à une fusions verticale a lieu suite à l'alignement des incitations au sein de l'entreprise fusionnée à investir, par exemple, dans de nouveaux produits, de nouveaux procédés ou dans le marketing. Par exemple, un distributeur de produits fabriqués par une entreprise située en haut de la chaîne d'approvisionnement peut être réticent à l'idée d'investir dans la promotion de ces produits, car son investissement peut également profiter à des distributeurs/détaillants concurrents. Une fusion verticale peut atténuer ce problème de « parasitisme ».

8.118 Il arrive que des entreprises dans une relation verticale doivent faire des investissements non contraignants spécifiques à la relation et la forme spécifique de la transaction optimale ne peut être déterminée avec certitude au préalable. La préoccupation est qu'une fois que l'une des entreprises s'engage dans de tels investissements, cela donnera à l'autre entreprise un pouvoir de négociation accru, réduisant ainsi les bénéfices de la première entreprise. Cette situation est parfois appelée « hold-up » ou « renonciation à certains investissements » et peut conduire à un sous-investissement. Une fusion verticale peut atténuer ce problème.

Gains d'efficacité du côté de la demande

8.119 Des gains d'efficacité du côté de la demande ont lieu lorsque les consommateurs trouvent plus attractifs les produits de l'entreprise fusionnée après l'opération de fusion. Parmi les exemples courants de gains d'efficacité du côté de la demande, l'on peut citer

- (a) les effets tarifaires ; et
- (b) l'achat par « guichet unique »

Effets tarifaires

8.120 Des gains d'efficacité du côté de la demande peuvent découler d'une fusion conglomerale lorsque les produits des parties à la fusion sont complémentaires, de sorte que la baisse du prix d'un produit augmente la demande pour ce produit et pour les autres produits qui sont utilisés avec lui. Le fait de réunir des produits complémentaires sous une même enseigne peut permettre à l'entreprise fusionnée de profiter de l'effet positif d'une baisse du prix de l'un des produits sur les ventes des autres produits. L'atteinte de cet effet par une fusion peut entraîner une baisse des prix de tous les produits du lot, car l'entreprise qui vend tous les produits complémentaires peut réaliser un bénéfice en les vendant à un prix combiné inférieur à la somme que le client aurait payée pour assembler le même lot auprès de différents fournisseurs avant l'opération de fusion.

L'achat par « guichet unique »

8.121 Un gain d'efficacité supplémentaire du côté de la demande peut survenir lorsque les produits des parties à la concentration ne sont pas substituables et lorsque les consommateurs peuvent être davantage incités à acheter une gamme de produits auprès d'un seul fournisseur. Cela peut être dû, par exemple, au fait que l'achat auprès d'un seul fournisseur réduit les coûts de transaction ou, lorsque les produits sont complémentaires, assure une meilleure compatibilité des produits ou une meilleure assurance en matière de qualité. Parfois appelé « achat par guichet unique », il désigne une économie de gamme dans l'achat de biens plutôt que dans la production de biens.

PUISSANCE D'ACHAT COMPENSATRICE

8.122 Dans certaines circonstances, un client individuel ou un groupe de clients peut être en mesure d'utiliser son pouvoir de négociation pour limiter la capacité d'une entreprise fusionnée à augmenter les prix. Ce phénomène est appelé la puissance d'achat compensatrice. La puissance d'achat compensatrice est un facteur pouvant être pris en compte pour déterminer si une fusion est plus susceptible qu'improbable d'entraîner un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence.

8.123 Si tous les clients de l'entreprise fusionnée possèdent un nombre suffisant d'acheteurs compensatoires après l'opération de fusion, il est peu probable

qu'elle entraîne un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence. Toutefois, il arrive souvent que seuls certains clients de l'entreprise fusionnée possèdent une puissance d'achat compensatrice. Dans ce cas, la Commission évaluera dans quelle mesure la puissance d'achat compensatrice de ces clients peut être utilisée pour protéger tous les clients.

- 8.124 Différents facteurs peuvent créer une puissance d'achat. La position de négociation d'un client individuel sera plus forte s'il peut facilement retirer sa demande du fournisseur, ou s'il peut exercer une contrainte sur le comportement du fournisseur.
- 8.125 En général, la capacité de se détourner d'un fournisseur sera plus forte s'il existe plusieurs fournisseurs alternatifs vers lesquels le client peut se tourner de manière crédible, ou si le client a la possibilité de parrainer un nouvel arrivant. Lorsque les clients n'ont pas d'autre choix que de prendre les produits d'un fournisseur, ils peuvent néanmoins être en mesure de contenir les prix en imposant des coûts au fournisseur. Par exemple, les clients peuvent avoir une puissance d'achat suffisante par rapport à certains autres produits fabriqués par le fournisseur, ou, dans le cas d'un détaillant, positionner les produits du fournisseur dans des endroits moins attrayants du magasin.
- 8.126 Même lorsque le marché est caractérisé par de gros clients, cela ne signifie nécessairement pas qu'il y aura une puissance d'achat compensatrice. La Commission évaluera si, et dans quelle mesure, la fusion est susceptible de réduire la capacité et l'incitation du client à poursuivre de manière crédible l'une des stratégies exposées ci-dessus. Il est possible qu'une fusion réduise la capacité d'un client à changer de fournisseur ou même à parrainer un nouvel arrivant et, si cette réduction a un effet négatif important sur la position de négociation d'un client, la puissance d'achat de ce client ne sera pas suffisante pour faire contrepoids.
- 8.127 Lorsqu'un fournisseur est engagé dans des négociations bilatérales avec chacun de ses clients, le pouvoir de négociation relatif du fournisseur et de chaque client est déterminé par leur dépendance mutuelle. Dans de telles situations, il peut être plus facile pour les gros clients de menacer de parrainer un nouvel arrivant ou de s'intégrer verticalement avec un autre fournisseur comparativement aux petits clients n'ayant pas pu s'engager à acheter un volume d'achats suffisamment important pour rendre l'un ou l'autre viable. Inversement, les petits acheteurs peuvent être mieux placés pour changer de fournisseur en raison du volume inférieur de leurs achats.
- 8.128 La mesure dans laquelle la puissance d'achat d'un client, ou d'un groupe de clients, peut limiter les prix offerts par l'entreprise fusionnée à tous ses clients (phénomène parfois appelé « effet parapluie ») dépendra du marché concerné. Lorsque des négociations individuelles sont menées, la puissance d'achat d'un client ne protège généralement pas les autres clients qui ne possèdent pas cette puissance d'achat contre les effets négatifs engendrés par la fusion.
- 8.129 Dans les cas où il n'y a pas de négociations bilatérales entre fournisseurs et clients, et où le prix du marché de l'intrant est transparent pour tous les

fournisseurs et clients, la puissance d'achat peut naître simplement face à la taille d'un acheteur. Dans ces cas, la puissance d'achat d'un ou de plusieurs clients peut protéger d'autres clients ayant une puissance d'achat moindre ou nulle en empêchant une augmentation du prix final payé par tous les clients.

- 8.130 Pour que la puissance d'achat compensatrice évite un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence, le fait qu'elle existait déjà avant l'opération de fusion ne suffit pas. Elle doit également rester effective après la fusion. Pour l'évaluer, la Commission examinera l'impact de la fusion sur toute puissance d'achat compensatrice.

LA SUPPRESSION D'UNE ENTREPRISE DITE FRANC-TIREUR

- 8.131 Un « franc-tireur » désigne une entreprise disposant d'un avantage concurrentiel important. Une telle entreprise peut avoir des coûts marginaux particulièrement faibles, peut présenter un caractère plus innovant par rapport à ses concurrents, ou peut proposer un meilleur produit. Cette entreprise peut également avoir un meilleur contrôle d'entreprise. Les fusions impliquant un franc-tireur sont davantage susceptibles d'entraîner une augmentation significative et durable du pouvoir de marché unilatéral de l'entreprise fusionnée ou d'accroître la capacité et l'incitation d'un petit nombre d'entreprises à adopter un comportement coordonné. Des concurrents vigoureux et efficaces peuvent influencer, certains aspects importants de la concurrence, tels que la fixation des prix, l'innovation ou le développement de produits, même s'ils occupent une part de marché modeste. Le comportement de ces entreprises est souvent difficile à prévoir et elles ont tendance à offrir des avantages aux consommateurs au-delà du stock immédiat dont elles disposent, en forçant les autres acteurs du marché à fournir des produits de meilleure qualité et moins chers. Ils ont également tendance à saper les tentatives de coordonner un pouvoir de marché.
- 8.132 Une fusion qui élimine un concurrent vigoureux et efficace peut donc supprimer l'une des pressions concurrentielles les plus efficaces sur les acteurs du marché et donner ainsi naissance à un empêchement ou à une réduction sensible de la concurrence.
- 8.133 Voici des exemples d'information que la Commission peut exiger pour déterminer la mesure dans laquelle chaque partie à la fusion sera individuellement considérée comme un concurrent vigoureux et efficace sur le ou les marchés en cause :
- (a) des preuves de comportement concurrentiel passé en matière de prix, tels que des rabais et des promotions ;
 - (b) les niveaux de service aux points de vente (par exemple, les heures d'ouverture et le format du magasin) et le service après-vente ;
 - (c) les innovations passées et attendues, par exemple en matière de conception ou de technologie de production ; et

- (d) des preuves passées en matière de leadership par rapport aux concurrents sur d'autres aspects que les prix - par exemple la qualité des produits et les programmes de fidélité.

LES EFFETS DES FUSIONS ENTRE ACHETEURS CONCURRENTS

- 8.134 Les fusions entre acheteurs concurrents peuvent renforcer le pouvoir d'achat sur les marchés en amont, en particulier lorsque l'offre en amont est fragmentée dû à un grand nombre de vendeurs. Cette augmentation du pouvoir d'achat est parfois appelée « pouvoir de monopsonne ».
- 8.135 Les fusions entraînant une augmentation du pouvoir d'achat peuvent entraîner une baisse des prix payés par l'entreprise fusionnée, en réduisant, par exemple, les coûts de transaction ou en permettant à l'entreprise fusionnée de bénéficier de remises basées sur le volume. Ces réductions ne résultent pas du renforcement du pouvoir de marché de l'acheteur et ne sont pas susceptibles d'entraîner un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence. En fait, elles peuvent être importantes dans l'évaluation des gains d'efficacité favorables à la concurrence à l'issue d'une fusion.
- 8.136 Si après une fusion, la réduction des prix du côté acheteur du marché peut être - et sera souvent - favorable à la concurrence, le renforcement de la puissance d'achat de l'entreprise fusionnée peut, en principe, également entraîner un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence. Une telle situation peut survenir, notamment, lorsque l'entité fusionnée dispose d'un pouvoir de marché en aval. L'incitation à réduire les prix en aval peut être compromise par la perspective qu'une augmentation des quantités en aval et des achats d'intrants n'entraîne une hausse du prix des intrants.
- 8.137 Dans les situations où l'entreprise fusionnée ne peut pas influencer les prix finaux, par exemple lorsqu'elle est confrontée à une concurrence sévère, cet effet est peu probable et la fusion ne devrait pas non plus donner lieu à un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence. Toutefois, la puissance d'achat peut également mener à une situation où les fournisseurs sont moins incités à investir dans de nouveaux produits et processus, ce qui peut, en principe, entraîner un empêchement ou une réduction sensible de la concurrence.
- 8.138 Lorsqu'elle évalue les effets des fusions par rapport aux acheteurs concurrents, la Commission peut, par exemple, examiner si :
 - (a) l'entreprise fusionnée est motivée à réduire le montant de ses achats afin de diminuer le prix d'achat qu'elle paie ; et
 - (b) l'entreprise fusionnée dispose également d'un pouvoir de marché suffisant sur ses clients pour que, en réduisant la quantité qui leur est vendue sur le marché, elle puisse augmenter le prix auquel elle leur vend
