

« The Failing Firm Defence » et l'impact de la crise économique

Etude comparée Europe – Etats-Unis

Mémoire réalisé par
Aline WYCKMANS

Promoteur
Yves DE CORDT

Année académique 2014-2015
Master en droit

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Remerciements

En préambule de ce mémoire, j'adresse mes remerciements à toutes les personnes qui, de près ou de loin, m'ont aidée dans la réalisation de ce mémoire.

En premier lieu, je remercie Monsieur Yves De Cordt, professeur à l'UCL, qui, en tant que promoteur, m'a assuré de son aide et prêté assistance au cours de la rédaction de cette étude.

Ensuite, je tiens aussi à témoigner de ma reconnaissance à Monsieur Paul Nihoul, professeur de l'UCL, qui m'a initié au droit de la concurrence et pour ses conseils dans le choix du sujet de mon mémoire.

J'offre également mon amitié à Mademoiselle Jennifer Delforge, pour sa lecture critique et avisée.

Abréviations

FFD	Failing Firm Defence
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
FTC	Federal Trade Commission
DOJ	Department of Justice
OFT	Office of Fair Trading
CC	Competition Commission
SLC	Substantially Lessening Competition
SIEC	Significantly Impede Effective Competition
IHH	L'indice de Herfindahl-Hirschman
OCDE	L'Organisation de Coopération et de Développement Économiques

Table des matières

INTRODUCTION	1
PARTIE I. LES CONCENTRATIONS HORIZONTALES : NOTIONS	3
INTRODUCTION	3
CHAPITRE 1. AUX ETATS-UNIS	4
<i>Section 1. L'analyse substantielle de l'opération</i>	<i>4</i>
§1. Exposé général	4
§2. La preuve des effets anticoncurrentiels possibles	6
§3. Le concept de « marché pertinent ».....	7
§4. Parts de marché et degrés de concentration.....	8
§5. Les effets unilatéraux	10
§6. Les effets coordonnés.....	11
§7. Entrée sur le marché	11
§8. Les justifications	12
<i>Section 2. La procédure.....</i>	<i>13</i>
CHAPITRE 2. EN EUROPE	14
<i>Section 1. L'analyse substantielle de l'opération</i>	<i>14</i>
§1. Exposé général	14
§2. Le concept de « marché pertinent ».....	17
§3. Parts de marché et degrés de concentration.....	18
§4. Les effets unilatéraux	20
§5. Les effets coordonnés.....	21
§6. Entrée sur le marché	23
§7. Les justifications	23
<i>Section 2. La procédure.....</i>	<i>24</i>
PARTIE II. LA THEORIE DE L'ENTREPRISE DEFAILLANTE	25
INTRODUCTION	25
CHAPITRE 1. DEFINITION.....	26
CHAPITRE 2. AUX ETATS-UNIS	29
<i>Section 1. Les conditions d'application de l'argument de l'entreprise défaillante</i>	<i>29</i>
§1. Bases légales.....	29
§2. A travers la jurisprudence.....	32

<i>Section 2. L'argument de la division défaillante</i>	35
<i>Section 3. L'argument de l'entreprise fragilisée ou en récession</i>	36
CHAPITRE 3. EN EUROPE	37
<i>Section 1. Les conditions d'application de l'argument de l'entreprise défaillante</i>	37
§1. Bases légales.....	37
§2. A travers la jurisprudence.....	38
<i>Section 2. L'argument de la division défaillante</i>	43
<i>Section 3. L'argument de l'entreprise fragilisée ou en récession</i>	45
CHAPITRE 4. SIMILITUDES ET DIFFERENCES.....	46
CHAPITRE 5. LA CHARGE DE LA PREUVE.....	48
CHAPITRE 6. CRITIQUES	50
PARTIE III. IMPACT DE LA CRISE ECONOMIQUE	51
INTRODUCTION.....	51
CHAPITRE 1. IMPACT DE LA CRISE ECONOMIQUE SUR LE CONTROLE DES CONCENTRATIONS..	52
CHAPITRE 2. UN SECTEUR PARTICULIER : LES ETABLISSEMENTS FINANCIERS.....	58
CHAPITRE 3. APPROCHE D'AVANTAGE FONDEE SUR LES EFFETS : ALTERNATIVE ?	59
CONCLUSION	62
BIBLIOGRAPHIE	64
LEGISLATION / LIGNES DIRECTRICES	64
JURISPRUDENCE	66
DOCTRINE	68

Introduction

« *Les récessions sont temporaires, mais les fusions sont éternelles* »¹.

Carl Shapiro

L'été 2007 a vu le déclenchement de la crise actuelle qui a eu de grandes répercussions sur les économies à l'échelle mondiale. Il n'est donc pas surprenant que, dans cet environnement économique instable, les entreprises soient de plus en plus nombreuses à se retrouver en difficulté sur le plan financier. Une des solutions pour ces entreprises en difficulté est de fusionner avec des concurrents en meilleure santé financière. De ce fait, on a vu ces dernières années un regain d'intérêt pour l'argument de l'entreprise défaillante qui, d'après l'OCDE, risque d'être invoqué de plus en plus en temps de crise².

Dans ce contexte, la fréquence des fusions internationales avec une incidence transfrontalière va vraisemblablement aussi augmenter. Il est de ce fait essentiel pour les autorités de la concurrence d'aligner leurs conditions d'application de la théorie de l'entreprise défaillante afin d'améliorer leur efficacité et leur rapidité dans l'analyse de l'argument³. Il nous a donc paru opportun dans cette étude de faire une analyse comparative du système américain avec le système européen pour avoir une vue globale de la situation. Reste à savoir si ces concentrations ont un effet négatif sur la structure concurrentielle du marché.

La théorie de l'entreprise défaillante (« *failing firm defence* »), également connue sous la dénomination de « *concentration de sauvetage* »⁴ (« *rescue merger* »), est un concept qui a vu le jour dès 1930 aux Etats-Unis et qui est rarement appliqué avec succès. On retrouve dorénavant cet argument tant dans les lignes directrices américaines qu'européennes et il

¹ C., SHAPIRO, *Competition Policy in Distressed Industries*, discours prononcé à l'occasion de l'ABA Antitrust Symposium: Competition as Public Policy, 13 mai 2009, sur <http://www.justice.gov/atr/public/>

² OECD Key Findings, « Competition and Financial Markets », 2009, sur http://www.oecd.org/dataoecd/9/22/43067_294.pdf (consulté le 12 mars 2015), p. 15 ; A., WINCKLER, « La théorie de l'entreprise défaillante "Failing Firm Defense" : une renaissance dans la crise ? », *Revue Lamy de la Concurrence*, juillet-septembre 2009, p. 9 ; OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op.cit.*, pp. 15 et 67.

³ OECD Key Findings, « Competition and Financial Markets », *op.cit.* p. 15.

⁴ A., WINCKLER, « La théorie de l'entreprise défaillante "Failing Firm Defense" : une renaissance dans la crise ? », *op.cit.*, p. 9.

consiste à dire que l'une des entreprises, partie à la concentration, est « défaillante », autrement dit, elle se trouve dans une situation financière telle qu'il est fort probable qu'elle tomberait en faillite si l'opération de concentration n'avait pas lieu. De ce fait, comme elle sortirait de toute manière du marché, sa part de marché et ses actifs seraient vraisemblablement repris, sans coût, par l'une des entreprises partie à la concentration. Par conséquent, on va permettre la concentration, même si celle-ci crée ou renforce une position dominante de nature à détériorer la structure concurrentielle du marché⁵.

La crise financière a-t-elle eu un impact sur l'argument de l'entreprise défaillante ? La crise justifie-t-elle la réalisation d'ajustements ? Pour ce qui est des établissements financiers, ce cas particulier exige-t-il des conditions spécifiques ? Et pour finir, étant donné la rareté d'utilisation de cet argument, est-il toujours utile de le garder dans notre système juridique ?⁶

Afin de répondre à ces nombreuses questions, nous commencerons, dans une première partie, par expliquer la notion de concentration horizontale, tant dans le système européen, qu'américain. En deuxième lieu, nous nous attarderons sur la définition de la théorie de l'entreprise défaillante, l'argument de la division défaillante, ainsi que l'argument de l'entreprise fragilisée ou en récession. Finalement, nous analyserons l'impact de la crise économique et financière sur la théorie de l'entreprise défaillante et nous verrons également le sort réservé aux établissements financiers.

⁵ A., WINCKLER, « La théorie de l'entreprise défaillante "Failing Firm Defense" : une renaissance dans la crise ? », *op.cit.*, p. 9 ; OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op.cit.*, pp. 15 et 47 ; A., MASSON et P., NIHOUL, « 1. - Cours », in *Droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2011, pp. 495 – 496 ; I., KOKKORIS, « Failing Firm Defence in the European Union : A Panacea for Mergers », *E.C.L.R.*, 2006, n° 9, p. 494.

⁶ OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op.cit.*, p. 217.

Partie I. Les concentrations horizontales : notions

Introduction

Dans le contexte actuel de globalisation, il est très fréquent que des entreprises, antérieurement indépendantes, décident de fusionner pour ne former au final plus qu'une seule entité. Les raisons d'un tel choix sont nombreuses : possibilité d'investissement, extension de marché, élimination de la concurrence ou encore, simplement éviter de sortir du marché⁷.

Traditionnellement, il existe trois types de concentrations : les concentrations horizontales, les concentrations verticales et les concentrations conglomerates. Cependant, nous allons ici uniquement nous attarder sur les concentrations horizontales qui « *ont lieu entre concurrents, producteurs du même produit ou service dans le même marché et au même niveau des cycles de production ou de distribution* »⁸. Les concentrations horizontales sont également la principale menace qui peut venir affecter la concurrence et donc il est important de bien encadrer ce régime pour éviter tout effet anticoncurrentiel sur la structure du marché⁹.

Contrairement au droit européen qui est un régime assez récent, le droit de la concurrence américain est plus ancien et a longtemps été au centre du droit de la concurrence sur la scène internationale. En effet, le système américain a souvent été vu par les autres nations comme un modèle à suivre ou, tout du moins, à étudier. Par conséquent, le modèle américain joue un rôle de référence, mais il sert aussi de point de comparaison et permet de donner des critères communs à tous pour évaluer les autres systèmes. Il est donc assez courant d'entendre des commentaires tel que : « *this is like the US model* » ou encore « *country X's system is still immature or undeveloped in comparison to the US antitrust system* »¹⁰. De plus, étant donné l'ancienneté de ce modèle, il offre aux autres nations une source de données sans précédent. En effet, les praticiens ont la possibilité de pouvoir compter sur l'expérience américaine en se basant sur la jurisprudence, mais aussi sur les

⁷ A., MASSON et P., NIHOUL, « 1. - Cours », *op.cit.*, pp. 478 – 479 ; Y., DE CORDT, C., DELFORGE, T., LEONARD et Y., POULLET, *Manuel de droit commercial*, 2^e éd., Limal, Anthemis, 2011, p. 493.

⁸ Y., DE CORDT, C., DELFORGE, T., LEONARD et Y., POULLET, *Manuel de droit commercial*, *op.cit.*, p. 493 ; E., ELHAUGE et D., GERADIN, *Global Competition Law and Economics*, 2^e éd., Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 913.

⁹ D.J., GERBER, *Global Competition : Law, Markets, and Globalization*, New York, Oxford University Press, 2010, p. 148.

¹⁰ *Ibidem*, p. 152.

nombreux commentaires de doctrine, tous disponibles en anglais et de ce fait plus facilement accessibles¹¹.

C'est donc en raison de cette image de « parent »¹² du droit de la concurrence que nous allons commencer cette étude par l'analyse du modèle américain et ensuite, nous analyserons le modèle européen.

Chapitre 1. Aux Etats-Unis

Section 1. L'analyse substantielle de l'opération

§1. Exposé général

On retrouve aux Etats-Unis une poignée de lois adoptées par le Congrès en matière de droit de la concurrence. Tout d'abord, on retrouve le Sherman Act¹³ qui condamne les ententes illicites et l'abus de position dominante en général. Cependant, pour ce qui est des concentrations, il faut se référer à la Section 7 du Clayton Act¹⁴ qui est le texte de loi de référence en la matière. En vertu de ce dernier, toutes concentrations d'entreprises doivent être interdites si elles ont pour effet de restreindre substantiellement la concurrence (« *Substantially Lessening Competition* ») ou de tendre vers la création d'un monopole. Ensuite, en 1914, le Congrès a également adopté le FTC Act¹⁵ qui interdit de manière générale toutes méthodes déloyales en matière de concurrence¹⁶.

Bien qu'une concentration renforce la position de l'entité nouvellement créée sur le marché, cela ne veut pourtant pas nécessairement dire que la concentration est a priori illégale. En effet, les fusions horizontales font toujours l'objet de la « règle de la raison » (« *rule of reason* ») et, de ce fait, il faut vérifier si les fusions ont pour effet de restreindre substantiellement la concurrence ou de tendre vers la création d'un monopole avant de les interdire définitivement¹⁷.

¹¹ D.J., GERBER, *Global Competition : Law, Markets, and Globalization*, New York, Oxford University Press, 2010, pp. 121 et 152 - 154.

¹² *Ibidem*, pp. 121 et 154.

¹³ Sherman Act, 15 U.S.C. §§ 1-2 (1890).

¹⁴ Clayton Antitrust Act, 15 U.S.C. §18 (1914).

¹⁵ FTC Act, 15 U.S.C. §45a (1914).

¹⁶ M.L., KEELEY et R.M., STEINTHAL, « United States of America », in *Merger Control : Jurisdictional comparisons*, 1^{ère} éd., Londres, Thomson Reuters, 2011, pp. 793 et 808 ; E., ELHAUGE et D., GERADIN, *Global Competition Law and Economics*, *op.cit.*, pp. 12 et 913.

¹⁷ E., ELHAUGE et D., GERADIN, *Global Competition Law and Economics*, *op.cit.*, p. 913.

Ceci ne fût cependant pas toujours le cas. Jusqu'au milieu des années 70, c'était la « *per se rule* » qui dominait le terrain. En effet, comme le démontre les cas¹⁸ de *Brown Shoe Co. v. United States*, *United States v. Philadelphia National Bank* et *United States v. Von's Grocery Co.*, la plupart des concentrations étaient à l'époque interdites *per se*. Heureusement tout a changé avec la promulgation des lignes directrices sur les fusions en 1968 qui, au fil du temps, ont été modifiées pour arriver aux présentes lignes directrices¹⁹. Et c'est précisément ces lignes directrices qui, encore de nos jours, guident l'appréciation des concentrations aux Etats-Unis, avec comme but de prévenir uniquement l'apparition de fusions qui seraient anticoncurrentielles²⁰. Pour citer les lignes directrices en question : « *mergers should not be permitted to create, enhance, or entrench market power or to facilitate its exercise* »²¹.

Ce qui fait la particularité du système américain, et aussi sa complexité, c'est qu'il existe deux autorités compétentes en la matière : l'Antitrust Division of the US Department of Justice et la Federal Trade Commission (« FTC »). La présence de deux « agences » n'est pas un problème en soi, ce qui est problématique c'est qu'il n'existe pas de règle formelle prévoyant quelle agence est compétente pour tel ou tel type de transactions. En effet, le choix d'ouvrir une investigation ou non est laissé entièrement au libre choix des agences. De plus, pour complexifier encore plus les choses, chacune de ces deux agences a sa propre procédure, distincte de celle de l'autre²².

La question qu'il convient d'aborder dès à présent s'attache à déterminer les effets qu'une concentration horizontale pourrait avoir sur la structure de la concurrence. On est ici dans une analyse préventive qui a pour objet de comparer la situation d'avant et après la fusion pour déterminer si celle-ci va restreindre substantiellement la concurrence. Dans le cadre de cette analyse, il faut avoir égard aux effets tant unilatéraux que coordonnés. En effet, l'appréciation des concentrations consiste à vérifier si l'entité fusionnée disposera ou non d'un pouvoir excessif sur le marché. Pour cela, il faut prendre plusieurs facteurs en

¹⁸ *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962) ; *United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321 (1963) ; *United States v. Von's Grocery Co.*, 384 U.S. 270 (1966).

¹⁹ US Department of Justice and Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines as issued August 19, 2010.

²⁰ T., CALVANI et T.A., EVANS, « Regulation of Mergers & Monopolization », in *International and Comparative Competition Law and Policies*, The Hague, Kluwer law international, 2001, pp. 120 – 123 ; M.L., KEELEY et R.M., STEINTHAL, « United States of America », *op.cit.*, p. 808.

²¹ US Department of Justice and Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines as issued August 19, 2010, s.1.

²² M.L., KEELEY et R.M., STEINTHAL, « United States of America », *op.cit.*, p. 793 ; T., CALVANI et T.A., EVANS, « Regulation of Mergers & Monopolization », *op.cit.*, p. 134.

considération : les effets unilatéraux et coordonnés, l'entrée sur le marché et les justifications possibles²³.

§2. La preuve des effets anticoncurrentiels possibles

Le Department of Justice et la Federal Trade Commission prennent en considération toute preuve disponible et fiable pour analyser la question principale qui est de savoir si la concentration aura pour effet de restreindre substantiellement la concurrence. Pour l'exécution de cette mission, ces deux agences sont aidées par les lignes directrices qui contiennent une liste non exhaustive de diverses catégories de preuve et de différentes sources disponibles²⁴.

Pour ce qui est du type de preuves, elles peuvent notamment prendre en compte les événements historiques et effectuer une comparaison sur base de l'expérience. En effet, elles peuvent par exemple examiner l'impact de fusions récentes ou encore regarder les effets provoqués par des événements similaires dans des marchés similaires. Les agences peuvent aussi se baser sur les parts de marché, le degré de concentration, etc²⁵.

Concernant les sources, les plus courantes sont les parties à la concentration, les consommateurs, les autres participants du secteur et les spécialistes du secteur en question. Les agences obtiennent généralement une quantité considérable d'informations de la part des parties. Ces informations peuvent prendre la forme de documents, de simples témoignages ou encore de données. Toute preuve, qu'elle soit explicite ou implicite, sera prise en compte par les autorités pour déterminer quelle est la volonté des parties, pour voir si celles-ci ont comme intention d'augmenter les prix, de diminuer la qualité des produits, enlever certains produits ou retarder leur introduction, etc. De la même manière, les agences vont aussi analyser les sources afin de déterminer s'il n'y a pas un gain d'efficacité. A côté des parties à la concentration, la réaction des consommateurs est aussi essentielle. Ce sont en effet les consommateurs qui ont le plus intérêt à ce que l'analyse faite par les autorités soit la plus correcte possible étant donné que c'est leur argent qui est en jeu²⁶.

²³ E., ELHAUGE et D., GERADIN, *Global Competition Law and Economics*, op.cit., pp. 922 – 924 ; M.L., KEELEY et R.M., STEINTHAL, « United States of America », op.cit., p. 809.

²⁴ E., ELHAUGE et D., GERADIN, *Global Competition Law and Economics*, op.cit., p. 926 ; US DOJ/FTC Horizontal Merger Guidelines as issued August 19, 2010, s.2.

²⁵ US DOJ/FTC Horizontal Merger Guidelines as issued August 19, 2010, s.2.1.

²⁶ US DOJ/FTC Horizontal Merger Guidelines as issued August 19, 2010, s.2.2 ; E., ELHAUGE et D., GERADIN, *Global Competition Law and Economics*, op.cit., p. 927 ; T., CALVANI et T.A., EVANS, « Regulation of Mergers

§3. Le concept de « marché pertinent »

Il est important de définir le marché pertinent car celui-ci permet de déterminer qui entre en compétition avec qui. Le concept de marché pertinent joue en réalité deux rôles. Premièrement, celui-ci permet d'identifier les produits en cause (aspect matériel), ainsi que la section du pays dans laquelle le problème de concurrence survient (aspect géographique). Deuxièmement, cette étape permet également d'identifier les participants du marché, de mesurer les parts de marché et enfin, de mesurer le degré de concentration de ce dernier. Cependant, il est important de noter que l'évaluation des parts de marché et du degré de concentration n'est pas une fin en soi, mais cette évaluation est toutefois très utile dans la mesure où l'information obtenue contribue grandement à l'analyse des effets de la fusion sur la structure de la concurrence²⁷.

Même si cette étape est très importante, l'analyse des agences ne doit cependant pas nécessairement commencer par la définition du marché pertinent. Effectivement, certains des outils analytiques qui sont à leur disposition ne requièrent pas de définir le marché pertinent pour l'évaluation des effets de la concentration sur la concurrence²⁸.

Par conséquent, d'une part les agences doivent identifier les produits en cause et, d'autre part, la zone géographique. Ce n'est qu'une fois combinés que ces deux aspects définissent le marché pertinent. Premièrement, les agences vont devoir identifier les produits que les consommateurs considèrent comme substituables. Pour cela, les lignes directrices ont prévu un test dit « SSNIP » (« *Small but Significant and Non-transitory Increase in Price* »). L'idée est de voir si une variation légère mais constante du prix (en général 5%) va avoir un impact sur le comportement des consommateurs. Si tel est le cas, c'est-à-dire si les consommateurs du produit en cause ont recours à d'autres produits qu'ils jugent être similaires, alors ces produits seront considérés comme appartenant au même marché. Deuxièmement, les lignes directrices utilisent le même test pour définir la zone géographique²⁹.

& Monopolization », *op.cit.*, p. 126 ; M.L., KEELEY et R.M., STEINTHAL, « United States of America », *op.cit.*, p. 810.

²⁷ US DOJ/FTC Horizontal Merger Guidelines as issued August 19, 2010, s.4 ; E., ELHAUGE et D., GERADIN, *Global Competition Law and Economics*, *op.cit.*, p. 928.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ US DOJ/FTC Horizontal Merger Guidelines as issued August 19, 2010, s.4.1 et s.4.2 ; T., CALVANI et T.A., EVANS, « Regulation of Mergers & Monopolization », *op.cit.*, p. 124.

§4. Parts de marché et degrés de concentration

Après avoir défini le marché pertinent, les agences vont, d'une part, tenir compte de la part de marché des parties et, d'autre part, du degré de concentration du marché afin de déterminer si la fusion en question pourrait avoir pour effet de restreindre substantiellement la concurrence. Dans la plupart des cas, les agences mesurent la part de marché de chaque entreprise sur base des recettes réelles et prévues effectuées dans le marché pertinent. Pour ce qui est du degré de concentration, c'est une étape très utile qui donne une idée assez précise sur les effets de la fusion³⁰.

Essentiellement, pour calculer le degré de concentration les agences vont se baser sur l'indice de Herfindahl-Hirschmann (« IHH »). Cet indice a été développé dans les années 50 par deux économistes et il consiste à additionner le carré des parts de marché de toutes les entreprises du marché pertinent. Plus l'IHH est fort, plus le degré de concentration est élevé. Pour reprendre l'exemple³¹ donné dans les lignes directrices, si on a un marché composé de quatre entreprises chacune possédant réciproquement 30%, 30%, 20% et 20% cela donnera un IHH de 2600 ($30^2 + 30^2 + 20^2 + 20^2 = 2600$). L'IHH varie donc entre un chiffre proche de zéro (atomicité du marché) et 10 000 (monopole pur). Par conséquent, en mettant les parts de marché au carré, il y a un poids plus grand qui est donné aux parts de marché plus importantes³².

Une fois cette première partie du calcul réalisée, il faut prendre deux indices clés : 1500 et 2500. En effet, sur base de leur expérience, les agences ont finalement classé les marchés en trois catégories : les marchés non concentrés (IHH à l'issue de l'opération inférieur à 1500), les marchés moyennement concentrés (IHH à l'issue de l'opération compris entre 1500 et 2500) et enfin, les marchés fortement concentrés (IHH à l'issue de l'opération supérieur à 2500)³³.

Premièrement, dans l'hypothèse où l'IHH est peu élevé, il n'y aura pas d'intervention de la part des agences car on considère qu'une fusion qui a lieu dans un marché peu concentré n'est pas susceptible d'avoir des effets négatifs sur la structure de la concurrence.

³⁰ US DOJ/FTC Horizontal Merger Guidelines as issued August 19, 2010, s.5 ; E., ELHAUGE et D., GERADIN, *Global Competition Law and Economics*, *op.cit.*, p. 928.

³¹ US DOJ/FTC Horizontal Merger Guidelines as issued August 19, 2010, s.5.3.

³² T., CALVANI et T.A., EVANS, « Regulation of Mergers & Monopolization », *op.cit.*, p. 124.

³³ US DOJ/FTC Horizontal Merger Guidelines as issued August 19, 2010, s.5.3.

Deuxièmement, lorsqu'on a affaire à un marché moyennement concentré, les agences doivent opérer une distinction entre deux situations :

- Si le delta, c'est-à-dire la différence entre l'IHH d'avant la fusion et celui d'après la fusion, est inférieur à 100, alors il n'y a qu'un changement minime du degré de concentration et de ce fait, la fusion ne sera pas prohibée.
- Si, au contraire, le delta est supérieur à 100, alors on aura affaire à un marché moyennement concentré et les agences devront faire preuve d'une grande vigilance.

Et enfin, troisièmement, lorsque le marché est fortement concentré les agences doivent à nouveau opérer une distinction entre deux situations :

- Si la fusion fait varier le delta de manière minime ($100 < \text{delta} < 200$), les agences devront faire preuve d'une grande vigilance.
- Si par contre la fusion fait varier le delta de manière significative ($\text{delta} > 200$), dans cette hypothèse le degré de concentration est hautement élevé et par conséquent, la concentration sera présumée anticoncurrentielle. Cette présomption peut toutefois être renversée si les parties parviennent à apporter la preuve qu'il est peu probable que la fusion ait pour effet de restreindre substantiellement la concurrence³⁴.

Tableau récapitulatif :

IHH < 1500	1500 < IHH < 2500	IHH > 2500
OK	Delta < 100 OK	Delta < 100 OK
Pas d'intervention	Delta > 100 !!!	100 < delta < 200 !!!
		Delta > 200 X

En conclusion, l'indice de Herfindahl-Hirschman permet d'identifier les concentrations qui risquent très probablement de restreindre substantiellement la concurrence, celles qui, au contraire, n'ont qu'un faible risque d'avoir un impact négatif sur la structure de la concurrence, ainsi que celles qui imposent aux agences d'être plus vigilantes. Pour ces

³⁴ US DOJ/FTC Horizontal Merger Guidelines as issued August 19, 2010, s.5.3 ; T., CALVANI et T.A., EVANS, « Regulation of Mergers & Monopolization », *op.cit.*, pp. 124 – 125 ; E., ELHAUGE et D., GERADIN, *Global Competition Law and Economics*, *op.cit.*, p. 930.

dernières, les agences devront effectuer une analyse plus approfondie en recourant à d'autres outils analytiques³⁵.

§5. Les effets unilatéraux

Le concept d'effet unilatéral renvoi aux situations dans lesquelles la réalisation de la concentration entraîne un risque que l'entité nouvellement créée puisse exercer un pouvoir de marché trop important. L'exemple le plus courant étant la faculté pour l'entreprise d'augmenter unilatéralement ses prix, sans pour autant entraîner une réaction de ses concurrents. Les effets coordonnés, quant à eux, se distinguent par rapport aux premiers en ce sens qu'ils dépendent de la réaction des concurrents. Dans tous les cas, les effets unilatéraux et les effets coordonnés peuvent être présents soit séparément, soit ensemble. C'est pourquoi la distinction entre les deux peut parfois être relativement floue³⁶.

Les lignes directrices traitent de différents types d'effets unilatéraux. Cependant, ici encore, cette liste n'est pas exhaustive. Par exemple, dans certains secteurs, la concentration va permettre aux parties à la fusion d'augmenter unilatéralement le prix d'un ou plusieurs produits. Dans cette hypothèse, l'ampleur de la concurrence entre les produits vendus par les parties à la concentration va jouer un rôle clé étant donné que les effets unilatéraux sont accrus lorsque les consommateurs, qui achètent les produits vendus par une des parties à la concentration, considèrent les produits vendus par l'autre partie à la concentration comme étant leur prochain choix³⁷.

La concentration peut également avoir des effets sur les efforts innovateurs des parties à la concentration, ainsi que sur la variété des produits vendus par celles-ci. De plus, dans certains secteurs, et plus particulièrement dans ceux faisant intervenir des biens et services intermédiaires, les acheteurs et les vendeurs ont recours au processus de négociation afin de déterminer les prix et autres modalités. Généralement, dans un tel contexte, les acheteurs négocient avec plus d'un vendeur pour essayer d'obtenir les meilleures conditions possibles. Cependant, si les vendeurs venaient à fusionner, cette fusion empêcherait les acheteurs de pouvoir recourir à ce processus de négociation ce qui aurait pour conséquence un résultat moins favorable pour les acheteurs étant donné que les conditions offertes par les parties à la

³⁵ US DOJ/FTC Horizontal Merger Guidelines as issued August 19, 2010, s.5.3 ; T., CALVANI et T.A., EVANS, « Regulation of Mergers & Monopolization », *op.cit.*, pp. 124 – 125 ; E., ELHAUGE et D., GERADIN, *Global Competition Law and Economics*, *op.cit.*, p. 930.

³⁶ E., ELHAUGE et D., GERADIN, *Global Competition Law and Economics*, *op.cit.*, p. 922 ; US DOJ/FTC Horizontal Merger Guidelines as issued August 19, 2010, s.1.

³⁷ US DOJ/FTC Horizontal Merger Guidelines as issued August 19, 2010, s.6 et s.6.1.

concentration seraient moins bonnes que celles qui auraient été offertes en l'absence de la concentration en question³⁸.

§6. Les effets coordonnés

Une concentration peut également restreindre substantiellement la concurrence en permettant ou en encourageant un parallélisme des comportements entre les différentes entreprises du marché pertinent. Comme pour les effets unilatéraux, on peut retrouver dans la pratique des entreprises de nombreuses formes de coordination. La plus courante étant l'augmentation des prix. De surcroît, cette coordination entre les entreprises d'un même marché peut se faire de manière explicite ou implicite. Cependant, les entreprises devront faire preuve d'une grande vigilance dans leur comportement étant donné que, comme il a été signalé plus haut, le Sherman Act condamne les ententes illicites³⁹.

§7. Entrée sur le marché

Jusqu'alors, les agences ne se sont préoccupées que des participants existants sur le marché. Mais, pour cette étape-ci, les agences doivent vérifier si la concentration peut bénéficier ou même ériger des barrières à l'entrée sur le marché. C'est une étape importante car si l'entrée sur le marché peut s'accomplir de manière aisée, aucune objection ne pourrait être soulevée à l'encontre de la concentration étant donné que l'importance acquise par cette dernière serait compensée par l'entrée possible d'un ou plusieurs nouveaux concurrents sur le marché pertinent. D'après les lignes directrices, une entrée sur le marché est considérée aisée « *if entry would be timely, likely and sufficient in its magnitude, character, and scope to deter or counteract the competitive effects of concern* »⁴⁰. Par conséquent, les agences doivent évaluer la rapidité, la probabilité et la suffisance de l'entrée sur le marché⁴¹.

La première exigence est assez simple et exige seulement que l'entrée sur le marché se fasse en temps utile, c'est-à-dire dans les deux ans. Pour ce qui est de la probabilité d'entrée sur le marché, c'est un peu plus complexe étant donné que ce critère exige que le nouvel entrant soit rentable en vendant ses produits ou ses services au prix qui existait avant la

³⁸ E., ELHAUGE et D., GERADIN, *Global Competition Law and Economics*, op.cit., pp. 933 – 935 ; US DOJ/FTC Horizontal Merger Guidelines as issued August 19, 2010, s.6.2 et s.6.4.

³⁹ US DOJ/FTC Horizontal Merger Guidelines as issued August 19, 2010, s.7 ; E., ELHAUGE et D., GERADIN, *Global Competition Law and Economics*, op.cit., pp. 12 et 949 – 950.

⁴⁰ US DOJ/FTC Horizontal Merger Guidelines as issued August 19, 2010, s.9.

⁴¹ US DOJ/FTC Horizontal Merger Guidelines as issued August 19, 2010, s.9 ; T., CALVANI et T.A., EVANS, « Regulation of Mergers & Monopolization », op.cit., p. 125 ; E., ELHAUGE et D., GERADIN, *Global Competition Law and Economics*, op.cit., pp. 981 – 983.

réalisation de la concentration. Cette exigence implique que le nouvel entrant doit être disposé à assumer les coûts irrécupérables nécessaires pour entrer sur le marché de manière relativement rapide. Finalement, l'entrée doit aussi être suffisante afin de permettre aux prix de retourner au niveau auquel ils étaient avant la fusion⁴².

§8. Les justifications

Traditionnellement, lorsqu'une concentration risque d'être interdite, il existe deux arguments que les parties à la concentration peuvent invoquer : les gains d'efficacité et, l'objet de cette étude, la *failing firm defence* dont nous parlerons de manière plus approfondie dans la Partie II⁴³.

Pour ce qui est des gains d'efficacité, on considère généralement que la concurrence encourage les entreprises à réaliser des gains d'efficacité. Toutefois, ce moyen de défense n'a pas eu des débuts faciles aux Etats-Unis. Effectivement, certains considéraient que les gains d'efficacité n'avaient pas leur place en droit et que ceux-ci n'étaient pas pertinents aux fins de l'évaluation des concentrations. Cela a malgré tout changé en 1997 lorsque les lignes directrices ont spécialement été révisées pour intégrer l'hypothèse des gains d'efficacité⁴⁴.

Les lignes directrices reconnaissent aujourd'hui que les agences « *will not challenge a merger if cognizable efficiencies are of a character and magnitude such that the merger is not likely to be anticompetitive in a relevant market* »⁴⁵. Pour être admis, l'argument des gains d'efficacité doit être vérifiable et spécifique à la concentration. En d'autres termes, les parties doivent prouver que la concentration parviendra vraisemblablement à réaliser des gains d'efficacité, ce qui ne serait pas le cas en l'absence de la concentration notifiée, et qu'il n'y a pas d'alternatives moins anticoncurrentielles⁴⁶.

Dans la pratique, les agences sont assez sceptiques lors de l'évaluation de cet argument étant donné que celui-ci est très difficile à vérifier et quantifier. Cet argument ne sera même pas pris en considération s'il est vague, spéculatif ou encore s'il n'est pas possible de le vérifier via la mobilisation de moyens raisonnables. De plus, cette justification ne saurait

⁴² *Ibidem*.

⁴³ E., ELHAUGE et D., GERADIN, *Global Competition Law and Economics*, *op.cit.*, pp. 989 et 1016 ; T., CALVANI et T.A., EVANS, « Regulation of Mergers & Monopolization », *op.cit.*, p. 126 ; US DOJ/FTC Horizontal Merger Guidelines as issued August 19, 2010, s.10 et s.11.

⁴⁴ T., CALVANI et T.A., EVANS, « Regulation of Mergers & Monopolization », *op.cit.*, pp. 126 – 127.

⁴⁵ US DOJ/FTC Horizontal Merger Guidelines as issued August 19, 2010, s.10.

⁴⁶ M.L., KEELEY et R.M., STEINTHAL, « United States of America », *op.cit.*, pp. 809 – 810 ; US DOJ/FTC Horizontal Merger Guidelines as issued August 19, 2010, s.10.

en rien justifier une concentration débouchant sur un monopole ou une situation de quasi-monopole⁴⁷.

Section 2. La procédure

The Hart-Scott-Rodino (« HSR ») Antitrust Improvements Act⁴⁸ prévoit une exigence de notification préalable des concentrations. Cette notification permet aujourd'hui aux Department of Justice et à la Federal Trade Commission de contrôler la fusion avant sa réalisation, ce qui n'était pas le cas avant. Auparavant, les agences prenaient connaissance de la concentration une fois celle-ci réalisée. Cela posait toutefois de gros problèmes car la procédure pouvait prendre des années. En effet, si une concentration était jugée anticoncurrentielle, les agences cherchaient la dissolution de cette dernière. Cependant, l'investigation en elle-même pouvait prendre des mois, voir des années, et dans la plupart des cas la décision allait en appel, ce qui prenait encore plus de temps. De ce fait, les concentrations jugées anticoncurrentielles étaient dissoutes des années après la réalisation de la concentration. Il était dès lors presque impossible de séparer les actifs des deux entreprises de façon à rétablir la situation d'avant fusion⁴⁹.

La législation prévoit que les agences ont la possibilité d'examiner et de contester une concentration avant que celle-ci ne se réalise. Cette opportunité donne la possibilité à ces dernières d'identifier les aspects problématiques de la fusion et d'ainsi permettre aux parties de trouver une solution ou tout simplement d'abandonner leur projet de fusion. L'importance de cette procédure ne doit donc pas être prise à la légère étant donné qu'aujourd'hui le contrôle administratif est venu remplacer le contrôle judiciaire à tel point qu'il y a très peu d'arrêt de la Cour d'Appel en la matière⁵⁰.

Les détails de la procédure sont incroyablement compliqués et varient suivant l'agence qui décide d'ouvrir l'investigation. Malgré tout, la période d'attente est la même pour chacune des agences. En effet, après que les deux parties aient chacune de leur côté notifié la concentration, celles-ci sont tenues de respecter une période d'attente obligatoire. La période d'attente initiale est de 30 jours, cependant il y a une période plus courte de 15 jours pour

⁴⁷ T., CALVANI et T.A., EVANS, « Regulation of Mergers & Monopolization », *op.cit.*, p. 127 ; US DOJ/FTC Horizontal Merger Guidelines as issued August 19, 2010, s.10.

⁴⁸ Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act, 15 U.S.C. §18a (1976).

⁴⁹ T., CALVANI et T.A., EVANS, « Regulation of Mergers & Monopolization », *op.cit.*, pp. 130 – 131 ; E., ELHAUGE et D., GERADIN, *Global Competition Law and Economics*, *op.cit.*, p. 914.

⁵⁰ E., ELHAUGE et D., GERADIN, *Global Competition Law and Economics*, *op.cit.*, pp. 914 – 916 ; T., CALVANI et T.A., EVANS, « Regulation of Mergers & Monopolization », *op.cit.*, pp. 130 – 131.

certaines transactions. Durant cette période, le Department of Justice ou la Federal Trade Commission peuvent réclamer par écrit des informations supplémentaires (« *second request* »). Suite à cette demande, la période d'attente est prolongée de 30 jours à partir du moment où les parties se sont conformées à la « *second request* » (10 jours seulement pour les transactions qui bénéficiaient d'une période d'attente plus courte de 15 jours). A l'expiration de cette période, les parties sont libres de fusionner à moins qu'un juge n'ait émis une interdiction d'exécution provisoire (« *a temporary restraining order* ») ou une injonction préliminaire (« *a preliminary injunction* »). L'approbation de la concentration par l'une des agences n'est donc pas requise⁵¹.

En cas de non respect de la procédure, il existe des sanctions assez lourdes. Effectivement, seront par exemple condamnées à payer une astreinte ou une amende les entreprises qui fourniraient des renseignements inexacts, trompeurs ou incomplets, celles qui n'auraient pas notifié préalablement la concentration ou encore celles qui aurait fusionné avant même la fin de la période d'attente (« *gun-jumping* »)⁵².

En conclusion, pour ce qui est de l'analyse substantielle, il y a de réelles leçons à tirer de l'expérience américaine. Les Etats-Unis ont en effet réussi à appliquer avec brio la microéconomie au droit de la concurrence et, comme Einer Elhauge, professeur de Harvard, l'a si bien constaté, « *we are all law and economics people now* »⁵³. Cependant, la procédure américaine n'est un modèle pour personne. Avoir deux agences ayant chacune une procédure distincte de celle de l'autre complique inutilement le système. Malgré tout, le système de notification préalable est une innovation extraordinaire qui, dans le contexte de globalisation actuel, mériterait sûrement qu'on essaye de l'uniformiser un peu plus⁵⁴.

Chapitre 2. En Europe

Section 1. L'analyse substantielle de l'opération

§1. Exposé général

Contrairement au régime américain, le régime européen est un régime récent. Initialement, il n'y avait pas de réglementation spécifique en la matière et c'est pourquoi la

⁵¹ T., CALVANI et T.A., EVANS, « Regulation of Mergers & Monopolization », *op.cit.*, pp. 130 – 132 ; M.L., KEELEY et R.M., STEINTHAL, « United States of America », *op.cit.*, pp. 799 – 801.

⁵² M.L., KEELEY et R.M., STEINTHAL, « United States of America », *op.cit.*, pp. 801 et 806.

⁵³ T., CALVANI et T.A., EVANS, « Regulation of Mergers & Monopolization », *op.cit.*, p. 133.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 133 – 135.

Commission et la Cour de Justice de l'Union Européenne ont tenté de recourir à deux dispositions : les articles 101 et 102 du TFUE. Ces dispositions n'étaient cependant pas adéquates étant donné que, pour pouvoir appliquer la première de ces dispositions, les entreprises devaient être maintenues séparées. Pour ce qui est de l'art. 102 du TFUE, celui-ci était également inapplicable, car l'acquisition d'une position dominante ne constitue pas en elle-même un frein à la concurrence. Cette lacune a donc poussé les autorités européennes à adopter un règlement pour venir encadrer le contrôle des concentrations.⁵⁵

Après de longues discussions, un consensus a enfin vu le jour en 1989 avec le Règlement n° 4064/89 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises⁵⁶. Ce règlement fût par la suite amendé et remplacé en 2004 par le règlement actuel⁵⁷ qui est venu élargir la compétence de l'Union Européenne en la matière. En outre, à côté de ce règlement, il existe d'autres documents⁵⁸ comme par exemple la Communication⁵⁹ de la Commission sur la définition du marché en cause, un code de bonnes pratiques dans la tenue des enquêtes, ou encore des lignes directrices⁶⁰.

Pour que le Règlement s'applique, non seulement il faut avoir affaire à une concentration, mais en plus cette dernière doit avoir une dimension européenne. L'article 1^{er}, §2 et l'article 3 du Règlement prévoient deux niveaux de critères qui ont pour objectif de viser uniquement les concentrations qui ont un effet sur le commerce entre les Etats membres et qui sont d'une certaine envergure. Pour ce faire, il existe dans le Règlement plusieurs seuils. Ce n'est que si le premier seuil est atteint, ou à défaut le deuxième, que l'opération revête une dimension communautaire. En cas d'inapplicabilité des seuils européens, ce sont les autorités de la concurrence des Etats membres qui sont compétentes avec chacune leurs propres seuils à atteindre. Par exemple, en Belgique, il faut notifier l'opération au Conseil de la concurrence lorsque « *les entreprises concernées totalisent ensemble en Belgique un chiffre d'affaires (...)*

⁵⁵ C., BENGTSSON, J.M., CARPI BADIA et K., MASSIMILIANO, « 5. Mergers », in *Faull & Nikpay : the EU law of competition*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 540 ; E., ELHAUGE et D., GERADIN, *Global Competition Law and Economics*, op.cit., p. 918 ; Y., DE CORDT, C., DELFORGE, T., LEONARD et Y., POULLET, *Manuel de droit commercial*, op.cit., pp. 493 – 494 ; A., MASSON et P., NIHOUL, « 1. - Cours », op.cit., pp. 489 – 490.

⁵⁶ Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *J.O.C.E.*, n° L 395 du 30 décembre 1989, pp. 1 – 12.

⁵⁷ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises ("le règlement CE sur les concentrations"), *J.O.C.E.*, n° L 024 du 29 janvier 2004, pp. 1 – 22.

⁵⁸ P., Elliot et J., Van Acker, « European Union », in *Merger Control : Jurisdictional comparisons*, 1^{ère} éd., Londres, Thomson Reuters, 2011, p. 199 ; V., ROSE, D., BAILEY, L.A., JOHN et J., TURNER, *European Union Law of Competition*, 7^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 517 – 519.

⁵⁹ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *J.O.C.E.*, n° C 372 du 9 décembre 1997, pp. 5 – 13.

⁶⁰ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *J.O.C.E.*, n° C 31 du 5 février 2004, p. 5.

*de plus de 100 millions d'euros, et qu'au moins deux des entreprises concernées réalisent chacune en Belgique un chiffre d'affaires d'au moins 40 millions d'euros »*⁶¹. Par conséquent, le Règlement sur les concentrations s'applique peu importe la nationalité des parties. De plus, étant donné que chaque Etat membre a sa propre autorité de la concurrence, il y a, en Europe, un nombre considérable d'acteurs en jeu et, pour ne rien simplifier, chaque autorité utilise sa langue nationale pour rendre ses jugements, ce qui rend les décisions beaucoup moins accessibles qu'aux Etats-Unis⁶².

Jusqu'ici, on peut soulever deux différences notables entre le régime américain et le régime européen. Premièrement, le contrôle des concentrations est réservé exclusivement à la Commission européenne⁶³, il n'y a donc qu'une seule autorité compétente pour l'Union Européenne (c'est ce qu'on appelle le système du « guichet unique »). Deuxièmement, le Règlement européen dispose que « *les concentrations qui n'entraveraient pas de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante, doivent être déclarées compatibles avec le marché commun* »⁶⁴. Par conséquent, le Règlement utilise le test dit SIEC (« Significantly Impede Effective Competition »), qui est un peu différent du test américain qui consiste à interdire les concentrations qui ont pour effet de restreindre substantiellement la concurrence (« Substantially Lessening Competition »)⁶⁵.

Auparavant, deux situations étaient envisagées par le Règlement de 1989 : le renforcement d'une position dominante préexistante et l'acquisition d'une position dominante par la réalisation de la concentration. Suite à la réforme de 2004, ce test a disparu en faveur du nouveau test « SIEC », qui se situe entre le concept de dominance préexistant et le test américain. Il convient dès lors d'évaluer quand il faut considérer qu'une concentration entrave significativement la concurrence effective sur le marché pertinent. Comme vu précédemment,

⁶¹ Loi du 3 avril 2013 portant insertion du livre IV « Protection de la concurrence » et du livre V « La concurrence et les évolutions de prix » dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre IV et au livre V et des dispositions d'application de la loi propres au livre IV et au livre V, dans le livre Ier du Code de droit économique, art. IV.7. §1er, *M.B.*, 26 avril 2013, p. 25216.

⁶² R., WHISH, et D., BAILEY, *Competition Law*, 7^e éd., New York, Oxford University Press, 2012, pp. 839 – 841 ; P., Elliot et J., Van Acker, « European Union », *op.cit.*, p. 199 et 201 – 203 ; A., MASSON et P., NIHOUL, « 1. - Cours », *op.cit.*, pp. 490 – 493 ; Y., DE CORDT, C., DELFORGE, T., LEONARD et Y., POULLET, *Manuel de droit commercial*, *op.cit.*, pp. 496 – 497 ; ABENHAÏM, M., « Le droit belge des concentrations », in *Le nouveau droit belge de la concurrence : bilan et perspectives après quatre années d'application*, vol. 124, Louvain-la-Neuve : Anthemis, 2010, pp. 80 et 88 – 89.

⁶³ A., MASSON et P., NIHOUL, « 1. - Cours », *op.cit.*, pp. 493 – 494 ; P., Elliot et J., Van Acker, « European Union », *op.cit.*, p. 199.

⁶⁴ Règlement CE sur les concentrations, art. 2, §2.

⁶⁵ E., ELHAUGE et D., GERADIN, *Global Competition Law and Economics*, *op.cit.*, pp. 918 – 919 ; C., BENGTSOON, J.M., CARPI BADIA et K., MASSIMILIANO, « 5. Mergers », *op.cit.*, p. 542.

une concentration peut, soit supprimer d'importantes pressions concurrentielles qui pèsent sur une ou plusieurs entreprises, dont le pouvoir de marché se trouve en conséquence accru (effets unilatéraux), soit changer la nature de la concurrence d'une manière telle qu'elle augmente la probabilité que les entreprises soient en mesure de coordonner leur comportement et d'augmenter les prix (effets coordonnés)⁶⁶.

Finalement, tout comme pour les Etats-Unis qui ont opté pour la règle de la raison, il y a, en Europe, une tendance marquée à aller plus du côté du « laissez-faire » que de celui de l'intervention. Effectivement, avec la réforme de 2004, on voit apparaître une approche plus concrète fondée sur des effets économiques (« *effects-based approach* »)⁶⁷.

§2. Le concept de « marché pertinent »

A la différence des Etats-Unis, les Cours européennes⁶⁸ ont déclaré que la définition du marché pertinent est une condition nécessaire et préalable à l'appréciation des effets de la concentration sur la structure de la concurrence. Définir le marché pertinent est en effet une étape essentielle, car plus celui-ci est défini de manière restrictive, plus il est facile de prouver que les parties à la concentration détiennent un pouvoir excessif et, par conséquent, plus il est aisé de justifier une intervention. C'est la raison pour laquelle les parties ont tout intérêt à essayer d'élargir le plus possible la dimension du marché pertinent⁶⁹.

La définition adéquate du marché en cause comporte deux volets⁷⁰ : le marché des produits et la zone géographique. D'une part, la Commission définit le marché des produits comme comprenant « *tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de*

⁶⁶ E., ELHAUGE et D., GERADIN, *Global Competition Law and Economics*, *op.cit.*, pp. 918 – 919 ; C., BENGTSOON, J.M., CARPI BADIA et K., MASSIMILIANO, « 5. Mergers », *op.cit.*, p. 542 ; V., ROSE, D., BAILEY, L.A., JOHN et J., TURNER, *European Union Law of Competition*, *op.cit.*, p. 517 ; VAN BAELE & BELLIS, *Competition law of the European Community*, 5^e éd., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010, pp. 685 – 686 ; D.G., GOYDER, J., GOYDER et A., ALBORS-LLORENS, *EC Competition law*, 5^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 404 – 405.

⁶⁷ C., BENGTSOON, J.M., CARPI BADIA et K., MASSIMILIANO, « 5. Mergers », *op.cit.*, pp. 692 – 693.

⁶⁸ T.P.I.C.E., 7 mai 2009 (Nederlandse Vakbond Varkenshouders (NVV) c. Commission des Communautés européennes), T-151/05, *Rec.*, 2009, II, p. 01219, §51 ; C.J.C.E., 31 mars 1998, aff. jointes C-68/94 et C-30/95, France e.a./Commission, *Rec.*, 1998, I, p. 1375, §143 ; T.P.I.C.E., 6 juin 2002 (Airtours plc c. Commission des Communautés européennes), T-342/99, *Rec.*, 2002, II, p. 2585, §19.

⁶⁹ A., MASSON et P., NIHOUL, « 1. - Cours », *op.cit.*, p. 496 ; V., ROSE, D., BAILEY, L.A., JOHN et J., TURNER, *European Union Law of Competition*, *op.cit.*, p. 614 ; D.G., GOYDER, J., GOYDER et A., ALBORS-LLORENS, *EC Competition law*, *op.cit.*, pp. 408 – 409.

⁷⁰ C.J.C.E., 13 février 1979, aff. 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commission des Communautés européennes, *Rec.*, 1979, p. 461, §§ 21 et 22 ; V., ROSE, D., BAILEY, L.A., JOHN et J., TURNER, *European Union Law of Competition*, *op.cit.*, pp. 614 – 616 ; C., BENGTSOON, J.M., CARPI BADIA et K., MASSIMILIANO, « 5. Mergers », *op.cit.*, pp. 674 – 678.

l'usage auquel ils sont destinés »⁷¹. De manière semblable au régime américain, le caractère substituable est ici aussi apprécié à l'aide du test dit « SSNIP »⁷². D'autre part, la Commission définit la zone géographique comme étant « *le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable* »⁷³.

§3. Parts de marché et degrés de concentration

Afin de déterminer si une concentration n'est pas en mesure d'entraver une concurrence effective, les parts de marché et les degrés de concentration sont pris en compte par la Commission et souvent, ces derniers « *donnent une première indication utile sur la structure du marché et sur l'importance (...) des parties à la concentration et de leurs concurrents* »⁷⁴. Il est important de noter que les lignes directrices parlent de « première indication », cela sous-entend que les parts de marché et les degrés de concentration ne sont que des outils permettant à la Commission de faire une première évaluation de la concentration, ils ne sont par conséquent pas par eux-mêmes déterminants⁷⁵.

Lors de son analyse de l'opération, la Commission prend en compte les parts de marché existantes et, dans certains cas, prend également en considération certaines évolutions futures. D'après le Règlement, lorsque la part de marché des parties à la concentration ne dépasse pas les 25 %, la concentration est réputée compatible avec le marché commun. Inversement, et selon une jurisprudence constante⁷⁶, si les parts de marché sont égales ou supérieures à 50 %, il existe une position dominante sur le marché⁷⁷.

⁷¹ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, §7.

⁷² C., BENTSSON, J.M., CARPI BADIA et K., MASSIMILIANO, « 5. Mergers », *op.cit.*, p. 679 – 681.

⁷³ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, §8.

⁷⁴ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, §14.

⁷⁵ R., WHISH, et D., BAILEY, *Competition Law*, *op.cit.*, p. 868 ; T.P.I.C.E., 7 juin 2013 (Spar Österreichische Warenhandels AG c. Commission européenne), T-405/08, *J.O.U.E.*, 3 août 2013, n° C 225, p. 61, §68.

⁷⁶ T.P.I.C.E., 28 avril 1999 (Endemol c. Commission), T-221/95, *Rec.*, 1999, II, p. 1299, point 134 ; T.P.I.C.E., 25 mars 1999 (Gencor c. Commission), T-102/96, *Rec.*, 1999, II, p. 753, point 205.

⁷⁷ Règlement CE sur les concentrations, considérant 32 ; Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, §§ 15, 17 et 18 ; V., ROSE, D., BAILEY, L.A., JOHN et J., TURNER, *European Union Law of Competition*, *op.cit.*, p. 624 ; C., BENTSSON, J.M., CARPI BADIA et K., MASSIMILIANO, « 5. Mergers », *op.cit.*, pp. 695 – 698.

Tant en Europe qu'aux Etats-Unis, le degré de concentration est mesuré grâce à l'indice de Herfindahl-Hirschmann. Toutefois, en Europe, les deux indices clés sont différents de ceux utilisés par les américains⁷⁸. D'après les lignes directrices⁷⁹, il est peu probable que la Commission s'inquiète au sujet d'une concentration dont l'IHH à l'issue de l'opération est inférieur à 1 000, ou lorsque l'IHH à l'issue de l'opération est compris entre 1 000 et 2 000 et que le delta est inférieur à 250. Par contre, il y a lieu d'effectuer une analyse plus approfondie, en d'autres termes une approche qualitative, dans les deux situations suivantes :

- Lorsque l'IHH à l'issue de l'opération est compris entre 1 000 et 2 000 et que le delta est supérieur à 250.
- Lorsque l'IHH à l'issue de l'opération est supérieur à 2 000 et que le delta est inférieur à 150.

En revanche, si l'IHH à l'issue de l'opération est supérieur à 2 000 et que le delta est supérieur à 150, la concentration sera prohibée⁸⁰.

A l'inverse de l'approche quantitative, c'est-à-dire l'analyse des parts du marché et de l'état de celui-ci, l'approche qualitative consiste en un examen d'éléments plus circonstanciels qui sont mis en évidence par l'analyse économique. Dans le cadre de cette approche la Commission doit prendre en compte l'identité des parties, ainsi que l'importance des actifs. Premièrement, pour ce qui est de l'identité des entreprises concernées, il y a lieu de faire attention si l'une des parties est un franc tireur, une entreprise innovante, un entrant potentiel ou encore une entreprise récente. En effet, si une entreprise répond à un ou plusieurs de ces facteurs, on considère généralement que la concentration sera susceptible d'entraver une concurrence effective, car un acteur important de cette concurrence disparaît du fait de la concentration. Deuxièmement, la Commission va aussi prendre en compte l'importance des actifs, c'est-à-dire voir s'il existe d'importantes participations croisées entre les entreprises présentes sur le marché, si l'une des parties à l'opération détenait avant la concentration un

⁷⁸ E., ELHAUGE et D., GERADIN, *Global Competition Law and Economics*, op.cit., p. 922.

⁷⁹ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, §§ 19 – 21.

⁸⁰ J., COOK et C., KERSE, *EC Merger Control*, 5^e éd., London, Sweet and Maxwell, 2009, p. 236 ; R., WHISH, et D., BAILEY, *Competition Law*, op.cit., p. 869 ; C., BENGTSOON, J.M., CARPI BADIA et K., MASSIMILIANO, « 5. Mergers », op.cit., pp. 690 – 691.

nombre de parts égal ou supérieur à 50 %, ou encore s'il existe des indices de l'existence d'une coordination ou de pratiques facilitant la coordination sur le marché⁸¹.

Tableau récapitulatif :

IHH < 1000	1000 < IHH < 2000	IHH > 2000
OK	Delta < 250 OK	Delta < 150 !!!
Pas d'intervention	Delta > 250 !!!	Delta > 150 X

Bien que l'IHH ne soit utilisé qu'à titre indicatif, le Tribunal de première instance⁸² a toutefois ajouté dans l'affaire Sun Chemical Group BV and Co. que « *plus le dépassement de ces seuils est prononcé, plus les valeurs sont révélatrices de problèmes concurrentiels* »⁸³.

§4. Les effets unilatéraux

Comme énoncé précédemment, il existe deux manières principales d'entraver significativement la concurrence effective : les effets unilatéraux et les effets coordonnés. Les effets unilatéraux, contrairement aux effets coordonnés, ne dépendent pas de la réaction des concurrents. Effectivement, d'après les lignes directrices, « *les concentrations horizontales peuvent (...) entraver de manière significative la concurrence effective, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante, en supprimant d'importantes pressions concurrentielles qui pèsent sur une ou plusieurs entreprises, lesquelles auraient alors un pouvoir de marché accru, sans recourir à une coordination des comportements* »⁸⁴.

D'après la Commission⁸⁵, ce qui est réellement déterminant dans l'analyse substantielle de la concentration c'est le simple fait que l'entité nouvellement formée aura le pouvoir économique de mettre en œuvre différentes stratégies, ce qui prouve sa faculté à agir indépendamment de ses concurrents et de ses clients. Afin de décider si une concentration est susceptible de provoquer des effets anticoncurrentiels unilatéraux, la Commission va, en plus

⁸¹ *Ibidem* ; Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, §20.

⁸² T.P.I.C.E., 9 juillet 2007 (Sun Chemical Group BV, Siegwark Druckfarben AG et Flint Group Germany GmbH c. Commission des Communautés européennes), T-282/06, *Rec.*, 2007, II, p. 2149, §138.

⁸³ R., WHISH, et D., BAILEY, *Competition Law*, *op.cit.*, p. 869.

⁸⁴ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, §22.

⁸⁵ Déc. Comm. CE, 17 octobre 2001, aff. COMP/M.2187, CVC/Lenzing, *J.O.C.E.*, 19 mars 2004, n° L 82, p. 20, §167 ; X., *European competition law : a case commentary*, Northampton, Elgar, 2014, p. 477.

des parts de marché, prendre en considération un certain nombre de facteurs dont certains sont prévus dans les lignes directrices⁸⁶. Pris séparément, ces facteurs ne sont pas suffisants pour provoquer des effets unilatéraux significatifs. Cependant, il ne faut pas non plus que l'ensemble de ces facteurs soit réuni pour entraîner de tels effets. En outre, la liste de facteurs établie dans les lignes directrices n'est pas exhaustive⁸⁷.

Par exemple, si les parties à la concentration sont des concurrents proches, on considère que plus le degré d'interchangeabilité entre les produits vendus par les parties est élevé, plus celles-ci auront tendance à augmenter significativement leurs prix. La Commission peut aussi se demander si les clients ont la possibilité de changer de fournisseur ou si les parties détiennent des brevets ou tout autre type de droit de propriété intellectuelle qui pourrait freiner l'expansion des concurrents existants ou qui rendrait plus difficile l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché, etc⁸⁸.

§5. Les effets coordonnés

A la différence des effets unilatéraux, les effets coordonnés dépendent de la réaction des concurrents. En effet, « *les concentrations horizontales peuvent (...) entraver de manière significative la concurrence effective, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante, en changeant la nature de la concurrence de telle sorte que les entreprises qui, jusque-là, ne coordonnaient pas leur comportement, seraient dorénavant beaucoup plus susceptibles de le faire et de majorer leurs prix ou de porter atteinte, d'une autre manière, à la concurrence effective. Une opération de concentration peut également faciliter, stabiliser ou rendre plus efficace la coordination entre des entreprises qui coordonnaient déjà leur comportement avant l'opération* »⁸⁹. Cette coordination peut prendre différentes formes et peut notamment porter sur les prix, elle peut aussi consister à se répartir

⁸⁶ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, §§27 – 38.

⁸⁷ D.G., GOYDER, J., GOYDER et A., ALBORS-LLORENS, *EC Competition law, op.cit.*, p. 419 ; R., WHISH, et D., BAILEY, *Competition Law, op.cit.*, p. 870 ; V., ROSE, D., BAILEY, L.A., JOHN et J., TURNER, *European Union Law of Competition, op.cit.*, p. 625.

⁸⁸ R., WHISH, et D., BAILEY, *Competition Law, op.cit.*, p. 870 ; VAN BAEL & BELLIS, *Competition law of the European Community, op.cit.*, pp. 691 – 694 ; D.G., GOYDER, J., GOYDER et A., ALBORS-LLORENS, *EC Competition law, op.cit.*, pp. 419 – 420 ; V., ROSE, D., BAILEY, L.A., JOHN et J., TURNER, *European Union Law of Competition, op.cit.*, pp. 625 – 628.

⁸⁹ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, §22.

les marchés par zone géographique, ou encore à se partager les marchés dans les procédures d'appels d'offres⁹⁰.

La prise en compte des effets coordonnés découle en grande partie de l'arrêt Airtours⁹¹. En effet, suite à cet arrêt, la Commission a publié en 2004 les lignes directrices qui reprennent aujourd'hui les principes prévus par l'arrêt Airtours et qui furent ensuite clarifiés dans l'arrêt Sony/BMG⁹². Ainsi, on retrouve dans les lignes directrices⁹³ les trois critères qui doivent être remplis pour que la coordination soit durable. Premièrement, il faut que le marché soit suffisamment transparent pour permettre aux entreprises coordonnant leur comportement de surveiller si les modalités de la coordination sont respectées. Deuxièmement, il doit y avoir un mécanisme crédible pour dissuader les comportements déviants et, finalement, les entreprises qui ne participent pas à la coordination, ainsi que les clients, ne devraient pas être en mesure de compromettre les résultats attendus de la coordination. La CJUE⁹⁴ a ajouté que ces critères ne devraient pas faire l'objet d'une démarche mécanique, ils devraient au contraire être vérifiés séparément « *en ignorant le mécanisme économique global d'une hypothétique coordination tacite* »⁹⁵.

Lors de son analyse de la probabilité d'effets coordonnés, la Commission doit étudier les caractéristiques du marché concerné afin de voir si celui-ci présente ou non un caractère oligopolistique. Le comportement passé des entreprises est également un facteur important. De même, la Commission peut aussi aller chercher des preuves d'une coordination sur des marchés similaires. Les lignes directrices ajoutent que « *la coordination est plus probable sur des marchés où il est relativement simple de parvenir à une compréhension mutuelle de ses modalités d'exercice* »⁹⁶. Pour déterminer si la coordination est simple, les lignes directrices contiennent en plus toute une série de facteurs à prendre en compte comme le nombre

⁹⁰ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, §40 ; R., WHISH, et D., BAILEY, *Competition Law, op.cit.*, p. 871.

⁹¹ T.P.I.C.E., 6 juin 2002 (Airtours plc c. Commission des Communautés européennes), T-342/99, *Rec.*, 2002, II, p. 2585.

⁹² Déc. Comm. CE, 19 juillet 2004, aff. COMP/M.3333, Sony/BMG, *J.O.U.E.*, 9 mars 2005, n° L 62, p. 30.

⁹³ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, §41.

⁹⁴ C.J.C.E., 10 juillet 2008, aff. C-413/06 P, Bertelsmann AG et Sony Corporation of America contre Independent Music Publishers and Labels Association (Impala), *Rec.*, 2008, I, p. 4951, §125.

⁹⁵ VAN BAELE & BELLIS, *Competition law of the European Community, op.cit.*, p. 706 ; D.G., GOYDER, J., GOYDER et A., ALBORS-LLORENS, *EC Competition law, op.cit.*, pp. 424 – 425 ; R., WHISH, et D., BAILEY, *Competition Law, op.cit.*, p. 871 ; V., ROSE, D., BAILEY, L.A., JOHN et J., TURNER, *European Union Law of Competition, op.cit.*, pp. 630 – 632.

⁹⁶ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, §41.

d'entreprises présentes sur le marché, l'homogénéité des produits, ou encore la stabilité des conditions de la demande et de l'offre⁹⁷.

§6. Entrée sur le marché

Tout comme aux Etats-Unis, pour que l'entrée de nouveaux concurrents sur un marché soit considérée relativement aisée, « *il faut démontrer que cette entrée est probable, qu'elle interviendra en temps utile et sera suffisante pour prévenir ou contrecarrer les effets anticoncurrentiels potentiels de l'opération* »⁹⁸. Par conséquent, l'entrée potentielle doit être suffisamment profitable, en d'autres termes elle doit être viable économiquement. De plus, on considère généralement qu'elle doit pouvoir se faire dans les deux ans, et enfin, celle-ci doit être d'une envergure et d'une importance suffisantes pour pouvoir dissuader ou déjouer les effets anticoncurrentiels possibles de l'opération⁹⁹.

§7. Les justifications

On retrouve en Europe les mêmes moyens de défense que ceux qu'on trouve traditionnellement dans le système américain, c'est-à-dire les gains d'efficacité et la *failing firm defence*.

En vertu du Règlement sur les concentrations et des lignes directrices¹⁰⁰, on considère en principe que l'argument des gains d'efficacité est susceptible de compenser les effets anticoncurrentiels de la concentration, et notamment le préjudice potentiel pour les consommateurs. Toutefois, il est important de souligner qu'une concentration qui entrave de manière significative la concurrence effective ne pourra pas être sauvée par cet argument. En effet, il n'existe pas en Europe d'« *efficiency defence* » à proprement dit dans le sens où la Commission va prendre en compte les gains d'efficacité, mais comme simple facteur dans son analyse des effets anticoncurrentiels de la concentration¹⁰¹.

⁹⁷ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, §45 ; R., WHISH, et D., BAILEY, *Competition Law, op.cit.*, pp. 871 – 872 ; D.G., GOYDER, J., GOYDER et A., ALBORS-LLORENS, *EC Competition law, op.cit.*, p. 424.

⁹⁸ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, §68.

⁹⁹ R., WHISH, et D., BAILEY, *Competition Law, op.cit.*, p. 874 ; C., BENGTTSSON, J.M., CARPI BADIA et K., MASSIMILIANO, « 5. Mergers », *op.cit.*, pp. 739 - 742.

¹⁰⁰ Règlement CE sur les concentrations, considérant 29 ; Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, §76.

¹⁰¹ C., BENGTTSSON, J.M., CARPI BADIA et K., MASSIMILIANO, « 5. Mergers », *op.cit.*, pp. 743 – 744 ; R., WHISH, et D., BAILEY, *Competition Law, op.cit.*, p. 874 – 875 ; D.G., GOYDER, J., GOYDER et A., ALBORS-LLORENS, *EC Competition law, op.cit.*, pp. 427 – 428.

Trois conditions cumulatives doivent être remplies pour que cet argument soit accepté. Premièrement, les gains d'efficacité doivent être « *importants, se matérialiser en temps utile et doivent, en principe, être à l'avantage des consommateurs* »¹⁰² et non pas uniquement des parties à la concentration. Deuxièmement, ces gains doivent être inhérents à la concentration et ne peuvent pas être obtenus par le biais d'autres mesures moins anticoncurrentielles. Troisièmement, cet argument doit avoir un caractère vérifiable, en d'autres termes les gains d'efficacité doivent être identifiés par les parties à la concentration de manière claire et précise¹⁰³.

Pour ce qui est de la *failing firm defence*, la Commission va, dans ce contexte, évaluer la concentration sous un autre angle. Au lieu de regarder ce qui va se passer si l'opération venait à être réalisée, la Commission va ici également s'attarder sur ce qui se passerait si celle-ci était bloquée. Nous ne nous attarderons pas sur cet argument étant donné qu'il fera l'objet d'une étude approfondie dans la partie II.

Section 2. La procédure

Le Règlement prévoit le principe dit du « guichet unique ». Comme énoncé précédemment, soit la concentration atteint les seuils européens et l'opération doit être notifiée uniquement à la Commission, soit elle ne les atteint pas et, le cas échéant, ce sont les autorités nationales de concurrence qui sont compétentes. Par conséquent, lorsqu'une concentration est de dimension communautaire, celle-ci doit impérativement faire l'objet d'une notification¹⁰⁴ à la Commission¹⁰⁵.

En pratique, avant même la notification, la Commission et les parties peuvent discuter de leur projet de manière informelle et confidentielle si ces dernières en font la demande. Ensuite, l'opération est formellement notifiée à la Commission et, à la différence des Etats-Unis, la réalisation de la concentration est interdite jusqu'à ce que la Commission, dans les délais prévus à l'art. 10, §1, la déclare compatible au marché commun¹⁰⁶. Sauf en cas de

¹⁰² Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, §74.

¹⁰³ C., BENGTSOON, J.M., CARPI BADIA et K., MASSIMILIANO, « 5. Mergers », *op.cit.*, pp. 746 – 750 ; R., WHISH, et D., BAILEY, *Competition Law*, *op.cit.*, p. 874 – 875 ; D.G., GOYDER, J., GOYDER et A., ALBORS-LLORENS, *EC Competition law*, *op.cit.*, pp. 427 – 428 ; I., KOKKORIS, « 12. Merger control: substantive issues », in *Handbook on European competition law: substantive aspects*, Cheltenham, Elgar, 2013, pp. 540 – 541.

¹⁰⁴ Règlement CE sur les concentrations, art. 4.

¹⁰⁵ Y., DE CORDT, C., DELFORGE, T., LEONARD et Y., POULLET, *Manuel de droit commercial*, *op.cit.*, p. 497 ; C., BENGTSOON, J.M., CARPI BADIA et K., MASSIMILIANO, « 5. Mergers », *op.cit.*, p. 547.

¹⁰⁶ Règlement CE sur les concentrations, art. 7.

procédure simplifiée¹⁰⁷, la procédure qui suit alors la notification se déroule en deux phases. Dans ce qu'on appelle couramment la phase I, la Commission a pour mission d'évaluer la dimension communautaire de la concentration et, si elle atteint les seuils, elle déclare ensuite s'il existe des doutes sérieux quant à la compatibilité de l'opération avec le marché commun. Durant cette première phase, la Commission possède un grand pouvoir d'investigation et elle travaille en lien étroit avec les autorités nationales de la concurrence. Après, dans la phase II, la Commission a pour mission de confirmer ou, le cas échéant, de réfuter les doutes qu'elle avait à la phase précédente. En effet, à l'issue de cette deuxième phase, la Commission va soit interdire l'opération, soit l'assortir de conditions (« mesures correctrices »), soit l'autoriser. Finalement, la décision est publiée au *Journal officiel de l'Union européenne* et, en cas de contestation de la décision, c'est la Cour de Justice qui est compétente en appel¹⁰⁸.

Pour ce qui est des sanctions, les articles 14 et 15 prévoient les hypothèses dans lesquelles les parties peuvent se voir infliger des sanctions tel que le paiement d'une amende lorsque ces dernières ne respectent pas leurs engagements.

Partie II. La théorie de l'entreprise défaillante

Introduction

Avant d'aborder les conditions d'application de la théorie de l'entreprise défaillante, plus couramment connue sous le nom de *failing firm defence*, nous commencerons par définir cette dernière. Dans un deuxième temps, nous analyserons à travers les bases légales et la jurisprudence les positions américaines et européennes sur la question tout en faisant une distinction entre l'argument de l'entreprise défaillante, celui de la division défaillante et enfin, celui de l'entreprise fragilisée ou en récession. Pour des raisons historiques, nous commencerons d'abord par analyser le système américain étant donné que, comme il a été précisé plus haut, cette justification est apparue en premier lieu aux Etats-Unis. Dans un troisième temps, nous proposerons une brève comparaison des deux systèmes et, ensuite, nous examinerons comment la charge de la preuve est attribuée. Finalement, avant d'analyser

¹⁰⁷ Communication de la Commission relative à une procédure simplifiée du traitement de certains opérations de concentration en application du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, *J.O.U.E.*, n° C 366 du 14 décembre 2013, pp. 5 – 9.

¹⁰⁸ A., MASSON et P., NIHOUL, « 1. - Cours », *op.cit.*, pp. 494 – 495 ; Y., DE CORDT, C., DELFORGE, T., LEONARD et Y., POULLET, *Manuel de droit commercial*, *op.cit.*, pp. 498 – 499 ; C., BENGTTSSON, J.M., CARPI BADIA et K., MASSIMILIANO, « 5. Mergers », *op.cit.*, pp. 624 – 656 ; VAN BAEL & BELLIS, *Competition law of the European Community*, *op.cit.*, pp. 746, 754 – 773 ; P., Elliot et J., Van Acker, « European Union », *op.cit.*, pp. 204 – 215.

l'impact de la crise économique, il nous semble opportun de voir également quelles sont les grandes critiques que l'on peut faire à propos de la théorie de l'entreprise défaillante telle qu'elle existe aujourd'hui.

Chapitre 1. Définition

L'argument de l'entreprise défaillante a en effet vu le jour bien plus tôt aux Etats-Unis qu'en Europe. La Commission a été beaucoup plus lente à accepter cette justification qui a été invoquée pour la première fois en Europe seulement en 1991¹⁰⁹, c'est-à-dire plus de 60 ans après les Etats-Unis¹¹⁰, sans pour autant avoir été admise. Dans l'affaire en question, il s'agissait en l'espèce de l'acquisition en commun de De Havilland, une division canadienne de Boeing, par l'entreprise française Aerospatiale SNI (Aerospatiale) et l'entreprise italienne Alenia-Aeritalia e Selenia Spa (Alenia). Les parties « *argue that if the proposed concentration does not proceed, although de Havilland would not be immediately liquidated, its production might be phased out by Boeing so that de Havilland might in any case be eliminated as a competitor in the medium to long term* »¹¹¹. Cependant, la Commission n'a pas admis cet argument et a déclaré que De Havilland était tout a fait capable de rester sur le marché de manière efficiente et indépendante, sans pour cela devoir fusionner¹¹².

Ce n'est que deux ans après que l'argument de l'entreprise défaillante a été invoqué avec succès pour la toute première fois en Europe dans l'affaire *Kali und Salz*¹¹³. C'est une affaire très importante, non seulement parce que c'est la première affaire dans laquelle la Commission a accepté cet argument, mais aussi parce que c'est dans cette affaire que la Commission a exposé les conditions d'application de la *failing firm defence*. Effectivement, la Commission a déclaré qu' « *une concentration qui, normalement, devrait être considérée comme conduisant à la création ou au renforcement d'une position dominante de la société acquéreuse peut être considérée comme n'étant pas à l'origine d'une telle position si, dans le*

¹⁰⁹ Déc. Comm. CE, 2 octobre 1991, aff. IV/M.053, Aerospatiale-Alenia/de Havilland, *J.O.C.E.*, 5 décembre 1991, n° L 334, p. 42.

¹¹⁰ *International Shoe Co. v. FTC*, 280 U.S. 291 (1930).

¹¹¹ Déc. Comm. CE, 2 octobre 1991, aff. IV/M.053, Aerospatiale-Alenia/de Havilland, *J.O.C.E.*, 5 décembre 1991, n° L 334, p. 42, §31.

¹¹² J., COOK et C., KERSE, *EC Merger Control*, *op.cit.*, p. 374 ; OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op.cit.*, p. 47 ; E., GONZALEZ DIAZ, « 3. Merger Defences In Times of Crises », in *Competition Law in times of Economic Crisis: in Need of Adjustment ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 197.

¹¹³ Déc. Comm. CE, 14 décembre 1993, aff. IV/M.308, Kali und Salz, *J.O.C.E.*, 21 juillet 1994, n° L 186, p. 38.

*cas où la concentration serait interdite, l'acquéreur obtenait ou renforçait inévitablement une position dominante »*¹¹⁴.

De ce fait, le raisonnement à la base de cet argument est l'absence de lien de causalité entre la concentration et les effets anticoncurrentiels potentiels sur la concurrence. En d'autres termes, les effets négatifs sur la structure de la concurrence se seraient de toute façon produits, même en l'absence de la concentration. Cette dernière n'est par conséquent pas la cause de la détérioration de la structure de la concurrence. Cependant, il est important de noter que la Commission a déclaré, dans l'affaire *Kali und Salz*, qu'une « *telle situation ne se produit que dans des cas exceptionnels* »¹¹⁵. En temps normal, on considère généralement qu'une fusion qui a pour conséquence soit la création, soit le renforcement d'une position dominante est bel et bien la cause des effets négatifs sur la structure de la concurrence¹¹⁶.

Par conséquent, une fusion peut être considérée comme une concentration de sauvetage si « *la détérioration de la structure concurrentielle, faisant suite à l'opération de concentration, se produirait pareillement même en l'absence de cette opération* »¹¹⁷. On admet donc qu'une entreprise puisse fusionner avec une entreprise dite « défailante », autrement dit, une entreprise qui se trouve dans une situation financière telle qu'il est fort probable qu'elle tomberait en faillite si l'opération de concentration n'avait pas lieu. En effet, étant donné que celle-ci sortirait de toute manière du marché, sa part de marché et ses actifs seraient vraisemblablement repris par l'autre partie à la concentration et, de ce fait, même en l'absence de ladite fusion, il y aurait de toute façon eu un impact négatif sur la structure de la concurrence¹¹⁸.

Ainsi, l'argument de l'entreprise défailante sera généralement admis avec succès, même lorsque la concentration a pour effet de restreindre substantiellement la concurrence (« SLC ») ou d'entraver significativement la concurrence effective (« SIEC »), lorsque les effets anticoncurrentiels potentiels sont estimés être moins importants dans le scénario de

¹¹⁴ Déc. Comm. CE, 14 décembre 1993, aff. IV/M.308, *Kali und Salz*, *J.O.C.E.*, 21 juillet 1994, n° L 186, §71.

¹¹⁵ *Ibidem*, §72.

¹¹⁶ *Ibidem* ; T., MATHEWS, « The Failing Firm Defence: Re-examining Canada's Approach to Rescue Mergers in Light of the US and EU Experience », *CBA National Magazine*, sur http://cba.org/cba/sections_competition/PDF/Failing_Firm_Defence_2013_Bockin_gWinner.pdf (consulté le 10 avril 2015), p. 2 ; E., GONZALEZ DIAZ, « 3. Merger Defences In Times of Crises », *op. cit.*, p. 197 ; A. WINCKLER, « La théorie de l'entreprise défailante "Failing Firm Defense" : une renaissance dans la crise ? », *op.cit.*, p. 9.

¹¹⁷ X., *European competition law : a case commentary*, *op. cit.*, p. 494 ; C.J.C.E., 31 mars 1998, aff. jointes C-68/94 et C-30/95, *France e.a./Commission*, *Rec.*, 1998, I, p. 1375, §115.

¹¹⁸ A., WINCKLER, « La théorie de l'entreprise défailante "Failing Firm Defense" : une renaissance dans la crise ? », *op.cit.*, p. 9 ; OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op.cit.*, pp. 15 et 47 ; A., MASSON et P., NIHOUL, « 1. - Cours », in *Droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 495 – 496.

l'après-fusion que dans ce qu'on appelle le scénario contrefactuel, c'est-à-dire le scénario dans lequel l'entreprise défaillante sortirait du marché¹¹⁹. En conclusion, d'après Antoine Winckler, cet argument « *repose aussi bien sur une analyse des conditions de concurrence prévalant historiquement sur le marché en cause, que sur l'analyse de la plausibilité relative des scénarios futurs possibles, voire d'une sorte de classement concurrentiel des résultats possibles, selon que l'opération a lieu ou non* »¹²⁰.

Nonobstant certaines légères différences, les autorités de la concurrence, que ce soit en Europe, aux Etats-Unis ou ailleurs, exigent qu'un certain nombre de conditions d'application soient simultanément remplies pour approuver une concentration impliquant une entreprise défaillante. Effectivement, d'après l'OCDE, les autorités de la concurrence des différents pays requièrent la plupart du temps la réunion de trois conditions d'application. Premièrement, les parties à la concentration doivent apporter la preuve que, sans ladite concentration, l'entreprise défaillante sortira du marché pertinent dans un avenir proche du fait de la situation financière dans laquelle cette dernière se trouve. Deuxièmement, il est impératif qu'il n'existe pas d'autres alternatives moins anticoncurrentielles que ladite concentration. Et enfin, les parties doivent également prouver qu'en l'absence de la concentration proposée, les actifs de l'entreprise défaillante sortiraient inéluctablement à court terme du marché¹²¹.

Il est également important de noter que tous les pays ne reconnaissent pas formellement la *failing firm defence*, mais que ceux qui le font considèrent que cela renforce la sécurité juridique. Encore aujourd'hui, il existe des pays, comme l'Australie¹²² ou le Canada par exemple, qui n'incorporent pas officiellement cet argument dans leur système juridique. Dans ces pays, les autorités de la concurrence utilisent l'analyse de la causalité classique pour examiner les concentrations impliquant une entreprise défaillante. Ils ont par conséquent recours à une approche au cas par cas qui a donné naissance à une jurisprudence qui sert dès lors de référence quand les autorités de la concurrence doivent examiner une affaire impliquant une entreprise défaillante. Cependant, l'analyse de la causalité classique

¹¹⁹ VAN BAELE & BELLIS, *Competition law of the European Community*, *op.cit.*, p. 704 ; OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op.cit.*, p. 15 ; T., MATHEWS, « The Failing Firm Defence: Re-examining Canada's Approach to Rescue Mergers in Light of the US and EU Experience », *op. cit.*, p. 7.

¹²⁰ A., WINCKLER, « La théorie de l'entreprise défaillante "Failing Firm Defense" : une renaissance dans la crise ? », *op.cit.*, p. 9.

¹²¹ OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op.cit.*, p. 15 ; T., MATHEWS, « The Failing Firm Defence: Re-examining Canada's Approach to Rescue Mergers in Light of the US and EU Experience », *op. cit.*, pp. 7 – 8.

¹²² Competition and Consumer Act 2010 (previously the Trade Practices Act 1974) ; Merger guidelines adopted by the Australian Competition and Consumer Commission (ACCC), novembre 2008.

n'est pas toujours facile à mettre en œuvre et elle donne parfois lieu à des résultats moins prévisibles que si l'argument de l'entreprise défaillante avait été reconnu explicitement¹²³.

En conclusion, il est préférable pour les entreprises assujetties aux régimes de contrôle des concentrations que cette justification soit entourée de conditions claires et précises, officiellement incorporées dans un instrument juridique, pour leur permettre de déterminer quand l'argument peut être jugé recevable ou non. Mais en même temps, on peut aussi se demander si ces conditions ne sont pas trop strictes, et plus particulièrement en cas de crise économique comme celle que nous vivons actuellement¹²⁴.

Chapitre 2. Aux Etats-Unis

Section 1. Les conditions d'application de l'argument de l'entreprise défaillante

§1. Bases légales

La théorie de l'entreprise défaillante ne devient pertinente aux Etats-Unis que lorsqu'une concentration est jugée anticoncurrentielle en vertu de la Section 7 du Clayton Act. Cette justification a été reconnue pour la première fois par la Cour Suprême des Etats-Unis et non pas par le Congrès. En effet, la Cour Suprême a reconnu cette justification en 1930 dans une affaire qui est aujourd'hui la référence principale en la matière, *International Shoe Co. v. FTC*¹²⁵. Après cela, étant donné son origine jurisprudentielle, la *failing firm defence* n'avait que deux options possibles : soit passer aux oubliettes, soit être expressément incorporée dans un instrument juridique. Bien qu'aujourd'hui cette justification soit reconnue formellement tant en Europe qu'aux Etats-Unis, celle-ci n'a pourtant pas eu des débuts très faciles. En effet, il a fallu 62 ans¹²⁶ avant que la Cour Suprême ne se prononce à nouveau sur une affaire similaire. De plus, cette justification a dû faire face au mépris et à l'indifférence pendant des années. William F. Baxter a d'ailleurs déclaré que l'argument de l'entreprise défaillante « *is really a mass of contradictions. The more one thinks about it (...) the less sense it makes. Indeed, it seems to me that it has become acceptable to all of us only by virtue of constant*

¹²³ OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op.cit.*, pp. 16 et 55 – 56 ; T., MATHEWS, « The Failing Firm Defence: Re-examining Canada's Approach to Rescue Mergers in Light of the US and EU Experience », *op. cit.*, p. 8.

¹²⁴ OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op.cit.*, pp. 16 et 49 – 50.

¹²⁵ *International Shoe Co. v. FTC*, 280 U.S. 291 (1930) ; I., KOKKORIS, « Failing Firm Defence Under the Clayton Act », *E.C.L.R.*, 2007, n° 3, p. 160.

¹²⁶ *United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321 (1963).

repetition and the passage of time »¹²⁷. Certains ont même été jusqu'à parler d'abomination, de fléau accablant l'application du droit de la concurrence¹²⁸.

Entretemps, le paysage juridique en matière de concentrations a fondamentalement changé. Comme nous avons vu précédemment, on est passé aux Etats-Unis d'une analyse *ex post* à une analyse *ex ante* des concentrations. Actuellement, les agences ont en effet la possibilité d'examiner et de contester une concentration avant même que celle-ci ne se réalise. Le Congrès a également reconnu la théorie de l'entreprise défaillante dans le Celler-Kefauver Act de 1950 qui est venu modifier la Section 7 du Clayton Act. En outre, depuis 1968, les agences ont introduit de plus en plus de transparence et de prévisibilité dans l'exercice de leurs pouvoirs, notamment en adoptant des lignes directrices¹²⁹ qui ont été révisées en 1982, 1984, 1992 et, plus récemment, en 2010¹³⁰.

Les lignes directrices ont donc été modifiées à plusieurs reprises et pas toujours d'une façon qui satisfasse tout le monde. En effet, les lignes directrices, telles qu'elles existaient en 1992, ont été souvent critiquées. En 1995, Debra A. Valentine, l'ancienne Directrice adjointe à la FTC, a notamment déclaré que les conditions d'application « *are strict (...) and rarely all satisfied, and, as a result, the defense is seldom invoked. In fact, The Supreme Court has not upheld the application since its 1930 International Shoe decision* »¹³¹. Actuellement, la version révisée des lignes directrices est fort similaire à la version qui existait en 1992 à la différence que la quatrième condition semble avoir disparu afin de permettre aux entreprises défaillantes de pouvoir plus facilement recourir à cette justification. En vertu de l'article 11 des lignes directrices de 2010, une concentration n'a pas pour effet de restreindre substantiellement la concurrence si trois conditions cumulatives sont remplies. En premier lieu, l'entreprise dite défaillante est dans l'incapacité de souscrire à ses obligations financières

¹²⁷ W. F., BAXTER, « Remarks: The Failing Firm Doctrine », *Antitrust Law Journal*, 1981-1982, Vol. 50, Issue 2, p. 248.

¹²⁸ O., ZHONG, « The Failing Company Defense after the Commentary: Let It Go », *University of Michigan Journal of Law Reform*, 2007-2008, Vol. 41, Issue 3, p. 746 ; T.D., FINA et V., MEHTA, « The Failing Firm Defense: Alive and Well », *The Antitrust Source*, août 2011, sur http://www.bakerbotts.com/file_upload/documents/Aug11_Fina.pdf (consulté le 18 avril 2015), p. 1.

¹²⁹ US Department of Justice and Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines as issued August 19, 2010.

¹³⁰ O., ZHONG, « The Failing Company Defense after the Commentary: Let It Go », *op. cit.*, p. 747 ; K., DIGANGI, « Cutting The Financial Fat From The Failing Firm Defense: Refocusing The Failing Firm Defense On Antitrust Law », *St. John's Law Review*, 2012, Vol. 86, Issue 1, p. 283.

¹³¹ D.A., VALENTINE, « Horizontal Issues: What's Happening and What's on the Horizon », Discours du 8 décembre 1995, sur <https://www.ftc.gov/public-statements/1995/12/horizontal-issues-whats-happening-and-whats-horizon> (consulté le 19 avril 2015), p. 3 ; T.D., FINA et V., MEHTA, « The Failing Firm Defense: Alive and Well », *op. cit.*, p. 1 ; K., DIGANGI, « Cutting The Financial Fat From The Failing Firm Defense: Refocusing The Failing Firm Defense On Antitrust Law », *op. cit.*, p. 283.

dans un avenir proche. Deuxièmement, l'entreprise n'est pas en mesure de réussir à se restructurer aux termes du Chapitre 11 de la Loi sur les faillites et, pour finir, même après avoir fourni, de bonne foi et sans succès, des efforts pour rechercher d'autres offres, ladite entreprise doit prouver qu'il n'existe pas d'autres offres raisonnables de rachat moins dommageables pour la concurrence que la concentration proposée¹³².

La quatrième condition concernant la disparition des actifs du marché pertinent dans le cas où la concentration proposée ne serait pas approuvée n'a, par conséquent, plus été retenue en 2010. A la place, il semble qu'aujourd'hui celle-ci soit automatiquement remplie lorsque les trois autres conditions sont satisfaites. De ce fait, lorsque les trois conditions d'applications sont remplies, la condition relative à la disparition des actifs du marché pertinent serait aussi satisfaite et ne devrait donc pas être examinée séparément¹³³.

En 2010, le but était donc de clarifier la théorie et d'avoir plus de transparence, mais cette révision semble avoir eu l'effet inverse et, à la place de clarifier la situation, celle-ci vient jeter le doute sur l'interprétation qu'il faut donner à cet article. En effet, aujourd'hui l'article 11 des lignes directrices peut être interprété de deux manières différentes. D'une part, nous pourrions considérer que rien n'a changé par rapport à la situation de 1992 à part la formulation de l'article. Cela voudrait dire que, dans leur analyse de la concentration, les agences ou les juges doivent prendre en considération les trois premières conditions afin de pouvoir déterminer si les actifs de l'entreprise défaillante sont voués à disparaître du marché pertinent dans le cas où la concentration proposée n'aurait pas lieu. D'autre part, Kyle DiGangi est d'avis que, au contraire, les lignes directrices ont changé de manière significative et que la condition relative à la disparition des actifs du marché pertinent devrait dorénavant être examinée séparément¹³⁴.

Dans ce contexte, l'auteur insiste sur le fait que l'objectif principal de la théorie de l'entreprise défaillante est la protection de la compétition et non la protection des entreprises se trouvant dans un environnement économique en difficulté. Par ailleurs, Kyle DiGangi est

¹³² OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op.cit.*, p. 51 ; A., WINCKLER, « La théorie de l'entreprise défaillante "Failing Firm Defense" : une renaissance dans la crise ? », *op.cit.*, p. 10 ; D., FEINSTEIN, et A., GILMAN, « Power shopping for an alternative buyer », 31 mars 2015, sur https://www.ftc.gov/news-events/blogs/competition-matters/2015/03/power-shopping-alternative-buyer?utm_source=govdelivery (23 juin 2015).

¹³³ K., DIGANGI, « Cutting The Financial Fat From The Failing Firm Defense: Refocusing The Failing Firm Defense On Antitrust Law », *op. cit.*, pp. 279, 283, 284 et 301 ; J. R., WUELLER, « Mergers Of Majors: Applying The Failing Firm Doctrine In The Recorded Music Industry », *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, 2012-2013, Vol. 7, Issue 2, p. 592.

¹³⁴ K., DIGANGI, « Cutting The Financial Fat From The Failing Firm Defense: Refocusing The Failing Firm Defense On Antitrust Law », *op. cit.*, p. 302.

partisan d'une « *Assets Exiting Defense* »¹³⁵ consistant à approuver une concentration anticoncurrentielle uniquement s'il n'y a pas d'autres offres raisonnables de rachat moins dommageables pour la concurrence que la concentration proposée et si les actifs de l'entreprise sont voués à disparaître du marché pertinent dans l'hypothèse où la concentration n'aurait pas lieu¹³⁶.

Nous vivons dans un monde en perpétuel changement et il est donc inévitable que le droit s'adapte à ces changements. Il est dès lors de notre avis que la révision des lignes directrices qui a eu lieu en 2010 n'est pas anodine. Il est vrai que dans certains cas une modification législative peut manquer de clarté et de cohérence, mais ici il semble clair que les agences ont voulu, avec cette modification, rendre les conditions moins strictes pour permettre ainsi aux entreprises en difficulté financière de pouvoir recourir à cette justification plus facilement. Cependant, il ne faut pas pour autant mettre de côté les points fondamentaux du droit de la concurrence comme la protection des consommateurs. En effet, il est aujourd'hui primordial pour les autorités de la concurrence de ne pas sur-réagir en approuvant trop de concentrations qui pourraient, à long terme, avoir un impact dommageable sur le bien-être des consommateurs. Dans le contexte actuel, il est dès lors de notre avis qu'une application trop généreuse de l'argument de l'entreprise défaillante pourrait avoir un impact négatif et irréversible sur la concurrence et qu'il ne faut de ce fait pas perdre de vue le but initial de cette justification, c'est-à-dire la protection de la concurrence¹³⁷.

§2. A travers la jurisprudence

L'argument de l'entreprise défaillante est rarement invoqué par les parties à une concentration et, quand cet argument est invoqué, celui-ci n'est guère souvent admis avec succès. Nous allons cependant voir à travers une série d'arrêts que, malgré le fait que cette justification n'est que très rarement admise avec succès, cette dernière est bel et bien vivante et fait encore couler beaucoup d'encre à l'heure actuelle, d'où l'objet de cette étude¹³⁸.

A. International Shoe

En l'espèce¹³⁹, la Cour Suprême a été appelée à statuer sur l'acquisition de Mc Elwain Company par International Shoe Company, deux concurrents majeures sur le marché de la

¹³⁵ *Ibidem*, p. 279.

¹³⁶ *Ibidem*, pp. 279 – 280 et 306 – 309.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 309 ; OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op.cit.*, p. 69.

¹³⁸ T.D., FINA et V., MEHTA, « The Failing Firm Defense: Alive and Well », *op. cit.*, pp. 1 – 2.

¹³⁹ *International Shoe Co. v. FTC*, 280 U.S. 291 (1930).

production, de la vente et de la distribution de chaussures. Mc Elwain avait de graves difficultés financières et International Shoe souhaitait, quant à elle, faire l'acquisition de Mc Elwain afin d'acquérir des usines supplémentaires pour accroître ses capacités de production. De plus, toutes les autres offres de rachats n'étaient qu'hypothétiques. Par conséquent, la Cour a décidé de renverser la décision de la FTC et d'approuver l'opération¹⁴⁰.

Dans cette affaire, la Cour Suprême a précisé que : « *In the light of the case thus disclosed of a corporation with resources so depleted and the prospect of rehabilitation so remote that it faced the grave probability of a business failure with resulting loss to its stockholders and injury to the communities where its plants were operated, we hold that the purchase of its capital stock by a competitor (there being no other prospective purchaser), not with a purpose to lessen competition, but to facilitate the accumulated business of the purchaser and with the effect of mitigating seriously injurious consequences otherwise probable, is not in contemplation of law prejudicial to the public and does not substantially lessen competition or restrain commerce within the intent of the Clayton Act* »¹⁴¹.

Ainsi fût créée la théorie de l'entreprise défaillante qui, à l'époque, nécessitait la réunion de deux éléments¹⁴² : le fait que l'absence de fusion pourrait entraîner la liquidation de l'entreprise défaillante et le fait que l'acquéreur serait le seul intéressé. Il est également important de constater qu'en l'espèce on retrouve déjà, même de manière implicite, un argument fondé sur les efficacités industrielles. Effectivement, la Cour a considéré qu'il était préférable pour les actionnaires et les communautés situées à l'endroit où les usines opéraient d'avoir un acquéreur intéressé qui rachète les actifs de l'entreprise défaillante pour continuer à les utiliser de manière efficace, plutôt que d'avoir la création d'un pouvoir de marché par la sortie d'un acteur du marché. Des deux maux, la Cour a donc choisi le moindre. Un autre point essentiel de cet arrêt est la contre-analyse effectuée par la Cour. Celle-ci a évalué quelle serait l'intensité de la concurrence dans le scénario de l'après-fusion et dans le scénario

¹⁴⁰ A., WINCKLER, « La théorie de l'entreprise défaillante "Failing Firm Defense" : une renaissance dans la crise ? », *op.cit.*, p. 10 ; T., MATHEWS, « The Failing Firm Defence: Re-examining Canada's Approach to Rescue Mergers in Light of the US and EU Experience », *op. cit.*, p. 16 ; T., PAREDES, « Note - Turning the Failing Firm Defense Into a Success: A Proposal to Revise the Horizontal Merger Guidelines », *Yale Journal on Regulation*, 1996, Vol. 13, Issue 1, pp. 355 – 356 ; E., ELHAUGE et D., GERADIN, *Global Competition Law and Economics*, *op.cit.*, pp. 1016 – 1017.

¹⁴¹ *International Shoe Co. v. FTC*, 280 U.S. 291 (1930), §§ 302 – 303 ; O., ZHONG, « The Failing Company Defense after the Commentary: Let It Go », *op. cit.*, p. 750 ; T., PAREDES, « Note - Turning the Failing Firm Defense Into a Success: A Proposal to Revise the Horizontal Merger Guidelines », *op. cit.*, pp. 355 – 356 ; E., ELHAUGE et D., GERADIN, *Global Competition Law and Economics*, *op.cit.*, p. 1018.

¹⁴² E., ELHAUGE et D., GERADIN, *Global Competition Law and Economics*, *op.cit.*, p. 1018.

contrefactuel et en a tiré comme conclusion que le premier était l'option la moins préjudiciable pour la structure concurrentielle du marché¹⁴³.

B. Philadelphia National Bank

Trente ans plus tard¹⁴⁴, nous nous retrouvons dans le secteur bancaire avec une concentration entre deux banques commerciales majeures. En l'espèce, la Cour Suprême n'a pas approuvé l'argument de l'entreprise défaillante mais elle a cependant clairement affirmé que cet argument pouvait s'appliquer « *plus facilement au secteur bancaire en raison de l'impact plus important d'une faillite bancaire par rapport à la faillite d'une entreprise ordinaire* »¹⁴⁵. De plus, la Cour a également rejeté la défense des parties suivant laquelle une banque commerciale est en quelque sorte exemptée de l'obligation de s'abstenir d'avoir des effets anticoncurrentiels sur le marché au motif que celle-ci est sujette à une réglementation gouvernementale intensive ou au motif qu'elle n'a pas pour objet la fabrication et la vente de biens corporels¹⁴⁶.

C. Citizen Publishing

Près de quarante ans après *International Shoe*, la Cour Suprême a clarifié les critères de l'argument de l'entreprise défaillante dans *Citizen Publishing*¹⁴⁷. Cette affaire est primordiale parce que c'est dans cette décision que la Cour Suprême a réellement développé la théorie de l'entreprise défaillante avec des conditions très similaires à celles que l'on retrouvera par après dans les lignes directrices. En l'espèce, la ville de Tucson, en Arizona, n'a que deux quotidiens, Le Citizen et le Star, qui avaient négocié en 1940 un accord d'entreprise commun par lequel les activités générales des deux entreprises devaient être fusionnées pour une période de 25 ans qui a été étendue jusqu'en 1990. La seule réelle justification dont les parties pouvaient se prévaloir était l'argument de l'entreprise défaillante¹⁴⁸.

¹⁴³ O., ZHONG, « The Failing Company Defense after the Commentary: Let It Go », *op. cit.*, p. 751 ; OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op.cit.*, p. 50 ; A., WINCKLER, « La théorie de l'entreprise défaillante "Failing Firm Defense" : une renaissance dans la crise ? », *op.cit.*, p. 10 ; I., KOKKORIS, « Failing Firm Defence Under the Clayton Act », *op. cit.*, pp. 163 – 164.

¹⁴⁴ United States v. Philadelphia National Bank, 374 U.S. 321 (1963).

¹⁴⁵ I., KOKKORIS, « Failing Firm Defence Under the Clayton Act », *op. cit.*, p. 164 ; OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op.cit.*, p. 51.

¹⁴⁶ United States v. Philadelphia National Bank, 374 U.S. 321 (1963), §368 ; I., KOKKORIS, « Failing Firm Defence Under the Clayton Act », *op. cit.*, p. 164.

¹⁴⁷ Citizen Publishing Co. v. United States, 394 U.S. 131 (1969).

¹⁴⁸ E., ELHAUGE et D., GERADIN, *Global Competition Law and Economics*, *op.cit.*, pp. 1019 – 1020 ; A., WINCKLER, « La théorie de l'entreprise défaillante "Failing Firm Defense" : une renaissance dans la crise ? »,

Dans ce contexte, la Cour a stipulé qu'avant de pouvoir s'appuyer sur cette justification, les parties devaient apporter la preuve que les trois conditions suivantes étaient remplies. Premièrement, les parties doivent démontrer que l'entreprise cible était en danger imminent de faillite. Deuxièmement, que la cible n'avait pas de perspective réaliste de parvenir à se restructurer et, troisièmement, que celle-ci avait entrepris de bonne foi, et de manière raisonnable, de solliciter un autre acquéreur qui constituerait une menace moindre en termes de concurrence¹⁴⁹. Néanmoins, en l'espèce, il n'y avait aucune indication que Citizen était, au moment de la conclusion de l'accord, en danger imminent de tomber en faillite. De plus, la Cour a aussi précisé qu'aucun effort n'avait été fait pour vendre le quotidien et que, par conséquent, toutes les conditions n'étaient pas satisfaites¹⁵⁰.

D. Jurisprudence plus récente

Le 31 mars dernier, la FTC a publié un article qui renferme les grandes orientations de la théorie de l'entreprise défaillante et qui rappelle notamment les trois conditions d'application de l'argument. Cet article a été publié suite à de récentes investigations dans le secteur hospitalier et celui du forage extracôtier avec, en premier lieu, l'acquisition de King's Daughters Hospital par Scott & White Healthcare en 2009¹⁵¹ et, ensuite, l'acquisition des actifs de Seahawk Drilling Inc. par Hercules Offshore Inc. en 2011. Ces deux concentrations démontrent, qu'aujourd'hui encore, la justification est plus que vivante et que les parties à une concentration font, ces dernières années, souvent référence à cet argument lorsque l'une d'elles est défaillante ou même juste fragilisée¹⁵².

Section 2. L'argument de la division défaillante

De manière similaire, nous retrouvons dans la version actuelle des lignes directrices l'argument de la division défaillante. En vertu de cet argument, les parties à une concentration

op.cit., p. 10 ; I., KOKKORIS, « Failing Firm Defence Under the Clayton Act », *op. cit.*, p. 164 ; O., ZHONG, « The Failing Company Defense after the Commentary: Let It Go », *op. cit.*, pp. 758 – 759 ; O., ZHONG, « The Failing Company Defense after the Commentary: Let It Go », *op. cit.*, pp. 758 – 759.

¹⁴⁹ OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op.cit.*, p. 51 ; A., WINCKLER, « La théorie de l'entreprise défaillante "Failing Firm Defense" : une renaissance dans la crise ? », *op.cit.*, pp. 10 - 11 ; I., KOKKORIS, « Failing Firm Defence Under the Clayton Act », *op. cit.*, pp. 164 – 165 ; T.D., FINA et V., MEHTA, « The Failing Firm Defense: Alive and Well », *op. cit.*, p. 2.

¹⁵⁰ A., WINCKLER, « La théorie de l'entreprise défaillante "Failing Firm Defense" : une renaissance dans la crise ? », *op.cit.*, pp. 10 - 11 ; I., KOKKORIS, « Failing Firm Defence Under the Clayton Act », *op. cit.*, p. 164.

¹⁵¹ R., FEINSTEIN, « Statement of Bureau of Competition Director Richard Feinstein on the FTC's Closure of Its Investigation of Consummated Hospital Merger in Temple, Texas », 23 décembre 2009, sur : https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/ftcs-closure-its-investigation-consummated-hospital-merger-temple-texas/091223scottwhitestmt.pdf (consulté le 1er juillet 2015).

¹⁵² D., FEINSTEIN, et A., GILMAN, « Power shopping for an alternative buyer », *op. cit.* ; T.D., FINA et V., MEHTA, « The Failing Firm Defense: Alive and Well », *op. cit.*, pp. 2 – 5.

portant sur l'acquisition d'une division défaillante d'une entreprise peuvent, dans des cas exceptionnels, invoquer cet argument. En effet, cet argument n'est en principe pas admis par les agences « *unless both of the following conditions are met: (1) applying cost allocation rules that reflect true economic costs, the division has a persistently negative cash flow on an operating basis, and such negative cash flow is not economically justified for the firm by benefits such as added sales in complementary markets or enhanced customer goodwill; and (2) the owner of the failing division has made unsuccessful good-faith efforts to elicit reasonable alternative offers that would keep its tangible and intangible assets in the relevant market and pose a less severe danger to competition than does the proposed acquisition* »¹⁵³. Bien que les lignes directrices reconnaissent explicitement cet argument depuis 1992, il n'y a cependant toujours pas, à ce jour, d'arrêts appliquant cette théorie aux Etats-Unis¹⁵⁴.

Section 3. L'argument de l'entreprise fragilisée ou en récession

En 1974, la Cour, dans l'affaire *General Dynamics*¹⁵⁵, a défini l'argument de l'entreprise fragilisée, aussi connu sous la dénomination de « *flailing* », de « *quasi-failing* » ou encore de « *weak competitor* ». Cet argument a ensuite été appliqué par des tribunaux de degré inférieur¹⁵⁶ pour, finalement, se définir de la manière suivante : justification en vertu de laquelle une entreprise cible peut, sans pour autant être en danger imminent d'insolvabilité, fusionner au motif que celle-ci « *n'a pas la possibilité d'imposer une pression concurrentielle importante dans un avenir proche en raison de la faiblesse de sa situation financière et/ou économique* »¹⁵⁷. Par conséquent, les entreprises fragilisées sont des entreprises qui ne disposent pas des moyens nécessaires pour exercer leurs activités de manière efficace et, de ce fait, elles ne sont plus capables d'exercer une importante pression sur les autres entreprises présentes sur le marché¹⁵⁸. Bien que cette théorie ait eu des débuts similaires à celle de l'entreprise défaillante, elle n'a cependant pas été explicitement incorporée comme tel dans les lignes directrices, mais on retrouve quand même l'esprit de *General Dynamics* à l'article 5.2 qui stipule notamment que « *recent or ongoing changes in market conditions may indicate*

¹⁵³ US Department of Justice and Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines as issued August 19, 2010, article 11, al. 3.

¹⁵⁴ OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op.cit.*, pp. 51 - 52 ; A., WINCKLER, « La théorie de l'entreprise défaillante "Failing Firm Defense" : une renaissance dans la crise ? », *op.cit.*, p. 13 ; I., KOKKORIS, « Failing Firm Defence Under the Clayton Act », *op. cit.*, p. 159.

¹⁵⁵ *United States v. General Dynamics Corp.*, 415 U.S. 450, 486, 507 (1974).

¹⁵⁶ *US v. International Harvester Co.*, 564 F. 2d 769, 774 (7th Cir 1977).

¹⁵⁷ OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op. cit.*, p. 52.

¹⁵⁸ *Ibidem* ; A., WINCKLER, « La théorie de l'entreprise défaillante "Failing Firm Defense" : une renaissance dans la crise ? », *op.cit.*, p. 11 ; I., KOKKORIS, « Failing Firm Defence Under the Clayton Act », *op. cit.*, pp. 162 et 165.

*that the current market share of a particular firm either understates or overstates the firm's future competitive significance »*¹⁵⁹.

Chapitre 3. En Europe

Section 1. Les conditions d'application de l'argument de l'entreprise défaillante

§1. Bases légales

La Commission s'est fondée sur l'article 2 du règlement¹⁶⁰ CE sur les concentrations pour jeter les bases de la théorie de l'entreprise défaillante. Cet article, comme nous l'avons vu précédemment, utilise le test dit SIEC en vertu duquel une concentration est déclarée incompatible avec le marché commun si celle-ci entrave significativement la concurrence effective sur le marché pertinent. Dans tous les cas, pour pouvoir appliquer le règlement, la concentration doit donc elle-même être à la source de l'entrave en question. Il n'y a néanmoins rien d'autre dans le règlement au sujet de la *failing firm defence*. C'est donc la jurisprudence de la Commission et des juridictions communautaires qui a, comme aux Etats-Unis, développé et parachevé la théorie qui est actuellement codifiée aux points 89 et 90 des lignes directrices¹⁶¹ relatives aux concentrations horizontales¹⁶².

Selon la Commission, la condition fondamentale pour pouvoir bénéficier de cet argument est la preuve que la concentration proposée n'est pas la cause des effets anticoncurrentiels sur la structure de la concurrence. Les parties doivent donc démontrer que, sans l'opération, les effets anticoncurrentiels sur la structure du marché seraient au moins aussi graves que si la concentration avait effectivement eu lieu. Dans ce contexte, on retrouve au point 90 des lignes directrices les trois conditions qui doivent être remplies afin que cet argument puisse être retenu. Premièrement, « *l'entreprise prétendument défaillante serait, dans un proche avenir, contrainte de quitter le marché en raison de ses difficultés financières si elle n'était pas reprise par une autre entreprise*. Deuxièmement, *il n'existe pas d'autre*

¹⁵⁹ A., WINCKLER, « La théorie de l'entreprise défaillante "Failing Firm Defense" : une renaissance dans la crise ? », *op.cit.*, p. 11 ; I., KOKKORIS, « Failing Firm Defence Under the Clayton Act », *op. cit.*, p. 162.

¹⁶⁰ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises ("le règlement CE sur les concentrations"), *J.O.C.E.*, n° L 024 du 29 janvier 2004, pp. 1 – 22.

¹⁶¹ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *J.O.C.E.*, n° C 31 du 5 février 2004, p. 5, points 89 et 90.

¹⁶² I., KOKKORIS, « Failing Firm Defence in the European Union : A Panacea for Mergers », *op. cit.*, p. 495 ; G., MONTI et E., ROUSSEVA, « Failing firms in the Framework of the EC Merger Control regulation », *E.L.R.*, 1999, vol. 24, pp. 38 et 41 ; A., JONES et B., SUFRIN, *EU competition law : text, cases, and materials*, 4^e éd., Oxford University Press, New-York, 2010, p. 942.

*alternative de rachat moins dommageable pour la concurrence que la concentration notifiée. Troisièmement, si la concentration n'était pas réalisée, les actifs de l'entreprise défaillante disparaîtraient inévitablement du marché »*¹⁶³.

§2. A travers la jurisprudence

La *failing firm defence* a été appliquée dans plusieurs affaires et c'est à travers ces dernières que les trois conditions d'application de la justification ont vu le jour et se sont développées au fil du temps. En effet, même sans une référence explicite à l'argument dans le règlement 4064/89¹⁶⁴, cet argument a néanmoins été invoqué dès 1991 et la Commission a du faire face, par la suite, à ce dernier dans un certain nombre de décisions¹⁶⁵.

A. *Kali und Salz*

L'argument a été admis avec succès pour la toute première fois en Europe dans l'affaire *Kali und Salz*¹⁶⁶ en 1993. En l'espèce, *Kali und Salz AG* (K + S), une filiale du groupe chimique allemand BASF, était une entreprise présente sur le marché de la potasse. La société *Mitteldeutsche Kali AG* (MdK), quant à elle, était une entreprise dont l'actionnaire unique était la *Treuhand*. Sur le plan de la structure de la concurrence, les deux entreprises en question disposaient ensemble d'environ 98% des parts de marché. A la suite d'une importante chute de la demande, MdK était au bord de la faillite. C'est dans ce contexte que *Kali und Salz* a proposé de racheter MdK¹⁶⁷.

Au vue des parts de marché détenues par les deux entreprises, il était clair que la concentration proposée créerait une situation de quasi-monopole impliquant ainsi un risque de voir apparaître des effets unilatéraux importants. Les parties ont alors fait valoir, qu'en l'absence de l'opération, MdK serait forcé de disparaître du marché et que cela aurait de toute

¹⁶³ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *J.O.C.E.*, n° C 31 du 5 février 2004, p. 5, point 89 ; E., ELHAUGE et D., GERADIN, *Global Competition Law and Economics*, *op.cit.*, pp. 1026 – 1027 ; E.F., CLARK et C.E., FOSS, « When the Failing Firm Defence Fails », *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012, Vol. 3 (4), p. 318 ; V., BACCARO, « Failing Firm Defence and Lack of Causality : Doctrine and Practice in Europe of Two Closely Related Concepts », *E.C.L.R.*, 2004, vol. 25, pp. 12 – 13.

¹⁶⁴ Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *J.O.C.E.*, n° L 395 du 30 décembre 1989, pp. 1 – 12.

¹⁶⁵ I., KOKKORIS, « Failing Firm Defence in the European Union : A Panacea for Mergers », *op. cit.*, p. 497 ; E., GONZALEZ DIAZ, « 3. Merger Defences In Times of Crises », *op. cit.*, p. 197.

¹⁶⁶ Déc. Comm. CE, 14 décembre 1993, aff. IV/M.308, *Kali und Salz*, *J.O.C.E.*, 21 juillet 1994, n° L 186, p. 38.

¹⁶⁷ I., KOKKORIS, « Failing Firm Defence in the European Union : A Panacea for Mergers », *op. cit.*, p. 497 ; A., JONES et B., SUFRIN, *EU competition law : text, cases, and materials*, *op. cit.*, p. 942 ; A., EZRACHI, *EU competition law : an analytical guide to the leading cases*, 3^e éd., Oxford, Hart, 2012, p. 411 ; F.O.W., VOGELAAR, *The European competition rules : landmark cases of the European Courts and the Commission*, 2^e éd., Groningen, Europa Law Publishing, 2007, p. 274.

façon comme impact de renforcer la position dominante de Kali und Salz sur le marché. Dans ces circonstances, la Commission a approuvé la concentration sur base de la théorie de l'entreprise défaillante. En effet, la Commission a jugé que, pour appliquer l'argument, trois critères devaient être remplis afin de démontrer que la fusion proposée n'était pas la cause de la détérioration de la structure de la concurrence. Dans un premier lieu, en l'absence de la concentration, MdK disparaîtrait rapidement du marché. Deuxièmement, Kali und Salz reprendrait la part de marché de MdK et, en dernier lieu, il n'y aurait pas d'autres acquéreurs possibles dont l'offre serait moins dommageable pour la concurrence¹⁶⁸.

Le second critère selon lequel l'entreprise acquérante absorberait en tout état de cause la totalité des parts de marché de l'entreprise acquise si celle-ci était contrainte à quitter le marché a été considéré comme étant trop restrictif. C'est pourquoi le gouvernement français a fait appel¹⁶⁹ de cette décision, notamment au motif que la Commission n'avait pas appliqué correctement les conditions utilisées aux Etats-Unis. Cependant, la Cour de Justice a confirmé la décision de la Commission et a déclaré que « *le critère de l'absorption des parts de marché, bien qu'il ne soit pas considéré par la Commission elle-même comme suffisant à lui seul pour exclure le caractère préjudiciable de l'opération de concentration pour le jeu de la concurrence, concourt à assurer la neutralité de cette opération par rapport à la dégradation de la structure concurrentielle du marché, ce qui est conforme à la notion de causalité figurant à l'article 2, paragraphe 2, du règlement* »¹⁷⁰.

Suite à cette affaire, la Commission a continué pendant longtemps à appliquer les conditions de l'affaire *Kali und Salz* de manière restrictive. Ainsi, dans l'affaire *Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM*¹⁷¹ et dans l'affaire *Blokker/Toys 'R' US (II)*¹⁷², la Commission a respectivement conclu que Wacker-Chemie aurait pu trouver d'autres acquéreurs et qu'il n'était pas prouvé que toutes les parts de marché de Toys 'R' US seraient absorbées par

¹⁶⁸ Déc. Comm. CE, 14 décembre 1993, aff. IV/M.308, Kali und Salz, *J.O.C.E.*, 21 juillet 1994, n° L 186, p. 38, §§ 70 – 72 ; V., BACCARO, « Failing Firm Defence and Lack of Causality : Doctrine and Practice in Europe of Two Closely Related Concepts », *op. cit.*, p. 14 ; F.O.W., VOGELAAR, *The European competition rules : landmark cases of the European Courts and the Commission*, *op. cit.*, pp. 275 – 279 ; A., EZRACHI, *EU competition law : an analytical guide to the leading cases*, *op. cit.*, p. 411.

¹⁶⁹ C.J.C.E., 31 mars 1998, aff. jointes C-68/94 et C-30/95, France e.a./Commission, *Rec.*, 1998, I, p. 1375.

¹⁷⁰ *Ibidem*, § 116 ; ¹⁷⁰ I., KOKKORIS, « Failing Firm Defence in the European Union : A Panacea for Mergers », *op. cit.*, p. 499 ; OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op. cit.*, p. 53 ; ; A., JONES et B., SUFRIN, *EU competition law : text, cases, and materials*, *op. cit.*, p. 944 ; A., EZRACHI, *EU competition law : an analytical guide to the leading cases*, *op. cit.*, pp. 411 – 412 ; A., WINCKLER, « La théorie de l'entreprise défaillante "Failing Firm Defence" : une renaissance dans la crise ? », *op. cit.*, p. 12.

¹⁷¹ Déc. Comm. CE, 4 décembre 1996, aff. IV/M.774, Saint-Gobain/Wacker – Chemie/NOM, *J.O.C.E.*, 10 septembre 1997, n° L 247, p. 1.

¹⁷² Déc. Comm. CE, 26 juin 1997, aff. IV/M.890 Blokker/Toys 'R' Us (II), *J.O.C.E.*, 25 novembre 1998, n° L 316, p. 1.

Blokker¹⁷³. Par conséquent, après l'affaire *Kali und Salz* aucune concentration n'a été approuvée sur base de l'argument de l'entreprise défaillante jusqu'en 2001, année où la Commission a approuvé la concentration *BASF/Eurodiol/Pantochim*¹⁷⁴.

B. BASF/Eurodiol/Pantochim

Cette affaire a marqué une étape fondamentale dans l'évolution de l'argument de l'entreprise défaillante. En effet, nous venons de voir que les conditions ont longtemps été appliquées de manière restrictive, mais cela va changer avec cette affaire. Ainsi, la Commission, avant la publication des lignes directrices, est revenue sur le second critère concernant l'absorption des parts de l'entreprise acquise par l'entreprise acquérante¹⁷⁵. En l'espèce, on ne pouvait pas s'attendre à ce que, en l'absence de fusion, BASF absorbe la totalité des parts de marché d'Eurodiol (Belgique) étant donné que ses principaux concurrents en obtiendraient selon toute probabilité eux aussi une bonne partie. Cependant, puisque les « *actifs de l'entreprise défaillante disparaîtraient définitivement du marché* » si l'opération n'avait pas lieu et que « *cette disparition entraînerait très probablement une détérioration considérable des conditions du marché* », la Commission a considéré que « *ces éléments entrent également en ligne de compte pour l'application de la notion de concentration d'assainissement* »¹⁷⁶.

Par conséquent, la Commission a remplacé le critère de la reprise des parts de marché par le critère de sortie du marché des actifs de l'entreprise défaillante. Cette affaire a donc permis à la Commission de clarifier les conditions qu'elle avait déjà posées dans *Kali und Salz* pour, au final, retenir les trois conditions d'application de la théorie de l'entreprise défaillante que l'on retrouvera en 2004 dans les lignes directrices¹⁷⁷. De plus, la Commission a ajouté qu'« *en tout état de cause, l'application de la notion de 'concentration*

¹⁷³ OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op.cit.*, p. 53 ; VAN BAEL & BELLIS, *Competition law of the European Community*, *op.cit.*, pp. 705 – 706 ; I., KOKKORIS, « Failing Firm Defence in the European Union : A Panacea for Mergers », *op. cit.*, pp. 499 – 500 ; J., COOK et C., KERSE, *EC Merger Control*, *op.cit.*, p. 275.

¹⁷⁴ Déc. Comm. CE, 11 juillet 2001, aff. COMP/M.2314, *BASF/Eurodiol/Pantochim*, *J.O.C.E.*, 17 mai 2002, n° L 132, p. 45.

¹⁷⁵ OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op.cit.*, p. 53 ; I., KOKKORIS, « Failing Firm Defence in the European Union : A Panacea for Mergers », *op. cit.*, p. 501.

¹⁷⁶ Déc. Comm. CE, 11 juillet 2001, aff. COMP/M.2314, *BASF/Eurodiol/Pantochim*, *J.O.C.E.*, 17 mai 2002, n° L 132, p. 45, §151 ; I., KOKKORIS, « Failing Firm Defence in the European Union : A Panacea for Mergers », *op. cit.*, p. 502.

¹⁷⁷ A., WINCKLER, « La théorie de l'entreprise défaillante "Failing Firm Defense" : une renaissance dans la crise ? », *op.cit.*, p. 12 ; A., JONES et B., SUFRIN, *EU competition law : text, cases, and materials*, *op. cit.*, p. 946 ; T., MATHEWS, « The Failing Firm Defence: Re-examining Canada's Approach to Rescue Mergers in Light of the US and EU Experience », *op. cit.*, p. 24.

d'assainissement' exige que la détérioration de la structure concurrentielle, faisant suite à l'opération de concentration, ne soit à tout le moins pas pire qu'en l'absence de la concentration »¹⁷⁸.

C. Jurisprudence plus récente

En 2013, nous avons pu assister à un retour de la théorie de l'entreprise défaillante. La Commission a étonnamment autorisé deux concentrations : *Nynas/Shell/Harburg Refinery*¹⁷⁹ et *Aegean/Olympic II*¹⁸⁰. Cela est particulièrement surprenant, surtout pour la deuxième affaire, étant donné que, dans cette dernière, la Commission avait interdit l'opération moins de trois ans auparavant¹⁸¹ au motif que, justement, la concentration proposée ne satisfaisait pas à toutes les conditions pour pouvoir appliquer l'argument de l'entreprise défaillante¹⁸².

Dans la première affaire, *Nynas/Shell/Harburg Refinery*, la Commission a autorisé l'acquisition par Nynas AB (Suède) de certains actifs de Shell Deutschland Oil GmbH (Allemagne) qui exploite une raffinerie à Hamburg-Harburg. En l'espèce, la Commission craignait que, dans le scénario d'après-fusion, Nynas ne fût la dernière entreprise active sur le marché des huiles naphthéniques de base et à usiner destinées à des applications industrielles dans l'EEE et le principal producteur européen d'huiles pour transformateurs. Nynas aurait alors comme principal concurrent dans l'EEE, une entreprise basée aux États-Unis du nom d'Ergon¹⁸³. Cependant, durant la deuxième phase de son enquête, Shell a déclaré que la raffinerie de Harburg serait fermée si elle n'était pas cédée étant donné que cette raffinerie exigeait un investissement important pour le groupe Shell. Par conséquent, les actifs de la raffinerie de Harburg seraient contraints de quitter le marché si ceux-ci n'étaient pas repris par une autre entreprise, la première condition d'application était donc remplie en l'espèce. Ce qui est intéressant, c'est que la Commission a accepté l'argument de la division défaillante,

¹⁷⁸ Déc. Comm. CE, 11 juillet 2001, aff. COMP/M.2314, BASF/Eurodiol/Pantochim, *J.O.C.E.*, 17 mai 2002, n° L 132, p. 45, §143.

¹⁷⁹ Déc. Comm. CE, 2 septembre 2013, COMP/M.6360 - Nynas/ Shell/ Harburg Refinery, *J.O.U.E.*, 17 octobre 2014, n° C 368, p. 5.

¹⁸⁰ Déc. Comm. CE, 9 octobre 2013, COMP/M.6796, Aegean/Olympic II, *J.O.U.E.*, 24 janvier 2015, n° C 25/7, p. 7.

¹⁸¹ Déc. Comm. CE, 28 janvier 2011, COMP/M.5830, Aegean/Olympic, *J.O.U.E.*, 3 juillet 2012 n° C 195, p. 11.

¹⁸² V., ROSE, D., BAILEY, L.A., JOHN et J., TURNER, *European Union Law of Competition*, 7^e éd. supplément, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 81 ; K., FOUNTOUKAKOS, C., POUNCEY et J., TEW, « EU Merger Control in 2013/2014 : Tough but Fair ? », *The European Antitrust Review*, 2015, p. 24 ; G., DRAUZ, P., MCGEOWN et B., RECORD, « Recent Developments in EU Merger Control », *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, Vol. 5 (5), p. 315.

¹⁸³ G., CASTALDO et A., BOGDANOV, « The Nynas Case: The Interplay Between the Failing Firm Defence and the Counterfactual Method », *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015, vol. 6 (5), p. 324 ; G., DRAUZ, P., MCGEOWN et B., RECORD, « Recent Developments in EU Merger Control », *op. cit.*, 2014, pp. 315 - 316.

plutôt que celui de l'entreprise défaillante, alors que la société mère, Shell, n'était pas elle-même en difficulté financière. En effet, comme nous allons voir le dans les sections suivantes, en vertu de la jurisprudence de la Commission, il semblerait que l'argument de la division défaillante puisse être admis avec succès « *only where it could be shown that continued operation of the failing division would imperil the survival of the parent company* »¹⁸⁴. Pour ce qui est des deux autres conditions, la Commission a conclu qu'il n'existait aucun autre acheteur crédible et que les actifs de la raffinerie disparaîtraient inévitablement du marché si l'opération n'avait pas lieu, « *ce qui représenterait une réduction de capacité (...) pour le marché des huiles naphténiques de base et à usiner dans l'EEE* »¹⁸⁵ et, de ce fait, une augmentation des prix pour les consommateurs¹⁸⁶.

Un mois après, la Commission a approuvé la concentration de deux compagnies aériennes grecques, Olympic Air SA et Aegean Airlines SA, concentration qu'elle avait précédemment interdite étant donné qu'Olympic était détenue intégralement par Marfin Investment Group et que ce dernier avait la capacité d'assurer la solvabilité de l'entreprise. Pourtant, moins de trois ans plus tard, nous avons assisté à un revirement de la situation. La Commission a conclu que, durant l'intervalle entre les deux décisions, la situation d'Olympic avait radicalement changé et que, contrairement à l'origine, les conditions d'application étaient toutes réunies en 2013. En ce qui concerne la première condition, à la suite de la privatisation d'Olympic en 2009, Marfin a dû apporter un soutien financier considérable à cette dernière et la Commission a conclu que, en l'espèce, il était très peu probable, vu la situation économique de la Grèce, que la situation d'Olympic changerait dans un avenir proche. De plus, au même moment, Marfin éprouvait également de graves difficultés financières et donc, la Commission a jugé qu'il « *serait nettement moins onéreux pour Marfin de fermer Olympic que de poursuivre son exploitation* »¹⁸⁷ et que « *la décision la plus rationnelle pour Marfin serait en effet de ne plus soutenir Olympic et de la fermer* ».

¹⁸⁴ O., BRETZ, D., GORE et K., SCHALLENBERG, « A new approach to the failing firm defence? The Nynas/Shell Harburg merger », *E.C.L.R.*, 2014, Vol. 35 (10), p. 484 ; K., FOUNTOUKAKOS et L., GEARY, « Time to Bid Farewell to the Failing Firm Defense? Some Thoughts in the Wake of Nynas/Shell and Olympic/Aegean », *CPI Europe Column*, 20 décembre 2013, sur <https://www.competitionpolicyinternational.com/time-to-bid-farewell-to-the-failing-firm-defense-some-thoughts-in-the-wake-of-nynas-olympic-aegean> (consulté le 14 mars 2015), p. 10.

¹⁸⁵ Déc. Comm. CE, 2 septembre 2013, COMP/M.6360 - Nynas/ Shell/ Harburg Refinery, *J.O.U.E.*, 17 octobre 2014, n° C 368, p. 5, §43.

¹⁸⁶ V., ROSE, D., BAILEY, L.A., JOHN et J., TURNER, *European Union Law of Competition*, 7^e éd. supplément, *op. cit.*, pp. 80 – 81 ; G., DRAUZ, P., MCGEOWN et B., RECORD, « Recent Developments in EU Merger Control », *op. cit.*, 2014, pp. 315 – 316 ; K., FOUNTOUKAKOS et L., GEARY, « Time to Bid Farewell to the Failing Firm Defense? Some Thoughts in the Wake of Nynas/Shell and Olympic/Aegean », *op. cit.*, pp. 10 – 11.

¹⁸⁷ Déc. Comm. CE, 9 octobre 2013, COMP/M.6796, Aegean/Olympic II, *J.O.U.E.*, 24 janvier 2015, n° C 25/7, p. 7, §72.

complètement »¹⁸⁸. En l'absence de la concentration proposée, Olympic aurait par conséquent été contrainte de quitter le marché. En ce qui concerne les deux autres conditions, l'enquête a révélé que le rachat d'Olympic n'avait pas suscité un intérêt particulier, à l'exception d'Aegean, et que, si l'opération n'avait pas lieu, les actifs d'Olympic disparaîtraient inévitablement du marché¹⁸⁹. Nous pouvons donc constater que la Commission, dans son analyse, prend en compte les circonstances du marché et, qu'en l'espèce, la persistance de la mauvaise conjoncture économique en Grèce a été un facteur déterminant dans le raisonnement de la Commission. Il n'est donc pas impossible que, dans l'avenir, la Commission revienne sur d'autres de ses décisions, mais, Mark Powell, l'associé de chez White & Case qui a conseillé Aegean, a déclaré à l'époque qu'« *any similar defence must be extremely well argued and backed up by all the financial data. This is still a difficult case to make out and it's not a defence that will be widely available in the future* »¹⁹⁰.

Section 2. L'argument de la division défailante

Contrairement au droit américain, cet argument n'est pas incorporé dans les lignes directrices, il n'y est même pas mentionné. Néanmoins, la Commission et les juridictions communautaires ont toutefois statué sur cet argument dans une série d'affaires. *Bertelsmann/Kirch/Premiere*, la toute première affaire¹⁹¹ dans laquelle la Commission a pris en compte cette justification, s'est déroulée en 1998 et, moins d'un an plus tard, la Commission a réitéré le principe dans l'affaire¹⁹² *Rewe/Meinl*¹⁹³.

Ces deux affaires sont importantes car elles attestent de l'existence de l'argument de la division défailante en Europe et sont similaires sur deux points. Premièrement, dans les deux affaires, la Commission a conclu que les concentrations en question ne remplissaient pas les conditions d'application de la théorie de l'entreprise défailante telles que définies dans l'affaire *Kali und Salz*. Deuxièmement, la Commission a également conclu que ces affaires

¹⁸⁸ *Ibidem*, §75.

¹⁸⁹ K., FOUNTOUKAKOS, C., POUNCEY et J., TEW, « EU Merger Control in 2013/2014 : Tough but Fair ? », *op. cit.*, p. 24 ; A., KOMNINOS et J., JERAM, « Changing Mind in Changed Circumstances: Aegean/Olympic II and the Failing Firm Defence », *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, vol. 5 (9), pp. 610 – 615 ; K., FOUNTOUKAKOS et L., GEARY, « Time to Bid Farewell to the Failing Firm Defense? Some Thoughts in the Wake of Nynas/Shell and Olympic/Aegean », *op. cit.*, pp. 9 – 10.

¹⁹⁰ D., MYLES, « EU's new failing firm defence benchmark », *International Financial Law Review*, Dec2013/Jan2014, p. 9.

¹⁹¹ Déc. Comm. CE, 27 mai 1998, aff. IV/M.993, *Bertelsmann/Kirch/Premiere*, *J.O.C.E.*, 27 février 1999, n° L 53, p. 1.

¹⁹² Déc. Comm. CE, 3 février 1999, aff. IV/M.1221 *Rewe/Meinl*, *J.O.C.E.*, 23 octobre 1999, n° L 274, p. 1.

¹⁹³ A., WINCKLER, « La théorie de l'entreprise défailante "Failing Firm Defense" : une renaissance dans la crise ? », *op.cit.*, pp. 13 – 14.

étaient des cas de « divisions défaillantes » et non d'« entreprises défaillantes », et que cette justification implique la réunion de conditions plus strictes étant donné que la société-mère peut, par exemple, recourir à des méthodes comptables afin de créer l'illusion d'une défaillance de la division¹⁹⁴.

Par conséquent, il ressort de la jurisprudence de la Commission que les parties ne peuvent pas simplement affirmer que la division défaillante serait contrainte de fermer si celle-ci n'est pas cédée. Effectivement, déjà dans l'affaire *Bertelsmann/Kirch/Premiere*, la Commission a déclaré que, à la différence de l'argument de l'entreprise défaillante, dans les cas où les parties invoquent l'argument de la division défaillante, les parties doivent apporter « *des preuves particulièrement solides attestant que les conditions de l'objection de l'absence d'un lien de causalité sont satisfaites* »¹⁹⁵. Certains auteurs se sont alors demandé si, dans *Nynas/Shell/Harburg Refinery* et *Aegean/Olympic II*, la Commission n'avait pas fait une application plus indulgente de l'argument, étant donné qu'avant 2013 aucune concentration n'avait été autorisée sur base de cette justification¹⁹⁶. Cependant, Kyriakos Fountoukakos n'est pas d'accord. D'après cet auteur, « *these two recent cases do not show any particular relaxation in the Commission's approach. It remains incredibly hard to persuade the Commission that the relevant criteria are met but these cases show that, with the right evidence, the defence can be used successfully* »¹⁹⁷. Cette vue est suivie par trois autres auteurs qui considèrent, eux aussi, qu'étant donné les preuves particulièrement solides avancées par les parties dans ces deux affaires, qu'il n'existe pas de relâchement dans l'analyse de l'argument. Ainsi, il est possible d'invoquer avec succès l'argument de la division défaillante, mais les parties doivent être prêtes à fournir des preuves détaillées et irréfutables de ce qu'elles avancent¹⁹⁸.

¹⁹⁴ A., WINCKLER, « La théorie de l'entreprise défaillante "Failing Firm Defense" : une renaissance dans la crise ? », *op.cit.*, pp. 13 – 14 ; VAN BAELE & BELLIS, *Competition law of the European Community*, *op.cit.*, p. 706 ; OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op.cit.*, p. 54 ; ¹⁹⁴ I., KOKKORIS, « Failing Firm Defence in the European Union : A Panacea for Mergers », *op. cit.*, pp. 500 et 501 ; V., BACCARO, « Failing Firm Defence and Lack of Causality : Doctrine and Practice in Europe of Two Closely Related Concepts », *op. cit.*, pp. 15 et 16.

¹⁹⁵ Déc. Comm. CE, 27 mai 1998, aff. IV/M.993, *Bertelsmann/Kirch/Premiere*, *J.O.C.E.*, 27 février 1999, n° L 53, p. 1, § 71 ; C., BENGTSOON, J.M., CARPI BADIA et K., MASSIMILIANO, « 5. Mergers », *op.cit.*, p. 753.

¹⁹⁶ O., BRETZ, D., GORE et K., SCHALLENBERG, « A new approach to the failing firm defence? The Nynas/Shell Harburg merger », *op. cit.*, p. 484 ; K., FOUNTOUKAKOS et L., GEARY, « Time to Bid Farewell to the Failing Firm Defense? Some Thoughts in the Wake of Nynas/Shell and Olympic/Aegean », *op. cit.*, pp. 10 – 11.

¹⁹⁷ K., FOUNTOUKAKOS, C., POUNCEY et J., TEW, « EU Merger Control in 2013/2014: Tough but Fair ? », *op. cit.*, p. 25.

¹⁹⁸ O., BRETZ, D., GORE et K., SCHALLENBERG, « A new approach to the failing firm defence? The Nynas/Shell Harburg merger », *op. cit.*, p. 486.

Section 3. L'argument de l'entreprise fragilisée ou en récession

En 2003, dans l'affaire *Newscorp/Telepiù*¹⁹⁹, les parties ont à nouveau tenté d'avancer l'argument de la division défaillante afin de pouvoir fusionner. Cependant, bien que la Commission ait autorisé l'opération, celle-ci n'a pas basé son raisonnement sur cette justification qui a donc une nouvelle fois été rejetée. En l'espèce, Newscorp, une société de médias présente aux Etats-Unis, au Canada, en Europe, en Australie, en Amérique latine et en Asie-Pacifique, envisageait d'acquérir le contrôle exclusif de Telepiù et de Stream. Etant donné que, d'une part, cette opération de concentration avait pour but d'aboutir à un quasi-monopole sur le marché italien de la télévision payante et que, d'autre part, la filiale de l'entreprise acquérante, Stream, aurait très probablement déposé le bilan, Newscorp a invoqué l'argument de l'entreprise défaillante. Néanmoins, Stream est une « division » de la société acquérante, Newscorp, et non de la société acquise qui était elle défaillante. En effet, Stream se trouvait sous le contrôle conjoint de Newscorp et Telecom Italia et, avec l'opération de concentration, Newscorp avait l'intention de passer d'un contrôle conjoint à un contrôle exclusif de Stream. C'est dans ce contexte que la Commission a soulevé la question de savoir « *si l'argument de la société défaillante s'applique lorsque l'entreprise acquérante est financièrement saine, mais que l'une de ses divisions, qui est défaillante, fusionne avec une autre entité* »²⁰⁰. Malgré le fait que les conditions pour appliquer l'argument de la division défaillante n'étaient pas réunies, vu que Newscorp n'était nullement en danger, la Commission a autorisé la fusion en tenant compte des réalités économiques du secteur. Effectivement, la Commission a, en l'espèce, considéré que « *l'approbation de la concentration, sous réserve de conditions appropriées, serait plus avantageuse pour le consommateur que la perturbation provoquée par l'arrêt éventuel de Stream* »²⁰¹. Nous pouvons donc interpréter cette décision comme étant la définition européenne de l'argument de l'entreprise fragilisée ou en récession, définition qui est très proche de celle que nous avons vue dans l'affaire *General Dynamics* aux Etats-Unis²⁰².

¹⁹⁹ Déc. Comm. CE, 2 avril 2003, aff. COMP/M.2876, *Newscorp/Telepiù*, *J.O.U.E.*, 16 avril 2004, n° L 110, p. 73.

²⁰⁰ Déc. Comm. CE, 2 avril 2003, aff. COMP/M.2876, *Newscorp/Telepiù*, *J.O.U.E.*, 16 avril 2004, n° L 110, p. 73, §211.

²⁰¹ *Ibidem*, §221.

²⁰² A., EZRACHI, *EU competition law : an analytical guide to the leading cases*, *op. cit.*, pp. 414 – 415 ; A., WINCKLER, « La théorie de l'entreprise défaillante "Failing Firm Defense" : une renaissance dans la crise ? », *op.cit.*, pp. 14 – 15 ; I., KOKKORIS, « Failing Firm Defence in the European Union : A Panacea for Mergers », *op. cit.*, p. 505 ; V., BACCARO, « Failing Firm Defence and Lack of Causality : Doctrine and Practice in Europe of Two Closely Related Concepts », *op. cit.*, p. 21 ; C., CAFFARRA et A., CONSELLI, « Merger to Monopoly : NewsCorp/Telepiù », *E.C.L.R.*, 2003, Vol. 11, pp. 625 - 627.

Dans une deuxième affaire, *KLM/Martinair*²⁰³, la Commission a également pris la décision de ne pas appliquer l'argument de la division défaillante et a conclu « *que les effets spécifiques de l'opération envisagée sur les activités de transport aérien de passagers des parties semblent être limités* »²⁰⁴. Par conséquent, nous pouvons constater que cette décision vient confirmer la première et que, de ce fait, les parties peuvent invoquer l'argument de l'entreprise fragilisée à condition néanmoins de pouvoir démontrer « *dans les faits que la fusion constitue la solution aux problèmes financiers de l'entreprise défaillante qui est la moins préjudiciable pour la concurrence* »²⁰⁵.

Chapitre 4. Similitudes et différences

Comme nous l'avons vu dans la Partie I de cette étude, que ce soit en Europe ou aux Etats-Unis, lorsqu'il revient aux juridictions compétentes de faire une analyse substantielle d'une concentration, celles-ci sont amenées à analyser son impact sur la structure du marché. Pour ce faire, un certain nombre d'éléments sont pris en compte, notamment les parts de marché des entreprises, le degré de concentration du marché et les barrières à l'entrée. De plus, les gains d'efficacité pouvant résulter de la concentration proposée, ainsi que le fait qu'une des parties à la concentration est défaillante seront aussi pris en compte dans l'analyse substantielle de la fusion²⁰⁶.

Il est intéressant de souligner que les conditions d'application de la théorie de l'entreprise défaillante sont très similaires en Europe et aux Etats-Unis, mais aussi au sein même de l'Union Européenne. Avec l'affaire *BASF/Eurodiol/Pantochim* et les lignes directrices, la théorie européenne de l'entreprise défaillante a en effet évolué pour ressembler de plus en plus à celle que nous retrouvons aux Etats-Unis²⁰⁷.

Il existe néanmoins une série de différences qui ont été relevées par l'OCDE lors de la table ronde de 2009 sur la *failing firm defence*. En premier lieu, il ressort des différentes contributions que toutes les juridictions ne font pas expressément référence aux difficultés financières de l'entreprise défaillante dans leurs conditions d'application. La Grèce et les

²⁰³ Déc. Comm. CE, 17 décembre 2008, COMP/M.5141, *KLM/Martinair*, *J.O.U.E.*, 4 mars 2009, n° C 51, p. 4.

²⁰⁴ *Ibidem*, §175.

²⁰⁵ OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op.cit.*, p. 55 ; E.F., CLARK et C.E., FOSS, « When the Failing Firm Defence Fails », *op. cit.*, p. 326.

²⁰⁶ I., KOKKORIS, « Failing Firm Defence in the European Union : A Panacea for Mergers », *op. cit.*, p. 497.

²⁰⁷ T., MATHEWS, « The Failing Firm Defence: Re-examining Canada's Approach to Rescue Mergers in Light of the US and EU Experience », *op. cit.*, p. 24 ; E., NAVARRO, A., FONT, J., FOLGUERA et J., BRIONES, *Merger control in the European Union : law, economics and practice*, 2^e éd., New York, Oxford University Press, 2005-2009, p. 339 ; E., ELHAUGE et D., GERADIN, *Global Competition Law and Economics*, *op.cit.*, p. 1027 ; OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op.cit.*, p. 60.

Pays-Bas parlent notamment de « cessation d'activités » ou encore de « disparition à court terme de l'entreprise défaillante ». En second lieu, même si une contre-analyse est toujours requise, il existe entre les différentes juridictions quelques petites subtilités. En plus de l'analyse contrefactuelle de base, certaines juridictions, comme au Royaume-Uni et aux Etats-Unis, nécessitent aussi que les parties apportent la preuve que les effets négatifs de la concentration sur la structure concurrentielle du marché ne seront pas plus graves que ceux qui résulteraient de la réorganisation ou de la restructuration de l'entreprise défaillante. Aux Etats-Unis par exemple, les parties doivent démontrer que l'entreprise défaillante n'est pas en mesure de réussir à se restructurer aux termes du Chapitre 11 de la Loi sur les faillites. En troisième lieu, il est clair que le type de preuves exigées par les différentes juridictions sont souvent fort semblables, étant donné que les conditions d'applications sont très similaires, mais il existe aussi à ce niveau-ci quelques petites différences. Les Etats-Unis et l'Irlande exigent notamment que les parties apportent la preuve que des mesures raisonnables ont été prises afin de trouver des solutions de rechanges moins dommageables. Cependant, d'autres juridictions se contentent simplement d'enquêter sur ces autres solutions, sans demander aux parties à la concentration d'en apporter la preuve formelle. Et finalement, même si, depuis l'affaire *BASF/Eurodiol/Pantochim*, la Commission ne requiert plus aujourd'hui que l'entreprise acquérante absorbe la totalité des parts de marché de l'entreprise acquise en l'absence de fusion, plusieurs pays au sein de l'Union Européenne n'ont pourtant pas suivi cette position. Il est néanmoins fort probable que ces derniers se mettent à jour très prochainement tout comme l'Allemagne par exemple. Ainsi, le *Bundeskartellamt*²⁰⁸ suit aujourd'hui la position européenne et exige simplement, qu'en l'absence de fusion, les parts de marché « *would largely have fallen to the purchaser* »²⁰⁹.

Par conséquent, même au sein de l'Union Européenne, toutes les juridictions communautaires n'adoptent pas forcément la même approche que celle que nous retrouvons actuellement dans les lignes directrices. L'argument est en effet appliqué par de nombreuses autorités de la concurrence à travers le monde et il n'est pas étonnant que ces dernières n'aient pas toutes la même approche sur la question²¹⁰. Nous avons vu quelle était la position américaine et européenne, ainsi que les petites divergences qui existent au sein même de

²⁰⁸ Décision du Bundeskartellamt du 27 février 2013 dans l'affaire Daily "Frankfurter Rundschau"/Frankfurter Allgemeine Zeitung GmbH and others, B6-9/13.

²⁰⁹ OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op.cit.*, pp. 60 – 61 et 222 ; T., MATHEWS, « The Failing Firm Defence: Re-examining Canada's Approach to Rescue Mergers in Light of the US and EU Experience », *op. cit.*, p. 24.

²¹⁰ E., GONZALEZ DIAZ, « 3. Merger Defences In Times of Crises », *op. cit.*, p. 199.

l'Union Européenne comme en Allemagne²¹¹ ou encore au Royaume-Uni²¹², mais nous retrouvons aussi cet argument dans des pays plus éloignés comme le Japon²¹³ par exemple²¹⁴.

Chapitre 5. La charge de la preuve

La charge de la preuve est imposée aux parties à la concentration et, à la différence des Etats-Unis, cette exigence est expressément incorporée dans les lignes directrices européennes qui stipulent que *« c'est aux parties notifiantes qu'il incombe de produire en temps voulu toutes les informations nécessaires pour démontrer que la détérioration de la structure de la concurrence qui se produira après la concentration n'est pas causée par celle-ci »*²¹⁵. Comme nous avons vu précédemment, les conditions d'application de l'argument sont très exigeantes et donc il n'est pas étonnant que la charge de la preuve soit *« quite heavy »*²¹⁶.

Les parties doivent apporter la preuve que, si la concentration n'avait pas lieu, l'entreprise défaillante serait forcée de quitter le marché dans un avenir proche. En d'autres termes, les parties doivent démontrer que la cible a de graves difficultés financières et, à cet effet, elles peuvent notamment apporter la copie des comptes, des documents prouvant que des mesures ont été prises pour faire face aux problèmes financiers, toute analyse effectuée par un conseiller indépendant, etc. En outre, les parties doivent aussi démontrer qu'il n'existe pas d'autres offres raisonnables de rachat moins dommageables pour la concurrence. Cette exigence peut être assez complexe et longue étant donné qu'il n'est déjà pas facile d'anticiper les effets qu'une concentration peut avoir sur la structure de la concurrence et qu'il est encore plus difficile de comparer les effets de deux concentrations concurrentes²¹⁷. En effet, pour effectuer une telle comparaison, les parties devraient avoir à disposition des informations détaillées sur les acquéreurs potentiels ce qui n'est souvent guère le cas. De plus, comme l'a signalé l'OCDE, *« ce genre de contre-analyse est un exercice problématique d'un point de vue commercial. Une société en difficulté est par définition dans une situation très précaire. Exiger d'elle qu'elle s'exhibe dans un concours de beauté devant tous ses concurrents »*.

²¹¹ Act against Restraints of Competition (ARC), Section 36 (1).

²¹² OFT/CC, Merger assesment guidelines, OFT 1254, septembre 2010.

²¹³ Japan Fair Trade Commission, Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination, du 31 mai 2004, révisées le 14 juin 2011, partie IV.

²¹⁴ E., GONZALEZ DIAZ, « 3. Merger Defences In Times of Crises », *op. cit.*, p. 199.

²¹⁵ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *J.O.C.E.*, n° C 31 du 5 février 2004, p. 5, point 91.

²¹⁶ *FTC v. Harbour Group Investments, LP*, 1990-2 Trade Cas. (CCH) 69, 247 (D.D.C. 1990), p. 3.

²¹⁷ Déc. Comm. CE, 1^{er} juillet 2002, aff. COMP/M.2810, Deloitte & Touche/Andersen UK, *J.O.C.E.*, 23 août 2002, n° C 200, p. 8 ; Déc. Comm. CE, 27 août 2002, aff. COMP/M.2824, Ernst & Young/Andersen Germany, *J.O.C.E.*, 12 octobre 2002, n° C 246, p. 21 ; Déc. Comm. CE, 5 septembre 2002, aff. COMP/M.2816, Ernst & Young/Andersen France, *J.O.C.E.*, 11 juillet 2002, n° C 165, p. 32.

pourrait nuire à sa capacité de vente sur le marché et accélérer sa disparition. L'entreprise devra dépenser des ressources pour rechercher d'autres acquéreurs raisonnables et détourner des ressources d'activités plus productives »²¹⁸. Pour finir, concernant la sortie du marché des actifs de l'entreprise défaillante, les parties doivent être en mesure d'établir « *qu'aucun concurrent ou nouvel entrant potentiel (...) ne pourrait être intéressé par une part significative des actifs (...), il faudrait envisager la possibilité d'acquisitions partielles (...). Cela exige d'identifier les actifs qui peuvent intéresser des concurrents existants ou potentiels, en évaluant la probabilité que ces actifs finissent, en cas de liquidation de l'entreprise, entre les mains d'acquéreurs qui constituaient la concurrence avant l'opération et en évaluant le temps nécessaire pour que ces transferts d'actifs se matérialisent* »²¹⁹. La charge de la preuve est par conséquent très contraignante, ce qui explique entre autre pourquoi cette justification n'est que très rarement admise avec succès²²⁰.

Néanmoins, il est important de souligner que, même s'il est extrêmement difficile pour les parties de démontrer que les trois conditions sont satisfaites, la théorie de l'entreprise défaillante n'est en réalité qu'une simple application de la contre-analyse effectuée par les autorités de la concurrence compétentes. Ainsi, même si la justification est rejetée, une contre-analyse peut tout de même mener à la conclusion que la diminution de la concurrence sur le marché pertinent n'est pas causée par la concentration proposée²²¹. Pour évaluer les effets anticoncurrentiels sur la structure de la concurrence, les autorités de la concurrence doivent en effet comparer deux scénarios différents : le scénario de l'après-fusion et un « contre-scénario », c'est-à-dire la structure de marché qui devrait en principe dominer en l'absence de fusion. Toutefois, il se pourrait qu'il y ait plus d'un contre-scénario pertinent et il est donc parfois très difficile d'identifier celui qui est le plus approprié à la situation en cause. Les autorités de la concurrence doivent donc faire une analyse au cas par cas pour déterminer quels sont les scénarios qui constituent de réelles possibilités pour l'entreprise défaillante, voir lequel est le plus approprié et, ensuite, le comparer au scénario de l'après-fusion. Ce n'est que lorsque, sans l'opération, les effets anticoncurrentiels sur la structure du marché seraient

²¹⁸ OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op.cit.*, p. 62 ; E.F., CLARK et C.E., FOSS, « When the Failing Firm Defence Fails », *op. cit.*, p. 324.

²¹⁹ E.F., CLARK et C.E., FOSS, « When the Failing Firm Defence Fails », *op. cit.*, p. 325 ; OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op.cit.*, pp. 62 – 63.

²²⁰ OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op.cit.*, pp. 61 - 63 ; E.F., CLARK et C.E., FOSS, « When the Failing Firm Defence Fails », *op. cit.*, p. 324 – 325 ; K., FOUNTOUKAKOS et L., GEARY, « Time to Bid Farewell to the Failing Firm Defense? Some Thoughts in the Wake of Nynas/Shell and Olympic/Aegean », *op. cit.*, pp. 4 – 6.

²²¹ K., FOUNTOUKAKOS et L., GEARY, « Time to Bid Farewell to the Failing Firm Defense? Some Thoughts in the Wake of Nynas/Shell and Olympic/Aegean », *op. cit.*, p. 6.

au moins aussi graves que si la concentration avait effectivement eu lieu que celle-ci sera autorisée²²².

Chapitre 6. Critiques

Etant donné que la théorie de l'entreprise défaillante n'est que très rarement admise, tant en Europe qu'aux Etats-Unis, celle-ci a souvent été critiquée. Aux Etats-Unis, cette justification est même parfois considérée, par certains auteurs de doctrine²²³ et de temps en temps par un représentant d'une des deux agences, comme étant une perte de temps pour les parties au litige²²⁴. De plus, on peut également se demander ce qui se cache derrière l'exigence américaine²²⁵ de fournir de bonne foi des efforts pour solliciter d'autres offres moins préjudiciables ou une offre alternative raisonnable. Est-ce que cela veut-il dire qu'il faut vendre au plus offrant ? Si, au contraire, on considère que l'entreprise ne peut vendre au plus offrant, qu'est-ce qui constitue une offre raisonnable ? A quel niveau l'offre doit-elle descendre pour être considérée comme raisonnable ?

Les principales critiques que nous pouvons faire au sujet de la *failing firm defence*, tant en Europe qu'aux Etats-Unis, ce sont que les investigations sont souvent très longues ce qui peut avoir des conséquences désastreuses. En effet, la situation d'une entreprise qui fait face à de graves difficultés financières peut très rapidement se dégrader et, par conséquent, de longues enquêtes peuvent aboutir à une liquidation contreproductive. En outre, nous avons vu que les conditions d'application de l'argument sont très exigeantes ce qui peut « *entraîner une disparition de certains actifs du marché, actifs qui peuvent être essentiels pour l'économie pour des raisons liées à l'emploi, à l'innovation, à la vigueur des exportations ou au contraire à la dépendance de l'économie vis-à-vis des exportations dans la chaîne de valeur globale d'un secteur donné* »²²⁶.

Etant donné la rigidité des conditions et la longueur des enquêtes, on peut dès lors se demander si les conditions ne devraient pas être assouplies en temps de crise ou s'il ne faudrait pas au moins simplifier la procédure d'examen de cet argument²²⁷.

²²² OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op.cit.*, pp. 63 – 66 ; E.F., CLARK et C.E., FOSS, « When the Failing Firm Defence Fails », *op. cit.*, pp. 325 – 331.

²²³ O., ZHONG, « The Failing Company Defense after the Commentary: Let It Go », *op. cit.*, p. 745.

²²⁴ T., MATHEWS, « The Failing Firm Defence: Re-examining Canada's Approach to Rescue Mergers in Light of the US and EU Experience », *op. cit.*, p. 18.

²²⁵ E., ELHAUGE et D., GERADIN, *Global Competition Law and Economics*, *op.cit.*, p. 1023.

²²⁶ OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op.cit.*, p. 48.

²²⁷ *Ibidem*, p. 17 ; E., GONZALEZ DIAZ, « 3. Merger Defences In Times of Crises », *op. cit.*, p. 199.

Partie III. Impact de la crise économique

Introduction

La crise économique actuelle remonte à l'été 2007, période durant laquelle nous avons pu assister à la crise des *subprimes*, c'est-à-dire l'effondrement du secteur des prêts hypothécaires à risque. Cette crise a instauré un climat de méfiance de la part des investisseurs aux Etats-Unis déclenchant une crise des liquidités. En effet, les banques ont cessé d'accorder des crédits et, de ce fait, cette crise des liquidités s'est transmise à l'économie réelle et a eu des répercussions négatives sur celle-ci. Dans ce contexte, il y a eu des injections massives de liquidités tant dans les marchés financiers européens, qu'américains. Néanmoins, malgré le fait que les programmes de relance des économies développées et émergentes ont stimulé la demande de manière mondiale, nous ne pouvons toutefois pas considérer la crise comme étant terminée pour autant²²⁸.

Il n'est donc pas étonnant que, dans cet environnement économique instable, de plus en plus d'entreprise se retrouvent face à des difficultés financières. D'après les statistiques²²⁹, la crise a en effet entraîné une augmentation du nombre total de faillites enregistrées tant sur le continent américain qu'europpéen. Une des solutions pour ces entreprises en difficulté est de fusionner avec des partenaires en meilleure santé financière. C'est pourquoi, il y a aujourd'hui un regain d'intérêt pour l'argument de l'entreprise défaillante qui est un excellent moyen d'éviter la faillite de l'entreprise défaillante et de conserver ses actifs sur le marché, ce qui n'est pas négligeable²³⁰. Le maintien des actifs sur le marché est effectivement un élément très important dans le raisonnement étant donné que cela est « *rentable à titre privé non seulement pour les parties prenantes de l'entreprise défaillante, mais aussi pour les actionnaires de la société acheteuse, et bénéfique au processus concurrentiel et au bien-être des consommateurs* »²³¹.

Compte tenu de la situation actuelle et des différentes critiques qui ont été formulées précédemment, il nous semble approprié d'examiner dans cette partie la question de savoir si

²²⁸ A., WINCKLER, « La théorie de l'entreprise défaillante "Failing Firm Defense" : une renaissance dans la crise ? », *op.cit.*, p. 15 ; OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op.cit.*, p. 67.

²²⁹ <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf> et <http://www.abi.org/newsroom/bankruptcy-statistics> (consulté le 8 juillet 2015).

²³⁰ OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op.cit.*, pp. 48 et 67 ; G., DRAUZ, S., MAVROGHENIS et S., ASHALL, « Recent Developments in EU Merger Control », *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012, Vol. 3 (1), pp. 52 – 53 ; OECD Key Findings, « Competition and Financial Markets », *op.cit.* p. 15.

²³¹ OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op.cit.*, p. 67.

les autorités de la concurrence doivent assouplir les conditions d'application de l'argument de l'entreprise défaillante en temps de crise, simplifier la procédure d'examen de celui-ci, ainsi que le traitement réservé aux établissements financiers. De plus, nous nous attarderons aussi sur la question de savoir s'il ne serait pas préférable d'avoir une approche davantage fondée sur les effets pour remplacer l'approche actuelle.

Chapitre 1. Impact de la crise économique sur le contrôle des concentrations

Nous avons vu que l'argument de l'entreprise défaillante a deux grands défauts. Premièrement, la rigidité des conditions d'application et, deuxièmement, la longueur des enquêtes pouvant conduire à des liquidations contreproductives étant donné que la situation d'une entreprise en difficulté sur le plan financier peut très rapidement se dégrader²³². Malgré le fait que, suite à la crise financière, ces critiques se sont intensifiées et que les autorités de la concurrence ont, au nom de considérations d'intérêt public, souvent été priées d'assouplir les conditions d'application de l'argument de l'entreprise défaillante, les agences américaines, la Commission Européenne, l'*Office of Fair Trading* (OFT) et la *Competition Commission* (CC), ainsi que le gouvernement italien, ont toutes clairement manifesté leur intention de ne pas assouplir les critères²³³.

En effet²³⁴, déjà en 2008, Neelie Kroes²³⁵, Commissaire chargée de la concurrence, a annoncé que la Commission allait continuer à mettre en œuvre les règles existantes en matière de concurrence. Près d'un an plus tard, lors des tables rondes de l'OCDE sur la politique de la concurrence et plus particulièrement celle au sujet de la *failing firm defence*, la Commission a déclaré que « *no particular trend towards an increase of the use of this defence as a result of the economic and financial crisis can be observed (...). The current framework for the analysis of failings firms is well balanced as it allows for the smooth restructuring of the economy without causing impediments to competition. The current strict regime should*

²³² E., GONZALEZ DIAZ, « 3. Merger Defences In Times of Crises », *op. cit.*, p. 199 ; OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op.cit.*, p. 48.

²³³ A., WINCKLER, « La théorie de l'entreprise défaillante "Failing Firm Defense" : une renaissance dans la crise ? », *op.cit.*, p. 15 ; E., GONZALEZ DIAZ, « 3. Merger Defences In Times of Crises », *op. cit.*, p. 199 ; G. P., KYPRIANIDES, « Assess the Importance of the Counterfactual in Merger Assessment with Regards to the Failing Firm Defence », *E.C.L.R.*, 2012, n° 12, p. 581.

²³⁴ S., BARTHOLOMEEUSEN, « Quelques aspects de droit de la concurrence », in *La loi relative à la continuité des entreprises*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2012, pp. 207 – 208 ; E., GONZALEZ DIAZ, « 3. Merger Defences In Times of Crises », *op. cit.*, p. 199 ; A. WINCKLER, « La théorie de l'entreprise défaillante "Failing Firm Defense" : une renaissance dans la crise ? », *op.cit.*, p. 15.

²³⁵ N., KROES, *Dealing with the current financial crisis*, oct. 2008, sur http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-08-498_en.htm (consulté le 8 juillet 2015).

therefore be maintained and applied flexibly to the facts of each case »²³⁶. De la même manière, l'OCDE, dans le cadre de ses travaux sur le thème « *Competition and Financial Markets* », a indiqué que les autorités de la concurrence allaient devoir « *act quickly, but without decreasing their standards of enforcement, and without abandoning sound, generally accepted economic principles* »²³⁷.

Aussi, au Royaume-Uni cette fois, l'*Office of Fair Trading* (OFT) a, lors de son « *Restatement of OFT's position regarding acquisitions of 'failing firms'* », adopté une position similaire en la matière et déclaré que « *the OFT will not, regardless of prevailing economic and market conditions, relax the 'sufficient compelling evidence' standard required to demonstrate that a merger between close competitors is not itself the cause of any SLC* »²³⁸. L'OFT a donc considéré inopportun de revoir les standards en matière de preuve et a également stipulé « *qu'il ne prendrait en compte la situation économique et les conditions de marché que dans la mesure où ces critères seraient nécessaires à l'évaluation de la FFD* »²³⁹. Malgré ces différentes précisions apportées par l'OFT afin de clarifier la situation, nous pouvons tout de même constater un petit assouplissement dans certaines des décisions qui ont été prises après le début de la crise. En effet, en temps normal, l'OFT doit renvoyer certaines affaires à la *Competition Commission* (CC) pour une investigation plus approfondie. Cependant, dans certains cas, l'OFT a jugé que cette étape n'avait pas lieu d'être étant donné que les conditions d'application de l'argument de l'entreprise défaillante étaient réunies. L'affaire *HMV/Zavvi*²⁴⁰ est un excellent exemple de cet assouplissement. En l'espèce, l'OFT a, sans procéder à la saisine de la CC, approuvé l'acquisition de quinze magasins Zavvi par HMV plc, entreprises qui étaient toutes deux d'importants distributeurs de produits de divertissement. Il existe donc au Royaume-Uni un mécanisme similaire à la deuxième phase de l'enquête pour la Commission européenne, mais dont il n'est pas toujours fait usage en période de crise²⁴¹.

Pour sa part, gouvernement italien a choisi une approche assez étonnante en adoptant en 2008 un décret relatif aux mesures urgentes concernant la restructuration des grandes

²³⁶ OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op.cit.*, p. 188.

²³⁷ OECD Key Findings, « Competition and Financial Markets », *op.cit.* p. 15.

²³⁸ Restatement of OFT's position regarding acquisitions of "failing firms", December 2008, sur <http://www.jonesday.com/files/upload/OFT%20Guidance.pdf> (consulté le 16 mars 2015), §14.

²³⁹ A., WINCKLER, « La théorie de l'entreprise défaillante "Failing Firm Defense" : une renaissance dans la crise ? », *op.cit.*, p. 15.

²⁴⁰ Décision de l'OFT du 14 mai 2009, ME/4036/09 – Acquisition attendue par HMV de 15 magasins Zavvi.

²⁴¹ S., BARTHOLOMEEUSEN, « Quelques aspects de droit de la concurrence », *op.cit.*, p. 208 ; A., WINCKLER, « La théorie de l'entreprise défaillante "Failing Firm Defense" : une renaissance dans la crise ? », *op.cit.*, p. 15 ; E., GONZALEZ DIAZ, « 3. Merger Defences In Times of Crises », *op. cit.*, pp. 199 – 200.

entreprises en crise²⁴² prévoyant la suspension des règles de la concurrence pour ces dernières et sur la base duquel l'autorité italienne de la concurrence a été contrainte d'approuver la concentration d'Alitalia et de Air One. Ensuite, ce décret fût transformé et est devenu la « *loi Marzano* »²⁴³.

Finalement, concernant le point de vue américain sur la question, le directeur du *Department of Justice's Antitrust Division* a déclaré que « *we are likely to see firms consider consolidation to alleviate perceived financial weakness in a distressed economy. A down economy does not change the fundamental analysis, however, which looks to the effects of the merger on competition. We will need to stick to the basics with a clear application of our guidelines to each transaction. For instance, although we may see "failing firm" defences asserted more often, the analysis should be the same as it was before* »²⁴⁴.

Nous pouvons donc conclure que les opinions divergent sur la nécessité de réviser l'argument de l'entreprise défaillante. Cette divergence peut s'expliquer par l'existence de grandes écoles de pensées ayant des vues très différentes au sujet de l'assouplissement des conditions d'application de la *failing firm defence* en temps de crise²⁴⁵.

D'une part, il y a ceux qui sont en faveur de l'assouplissement des critères et qui sont d'avis que, en temps de crise, les entreprises peuvent être forcées de sortir du marché et ce pour des raisons étrangères au jeu de la concurrence. En effet, il peut arriver que les entreprises défaillantes ne soient pas nécessairement inefficientes mais, en raison d'une pénurie de crédit par exemple, celles-ci n'ont alors plus accès au fonds de roulement nécessaire pour maintenir leurs activités et, par conséquent, elles peuvent se retrouver très vite en difficulté. Ces partisans sont d'avis de dire que, lorsqu'il existe une demande significative pour les produits de ces entreprises, laisser ces dernières quitter le marché en raison de la crise ne serait pas dans l'intérêt des consommateurs. Dans ce contexte, il est donc parfois

²⁴² D.-L. n° 134/2008, relatif aux mesures urgentes concernant la restructuration des grandes entreprises en crise.

²⁴³ L. n° 166/2008, Decreto-legge 28 agosto 2008, n° 134, Disposizioni urgenti in materia di ristrutturazione di grandi imprese in crisi, published in the *Ufficiale* n° 201, 28 août 2008 ; A., WINCKLER, « La théorie de l'entreprise défaillante "Failing Firm Defense" : une renaissance dans la crise ? », *op.cit.*, p. 16.

²⁴⁴ OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op.cit.*, p. 182.

²⁴⁵ A., WINCKLER, « La théorie de l'entreprise défaillante "Failing Firm Defense" : une renaissance dans la crise ? », *op.cit.*, p. 16 ; E., GONZALEZ DIAZ, « 3. Merger Defences In Times of Crises », *op. cit.*, p. 200 ; P., GONZALEZ PEREZ, « Le contrôle européen des concentrations et les leçons à tirer de la crise financière et économique », Research Paper in Law, juin 2013, Etudes Européennes Juridiques, Conseil de l'Europe, sur https://www.coleurope.eu/system/files_force/research-paper/researchpaper_6_2013_gonzalezperez.pdf?download=1 (consulté le 17 mars 2015), pp. 11 – 12.

préférable d'autoriser une concentration, malgré le fait que celle-ci n'aurait en principe pas été autorisée en temps normal²⁴⁶.

De plus, il arrive également que des secteurs entiers se retrouvent en difficulté, comme le secteur bancaire ou encore celui de l'hôtellerie aux Etats-Unis. Ainsi, il y a un risque que le secteur devienne plus concentré étant donné que, même si la concentration n'avait pas lieu, l'une des parties ou même les deux parties à la concentration peuvent être vouées à disparaître en l'absence de celle-ci. Il est aussi possible d'avoir des opérations de fusion en série étant donné que les entreprises en difficulté de ces secteurs ont intérêt à se regrouper afin d'éviter la faillite. Le rôle des autorités de la concurrence est par conséquent essentiel, car celles-ci doivent faire preuve d'une grande prudence dans leur analyse et ne pas confondre le déclin d'un secteur avec des ralentissements à courte durée²⁴⁷. En effet, une concentration peut avoir des effets négatifs pour les consommateurs sur le long terme et, de ce fait, les autorités de la concurrence doivent être vigilantes et ne surtout pas sur-réagir. On retrouve cette idée dans un discours de Carl Shapiro dans lequel celui-ci a déclaré que les « *recessions are temporary, but mergers are forever* »²⁴⁸.

De surcroît, ceux qui sont en faveur d'une révision de la théorie de l'entreprise défaillante sont également d'avis que l'assouplissement des conditions d'application en période de crise peut encourager l'entrée de nouvelles entreprises sur le marché étant donné que celles-ci ne redouteraient plus autant de perdre la valeur totale de leur investissement²⁴⁹.

Finalement, il a été observé que les coûts sociaux résultant du blocage d'une concentration sont plus importants en période de crise que pendant les périodes de prospérité. D'après Amanda L. Wait²⁵⁰, « *le préjudice social, c'est-à-dire le préjudice aux employés, aux actionnaires, aux créanciers ainsi qu'à l'ensemble des membres de la communauté entourant*

²⁴⁶ A., WINCKLER, « La théorie de l'entreprise défaillante "Failing Firm Defense" : une renaissance dans la crise ? », *op.cit.*, p. 16 ; OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op.cit.*, p. 68 ; E., GONZALEZ DIAZ, « 3. Merger Defences In Times of Crises », *op. cit.*, p. 200 ; P., GONZALEZ PEREZ, « Le contrôle européen des concentrations et les leçons à tirer de la crise financière et économique », *op. cit.*, pp. 11 – 12.

²⁴⁷ D.A., VALENTINE, « Horizontal Issues: What's Happening and What's on the Horizon », *op. cit.*, p. 3.

²⁴⁸ C., SHAPIRO, *Competition Policy in Distressed Industries*, discours prononcé à l'occasion de l'ABA Antitrust Symposium: Competition as Public Policy, *op. cit.*, p. 15 ; OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op. cit.*, pp. 68 – 69.

²⁴⁹ R., MASON et H., WEEDS, « The Failing Firm Defence: Merger Policy and Entry », London, Centre for Economic Policy Research, Discussion Paper No. 3664, novembre 2002, sur http://www.cepr.org/active/publications/discussion_papers/dp.php?dpno=3664 (consulté le 19 avril 2015), p. 4 ; A., WINCKLER, « La théorie de l'entreprise défaillante "Failing Firm Defense" : une renaissance dans la crise ? », *op.cit.*, p. 16 ; E., GONZALEZ DIAZ, « 3. Merger Defences In Times of Crises », *op. cit.*, pp. 200 – 201.

²⁵⁰ A. L., WAIT, « Surviving the Shipwreck: A Proposal to Revive the Failing Division Defense », *William and Mary Law Review*, 2003-2004, Vol. 45, Issue 1, p. 458.

l'entreprise défaillante doit être examinée et contrebalancée par rapport aux effets anticoncurrentiels »²⁵¹.

D'autre part, il existe également des partisans d'une application stricte des conditions de l'argument de l'entreprise défaillante en temps de crise. Ces derniers rappellent que « *the disappearance of companies is inherent to the market economy process of creative destruction* »²⁵². Selon eux, réviser les conditions d'application ferait plus de mal que de bien étant donné que cela créerait des distorsions qui pourraient avoir des conséquences économiques négatives sur le long terme. Par ailleurs, « *une remontée des prix anticoncurrentielle ou de concentration du pouvoir de marché est encore plus néfaste dans la mesure où elle ralentit le processus de reprise de l'économie* »²⁵³. De ce point de vue, on pourrait même dire que les conditions d'application devraient être appliquées de manière encore plus stricte en temps de crise²⁵⁴.

Quant à la crise prolongée de tout un secteur, l'assouplissement des conditions d'application n'est pas forcément la meilleure solution pour régler la situation. Il existe en effet d'autres politiques qui peuvent se révéler bien plus efficaces comme le soutien financier des pouvoirs publics²⁵⁵.

En ce qui concerne l'argument relatif à l'entrée de nouvelles entreprises, certains auteurs ont fait valoir que « *truncating the amount that a firm stands to lose in tough times (by allowing anticompetitive mergers) would provide an incentive for more than the optimal amount of entry – and perhaps also to entry being skewed towards markets where investors believe that a failing firm defense would be applied most leniently* »²⁵⁶.

De plus, au sujet de l'argument relatif aux coûts sociaux, il existe des auteurs qui sont assez sceptiques à l'égard des différents objectifs sociaux avancés par certains comme la probabilité de la perte d'emploi. Ces auteurs sont en effet d'avis que de tels objectifs doivent être atteints par le biais de politiques en matière d'emploi par exemple et non pas via la

²⁵¹ A., WINCKLER, « La théorie de l'entreprise défaillante "Failing Firm Defense" : une renaissance dans la crise ? », *op.cit.*, p. 16 ; E., GONZALEZ DIAZ, « 3. Merger Defences In Times of Crises », *op. cit.*, p. 201 ; G. P., KYPRIANIDES, « Assess the Importance of the Counterfactual in Merger Assessment with Regards to the Failing Firm Defence », *op. cit.*, p. 581.

²⁵² E., GONZALEZ DIAZ, « 3. Merger Defences In Times of Crises », *op. cit.*, p. 201.

²⁵³ A., WINCKLER, « La théorie de l'entreprise défaillante "Failing Firm Defense" : une renaissance dans la crise ? », *op.cit.*, p. 16.

²⁵⁴ *Ibidem* ; E., GONZALEZ DIAZ, « 3. Merger Defences In Times of Crises », *op. cit.*, p. 201.

²⁵⁵ OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op. cit.*, p. 69.

²⁵⁶ K., HEYER et S., KIMMEL, « Merger Review of Firms in Financial Distress », *CPI*, mars 2009, Economic Analysis Group, Discussion Paper 09-1, sur <http://www.justice.gov/atr/public/eag/244098.pdf> (consulté le 19 avril 2015), pp. 11 – 12.

distorsion du jeu de la concurrence. Sur cette question, Debra A. Valentine²⁵⁷ avait, déjà en 1995, affirmé que « *des emplois sont susceptibles d'être supprimés que la concentration soit bloquée ou qu'elle soit autorisée. Si une opération est bloquée et qu'une entreprise devient défaillante, les suppressions d'emplois résulteront, de toute évidence, de la fermeture de l'usine. Mais si une opération posant des problèmes de compétitivité est autorisée, il résulte de la théorie de l'oligopole [« oligopoly theory »], que des emplois risquent d'être perdus si l'industrie fait augmenter les prix et réduit la production. La différence est que la suppression d'emploi est, dans ce cas, largement disséminée et progressive et peut être sévère, drastique et localisée lorsqu'un employeur essentiel de la communauté disparaît* »²⁵⁸.

Pour finir, il est également important de noter que l'expérience nous a prouvé qu'une suspension des politiques de concurrence en période de crise est une erreur. Par le passé, de nombreuses mesures ont été prises dans un effort de protéger les entreprises défaillantes. Cependant, au lieu d'améliorer l'environnement économique instable, ces mesures ont souvent eu pour effet de prolonger la crise économique. Par exemple, aux Etats-Unis, on a le National Industrial Recovery Act (NIRA) du 16 juin 1933²⁵⁹ qui a légalisé les cartels et les monopoles afin de protéger les entreprises en difficulté suite à la Grande Dépression. Néanmoins, cette réglementation n'a fait que prolonger la crise et, par conséquent, dès la fin des années 30, une leçon constructive a été tirée de cet épisode et le droit de la concurrence a été réinstauré. Carl Shapiro insiste sur ce point et a notamment déclaré que « *we at the Antitrust Division are dedicated to vigorous enforcement of the antitrust laws during these challenging times* »²⁶⁰.

En conclusion, la question de savoir s'il ne faudrait pas réviser l'argument de l'entreprise défaillante en période de crise a fait l'objet d'un débat intense qui va

²⁵⁷ D.A., VALENTINE, « Horizontal Issues: What's Happening and What's on the Horizon », *op. cit.*, p. 3 ; A., WINCKLER, « La théorie de l'entreprise défaillante "Failing Firm Defense" : une renaissance dans la crise ? », *op. cit.*, pp. 16 – 17.

²⁵⁸ G. P., KYPRIANIDES, « Assess the Importance of the Counterfactual in Merger Assessment with Regards to the Failing Firm Defence », *op. cit.*, p. 581 ; I., KOKKORIS, « Failing Firm Defence in the European Union : A Panacea for Mergers », *op. cit.*, p. 506 ; E., GONZALEZ DIAZ, « 3. Merger Defences In Times of Crises », *op. cit.*, pp. 201 – 202 ; A., WINCKLER, « La théorie de l'entreprise défaillante "Failing Firm Defense" : une renaissance dans la crise ? », *op. cit.*, pp. 16 – 17.

²⁵⁹ The National Industrial Recovery Act (NIRA), 16 juin 1933 (Ch. 90 48 Stat. 195, codifié dans 15 USC sec 703).

²⁶⁰ C., SHAPIRO, *Competition Policy in Distressed Industries*, discours prononcé à l'occasion de l'ABA Antitrust Symposium: Competition as Public Policy, *op. cit.*, p. 23 ; OECD Key Findings, « Competition and Financial Markets », *op. cit.* pp. 13 – 14 ; A., WINCKLER, « La théorie de l'entreprise défaillante "Failing Firm Defense" : une renaissance dans la crise ? », *op. cit.*, p. 17.

indéniablement dans le sens d'une application stricte des conditions de l'argument²⁶¹. L'OCDE a même ajouté qu'une telle révision des conditions « *serait contraire au principe fondamental du contrôle des fusions, selon lequel une fusion anticoncurrentielle doit être bloquée ou soumise à des conditions sauf s'il peut être démontré qu'il s'agit de l'option la moins préjudiciable pour la concurrence* »²⁶².

Chapitre 2. Un secteur particulier : les établissements financiers

Les banques sont des « *agents économiques particuliers, compte tenu de l'importance qu'elles revêtent pour la stabilité du système financier et de l'économie* »²⁶³. C'est en raison de leur importance que certains se demandent si elles ne doivent pas faire l'objet d'un traitement spécial. La question est très pertinente, surtout dans le contexte actuel, étant donné que l'effondrement d'un établissement peut avoir un effet domino et entraîner une débâcle financière telle que le résultat serait une perte de confiance généralisée dans le système financier et, au final, cela aboutirait à une dramatique récession économique. La situation est d'autant plus alarmante qu'aujourd'hui on assiste à une multiplication et une mondialisation des prêts interbancaires ce qui accentue l'interdépendance entre les banques et augmente les risques d'avoir un effet domino. En outre, tout est lié étant donné que les entreprises dépendent également des banques pour leurs investissements. C'est pourquoi, en raison du rôle systémique du secteur bancaire, « *il peut être très important d'éviter la disparition d'une banque donnée et peut justifier une approche plus tolérante vis-à-vis des fusions bancaires lors d'une crise du crédit* »²⁶⁴.

Il est également important de signaler que les autorités de la concurrence doivent, dans leur analyse des fusions entre banques, faire une distinction entre les établissements bancaires qui ont des problèmes structurels et ceux qui sont en réalité en bonne santé mais qui éprouvent des problèmes en raison d'une pénurie temporaire de liquidités. Dans le premier cas, les autorités de la concurrence doivent être très vigilantes étant donné que les actifs de la banque défaillante peuvent venir contaminer ceux de l'autre banque partie à la concentration et avoir comme conséquence désastreuse la disparition des actifs des deux parties à la fusion. Dans le deuxième cas, il ne faut pas perdre de vue les interventions de l'Etat qui peut décider d'injecter des capitaux ou de recourir à toute autre forme de soutien financier afin d'éviter une

²⁶¹ E., GONZALEZ DIAZ, « 3. Merger Defences In Times of Crises », *op. cit.*, p. 202 ; A., WINCKLER, « La théorie de l'entreprise défaillante "Failing Firm Defense" : une renaissance dans la crise ? », *op. cit.*, p. 17.

²⁶² OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op. cit.*, p. 71.

²⁶³ *Ibidem*, pp. 17 et 71.

²⁶⁴ *Ibidem*.

crise financière systémique. Afin d'illustrer cette problématique nous allons voir l'affaire *Lloyds/HBOS*²⁶⁵. En l'espèce, les deux banques, ainsi que l'OFT, ont convenu qu'il était « *impossible to contemplate that HBOS would have been allowed to fail* »²⁶⁶ compte tenu des conséquences catastrophiques « *in terms of financial stability, in particular in terms of counterparty exposure, depositor exposure, investor confidence and general confidence in the wider economy* ». Le gouvernement anglais a par conséquent autorisé un rapprochement entre ces deux banques grâce à une nouvelle loi lui permettant d'autoriser la fusion et ce sans devoir demander l'avis de la CC. Le résultat de cette opération fut désastreux étant donné qu'elle a eu pour conséquence la détérioration de la santé financière de l'ensemble du groupe²⁶⁷.

Nous pouvons donc conclure que les autorités de la concurrence doivent se montrer extrêmement vigilantes dans l'analyse d'une fusion entre deux banques et doivent également prendre en compte la possibilité d'une intervention de l'Etat dans le choix d'un contre-scénario approprié. De plus, en raison du rôle systémique du secteur bancaire, il n'est pas surprenant que certains plaident pour une approche plus tolérante, toutefois, Carl Shapiro rappelle que « *properly regulated, competitive markets are still the best way to organize most economic activity and achieve economic growth. Including in the financial sector itself* »²⁶⁸.

Chapitre 3. Approche davantage fondée sur les effets : alternative ?

Nous avons vu que la plupart des auteurs et des autorités de la concurrence sont en faveur d'une application stricte de la théorie de l'entreprise défaillante en période de crise. Cependant, d'autres auteurs se sont aussi demandés si les entreprises en difficulté ne pourraient pas mieux s'en sortir en se basant sur des arguments plus classiques. En effet, l'approche actuelle se base sur une idée assez simple qui est de dire que, sans la concentration, les effets anticoncurrentiels sur la structure du marché seraient au moins aussi graves que si celle-ci avait effectivement eu lieu. Les autorités de la concurrence doivent donc analyser les contre-scénarios possibles et voir lequel est le plus pertinent dans le cas d'espèce.

²⁶⁵ OFT, Acquisition anticipée par Lloyds TSB plc de HBOS plc, rapport du Secretary of State for Business Enterprise and Regulatory Reform, 24 octobre 2008.

²⁶⁶ *Ibidem*, §§ 57 – 58.

²⁶⁷ OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op. cit.*, pp. 71 – 73 ; E., GONZALEZ DIAZ, « 3. Merger Defences In Times of Crises », *op. cit.*, p. 200 ; A., WINCKLER, « La théorie de l'entreprise défaillante "Failing Firm Defense" : une renaissance dans la crise ? », *op. cit.*, p. 16.

²⁶⁸ C., SHAPIRO, *Competition Policy in Distressed Industries*, discours prononcé à l'occasion de l'ABA Antitrust Symposium: Competition as Public Policy, *op. cit.*, p. 23.

Toutefois, on peut observer que cette approche se base souvent sur la présomption selon laquelle, du point de vue de la concurrence, « *il est préférable (...) de garder une entreprise défaillante handicapée sur le marché plutôt que de l'autoriser à fusionner avec une entreprise concurrente en meilleure santé* »²⁶⁹. Ce qui n'est pas toujours le cas. Effectivement, cette présomption d'anticoncurrentialité de la concentration « *n'est pas toujours justifiée et peut conduire à l'interdiction de fusions alors même qu'elles représentent la solution la moins préjudiciable pour la concurrence* »²⁷⁰. C'est pour cette raison que certains auteurs estiment que la création de normes spécifiques pour encadrer l'argument de l'entreprise défaillante n'est pas nécessaire étant donné qu'il existe déjà une approche fondée sur les effets et que, de ce fait, « *the FFD counterfactual should not be a special case* »²⁷¹.

Ainsi, dans le contexte du contrôle des concentrations, le rôle des autorités de la concurrence est de prévoir de la manière la plus correcte possible si la concentration notifiée va avoir un effet négatif sur les consommateurs et ce « *sur la base d'informations souvent limitées et datées concernant la dynamique de concurrence sur les marchés concernés par l'opération* »²⁷². Il n'est donc pas surprenant que certains types d'erreurs puissent se produire. Classiquement, on parle des erreurs dites de type I et celles de type II. Premièrement, les erreurs de type I consistent à interdire des opérations de fusion qui n'auraient en réalité pas eu d'effet négatif sur la structure concurrentielle du marché et auraient même pu participer au renforcement de la concurrence. Deuxièmement, les erreurs de type II consistent quant à elles à autoriser des concentrations qui sont en réalité nuisibles pour les consommateurs et la concurrence dans son ensemble. Au niveau de la gravité de ces erreurs, on considère généralement que les erreurs de type I sont plus graves que les erreurs de type II étant donné que, dans le cadre des erreurs de type II, une intervention *ex post* est toujours possible. En effet, il nous semble préférable d'autoriser une concentration dans un premier temps, même si cela a pour effet de créer une position dominante ou de renforcer la position dominante des entreprises parties à l'opération, et puis, dans un deuxième temps, d'interdire l'abus de cette position dominante²⁷³.

²⁶⁹ OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op. cit.*, p. 76.

²⁷⁰ *Ibidem*.

²⁷¹ *Ibidem*, pp. 73 et 76 ; E., GONZALEZ DIAZ, « 3. Merger Defences In Times of Crises », *op. cit.*, p. 202 ; P., GONZALEZ PEREZ, « Le contrôle européen des concentrations et les leçons à tirer de la crise financière et économique », *op. cit.*, pp. 12 – 13.

²⁷² OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op. cit.*, p. 73.

²⁷³ *Ibidem*, pp. 73 – 74 ; Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), art. 102.

Dans le cadre de l'approche actuelle, les autorités de la concurrence semblent aller dans le sens d'une minimisation des erreurs de type II. Néanmoins, certains auteurs proposent que l'approche actuelle de l'argument de l'entreprise défaillante, qui est basée sur des présomptions, soit remplacée par une approche davantage basée sur les effets. En vertu de cette alternative, « *les autorités de la concurrence évalueraient les éléments présentés par les parties à l'opération, leurs concurrents et les clients afin de déterminer quel est le contre-scénario le plus probable sans a priori ou présuppositions* » et, dans un deuxième temps, ces dernières « *compareraient l'ampleur et la vigueur de la concurrence selon les scénarios après la fusion et contrefactuels et elles n'approuveraient la fusion, sans imposer de mesures correctrices, que si le scénario après la fusion s'avère meilleur* »²⁷⁴.

A la différence de l'approche actuelle²⁷⁵, il semble que l'avantage de l'alternative proposée soit que celle-ci engendre relativement moins d'erreurs de type I, mais qu'elle engendre en revanche plus d'erreurs de type II. Cependant, cette approche a aussi des désavantages. En effet, celle-ci risque d'être plus difficile à gérer étant donné que supprimer les présomptions augmenterait la charge de travail des autorités de la concurrence, allongeant la longueur des enquêtes. Elle peut également donner lieu à des résultats moins prévisibles étant donné qu'une « *analyse factuelle au cas par cas peut limiter la capacité des parties à l'opération à prévoir, avant la fusion, l'issue qu'aura le contrôle de la fusion* »²⁷⁶. Malgré ces désavantages, Enrique Gonzalez Diaz est d'avis que cette approche « *would ultimately result in an optimization of economic and social welfare, which is particularly important in times of economic crisis* »²⁷⁷.

²⁷⁴ OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op. cit.*, p. 76 ; E., GONZALEZ DIAZ, « 3. Merger Defences In Times of Crises », *op. cit.*, p. 203.

²⁷⁵ E., GONZALEZ DIAZ, « 3. Merger Defences In Times of Crises », *op. cit.*, p. 203 ; OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op. cit.*, pp. 76 – 77.

²⁷⁶ OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op. cit.*, p. 77.

²⁷⁷ E., GONZALEZ DIAZ, « 3. Merger Defences In Times of Crises », *op. cit.*, p. 203.

Conclusion

L'argument de l'entreprise défaillante est une justification qui a fait couler beaucoup d'encre depuis le début de la crise économique. Ceci s'explique notamment par le fait que les entreprises sont plus susceptibles de faire face à des difficultés d'ordre financier en période de crise²⁷⁸. Malgré le regain d'intérêt pour la théorie de l'entreprise défaillante, celle-ci n'a cependant pas joué un rôle central dans l'environnement économique instable dans lequel nous nous trouvons toujours aujourd'hui étant donné que « *the cases in which the failing firm doctrine has been the basis for clearing an otherwise problematic transaction remain few and far between, because it is very difficult for the merging parties to come up with sufficient compelling evidence to satisfy the (...) criteria* »²⁷⁹.

Cet argument est en effet articulé autour d'un certain nombre de conditions strictes. Conditions tellement strictes qu'elles ont amené plusieurs auteurs à se demander s'il n'était pas temps de les réviser. Nous avons donc, dans cette étude, analysé les grandes écoles de pensées et tenter de faire ressortir les points forts et les faiblesses de chacune d'entre elles²⁸⁰.

Premièrement, la plupart des autorités de la concurrence et une grande partie des auteurs sont d'avis qu'un assouplissement des conditions d'application créerait des distorsions qui pourraient avoir des conséquences économiques négatives sur le long terme. Les auteurs en faveur d'une application stricte des conditions basent notamment leur raisonnement sur les expériences passées, sur l'existence d'autres instruments comme la loi sur les faillites et les aides d'Etat, ou encore sur le fait que la question du préjudice social est plus du ressort des politiques en matière d'emploi que du droit de la concurrence. Néanmoins, étant donné la rigidité des conditions et la longueur des enquêtes, on peut dès lors se demander si les conditions ne devraient pas être assouplies en temps de crise, ce qui nous amène à la deuxième approche²⁸¹.

Les partisans de cette seconde approche estiment, qu'en plus de décourager l'entrée sur le marché de nouvelles entreprises, une application trop stricte risque aussi de forcer certaines entreprises, qui ne sont pas nécessairement inefficaces, à sortir du marché alors

²⁷⁸ OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op. cit.*, p. 77.

²⁷⁹ A., MACGREGOR, Failing firm defence in merger control: An overview of EU and national case law, 9 févr. 2012, *e-Competitions Bulletin Failing firm defence*, Art. n°42408, p. 1 ; E., GONZALEZ DIAZ, *op. cit.*, p. 200.

²⁸⁰ A., WINCKLER, *op. cit.*, pp. 15 – 17 ; E., GONZALEZ DIAZ, *op. cit.*, pp. 199 – 204 ; OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op. cit.*, pp. 73 – 77.

²⁸¹ E., GONZALEZ DIAZ, *op. cit.*, p. 201 ; A., WINCKLER, *op. cit.*, pp. 16 – 17.

qu'il existe une demande significative pour leurs produits. En outre, selon eux, il faut également prendre en compte, dans l'analyse de la concentration, les coûts sociaux qui résulteraient du blocage de l'opération. Cependant, l'expérience anglaise au niveau de l'assouplissement des conditions dans certaines décisions nous a montré que cette approche peut avoir des résultats catastrophiques, et plus particulièrement dans le secteur bancaire en raison du rôle systémique de ce dernier²⁸².

En conclusion, nous remarquons qu'une approche trop stricte de la *failing firm defence* engendre plus d'erreurs de type I, bloquant ainsi des concentrations qui n'auraient en réalité pas eu d'effet négatif sur la structure concurrentielle du marché et qui auraient au contraire optimisé le bien-être des consommateurs. C'est très important étant donné que « *the objective of today's EU and U.S. merger policies is to protect consumer interests in the relevant market* »²⁸³. Ainsi, comme beaucoup d'auteurs avant nous, il nous paraît judicieux de réviser la théorie de l'entreprise défaillante et d'aller plus dans le sens de la troisième approche qui est davantage fondée sur les effets. Toutefois, si celle-ci est trop difficile à mettre en œuvre, à cause de la crise, il nous semble nécessaire d'au moins réviser les standards en matière de preuve afin que les autorités de la concurrence puissent rendre une décision de manière plus rapide, évitant ainsi de mettre davantage en danger les entreprises défaillantes²⁸⁴.

Cette troisième approche met la priorité sur la recherche du contre-scénario le plus pertinent pour chaque cas d'espèce afin de comparer ce dernier avec le scénario de l'après-fusion, s'éloignant ainsi des présomptions d'anticoncurrentialité que l'on retrouve dans la théorie de l'entreprise défaillante telle qu'on l'utilise traditionnellement. Suivant cette approche, la théorie de l'entreprise défaillante n'est par conséquent qu'une simple application de la contre-analyse effectuée classiquement par les autorités de la concurrence dans le cadre du contrôle des concentrations²⁸⁵. De ce fait, on peut aller jusqu'à se demander si cet argument a toujours sa place dans l'ordre juridique. Dans cette perspective, deux auteurs ont notamment déclaré que « *if this broader approach were to become the norm, it would indeed be time to bid farewell to the FFD at least in its distinct, dogmatic form* »²⁸⁶.

²⁸² E., GONZALEZ DIAZ, *op. cit.*, pp. 200 – 202 ; A., WINCKLER, *op.cit.*, pp. 16 – 17.

²⁸³ L., PERSSON, « The Failing Firm Defense », *The Journal of Industrial Economics*, 2005, Vol. 53 (2), p. 177.

²⁸⁴ E., GONZALEZ DIAZ, *op. cit.*, p. 204 ; OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op.cit.*, p. 77.

²⁸⁵ OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », *op. cit.*, pp. 76 – 77 ; E., GONZALEZ DIAZ, *op. cit.*, p. 203 ; P., GONZALEZ PEREZ, « Le contrôle européen des concentrations et les leçons à tirer de la crise financière et économique », *op. cit.*, pp. 12 – 13.

²⁸⁶ K., FOUNTOUKAKOS et L., GEARY, « Time to Bid Farewell to the Failing Firm Defense? Some Thoughts in the Wake of Nynas/Shell and Olympic/Aegean », *op. cit.*, p. 12.

Bibliographie

Législation / Lignes directrices

Union Européenne

- Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), art. 101 et 102.
- Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *J.O.C.E.*, n° L 395 du 30 décembre 1989, pp. 1 – 12.
- Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises ("le règlement CE sur les concentrations"), *J.O.C.E.*, n° L 024 du 29 janvier 2004, pp. 1 – 22.
- Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *J.O.C.E.*, n° C 31 du 5 février 2004, p. 5, points 89 – 91.
- Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *J.O.C.E.*, n° C 372 du 9 décembre 1997, pp. 5 – 13.
- Communication de la Commission relative à une procédure simplifiée du traitement de certains opérations de concentration en application du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, *J.O.U.E.*, n° C 366 du 14 décembre 2013, pp. 5 – 9.
- Déc. Comm. CE, 2 octobre 1991, aff. IV/M.053, Aerospatiale-Alenia/de Havilland, *J.O.C.E.*, 5 décembre 1991, n° L 334, p. 42.
- Déc. Comm. CE, 14 décembre 1993, aff. IV/M.308, Kali und Salz, *J.O.C.E.*, 21 juillet 1994, n° L 186, p. 38.
- Déc. Comm. CE, 4 décembre 1996, aff. IV/M.774, Saint-Gobain/Wacker – Chemie/NOM, *J.O.C.E.*, 10 septembre 1997, n° L 247, p. 1.
- Déc. Comm. CE, 26 juin 1997, aff. IV/M.890 Blokker/Toys 'R' Us (II), *J.O.C.E.*, 25 novembre 1998, n° L 316, p. 1.
- Déc. Comm. CE, 27 mai 1998, aff. IV/M.993, Bertelsmann/Kirch/Premiere, *J.O.C.E.*, 27 février 1999, n° L 53, p. 1.
- Déc. Comm. CE, 3 février 1999, aff. IV/M.1221 Rewe/Meinl, *J.O.C.E.*, 23 octobre 1999, n° L 274, p. 1.

- Déc. Comm. CE, 11 juillet 2001, aff. COMP/M.2314, BASF/Eurodiol/Pantochim, *J.O.C.E.*, 17 mai 2002, n° L 132, p. 45.
- Déc. Comm. CE, 17 octobre 2001, aff. COMP/M.2187, CVC/Lenzing, *J.O.C.E.*, 19 mars 2004, n° L 82, p. 20.
- Déc. Comm. CE, 1^{er} juillet 2002, aff. COMP/M.2810, Deloitte & Touche/Andersen UK, *J.O.C.E.*, 23 août 2002, n° C 200, p. 8.
- Déc. Comm. CE, 27 août 2002, aff. COMP/M.2824, Ernst & Young/Andersen Germany, *J.O.C.E.*, 12 octobre 2002, n° C 246, p. 21.
- Déc. Comm. CE, 5 septembre 2002, aff. COMP/M.2816, Ernst & Young/Andersen France, *J.O.C.E.*, 11 juillet 2002, n° C 165, p. 32.
- Déc. Comm. CE, 2 avril 2003, aff. COMP/M.2876, Newscorp/Telepiù, *J.O.U.E.*, 16 avril 2004, n° L 110, p. 73.
- Déc. Comm. CE, 19 juillet 2004, aff. COMP/M.3333, Sony/BMG, *J.O.U.E.*, 9 mars 2005, n° L 62, p. 30.
- Déc. Comm. CE, 17 décembre 2008, COMP/M.5141, KLM/Martinair, *J.O.U.E.*, 4 mars 2009, n° C 51, p. 4.
- Déc. Comm. CE, 28 janvier 2011, COMP/M.5830, Aegean/Olympic, *J.O.U.E.*, 3 juillet 2012 n° C 195, p. 11.
- Déc. Comm. CE, 2 septembre 2013, COMP/M.6360 - Nynas/ Shell/ Harburg Refinery, *J.O.U.E.*, 17 octobre 2014, n° C 368, p. 5.
- Déc. Comm. CE, 9 octobre 2013, COMP/M.6796, Aegean/Olympic II, *J.O.U.E.*, 24 janvier 2015, n° C 25/7, p. 7.

Etats-Unis

- Sherman Act, 15 U.S.C. §§1-2 et 6a (1890).
- Clayton Antitrust Act, 15 U.S.C. §18 (1914).
- FTC Act, 15 U.S.C. §45a (1914).
- Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act, 15 U.S.C. §18a (1976).
- Bankruptcy Act, 11 U.S.C. §§1101-1174 (1988).
- The National Industrial Recovery Act (NIRA), 16 juin 1933 (Ch. 90 48 Stat. 195, codifié dans 15 USC sec 703)
- US Department of Justice and Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines as issued August 19, 2010.

Belgique

- Loi du 3 avril 2013 portant insertion du livre IV « Protection de la concurrence » et du livre V « La concurrence et les évolutions de prix » dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre IV et au livre V et des dispositions d'application de la loi propres au livre IV et au livre V, dans le livre Ier du Code de droit économique, art. IV.7. §1^{er}, *M.B.*, 26 avril 2013, p. 25216.

Royaume-Uni

- OFT/CC, Merger assesment guidelines, OFT 1254, septembre 2010.

Allemagne

- Act against Restraints of Competition (ARC), Section 36 (1).

Australie

- Competition and Consumer Act 2010 (previously the Trade Practices Act 1974).
- Merger guidelines adopted by the Australian Competition and Consumer Commission (ACCC), novembre 2008.

Japon

- Japan Fair Trade Commission, Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination, du 31 mai 2004, révisées le 14 juin 2011, partie IV.

Italie

- L. n° 166/2008, Decreto-legge 28 agosto 2008, n° 134, Disposizioni urgenti in materia di ristrutturazione di grandi imprese in crisi, published in the Ufficiale n° 201, 28 août 2008.
- D.-L. n° 134/2008, relatif aux mesures urgentes concernant la restructuration des grandes entreprises en crise.

Jurisprudence

Union Européenne

- C.J.C.E., 13 février 1979, aff. 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commission des Communautés européennes, *Rec.*, 1979, p. 461.

- C.J.C.E., 31 mars 1998, aff. jointes C-68/94 et C-30/95, France e.a./Commission, *Rec.*, 1998, I, p. 1375.
- C.J.C.E., 10 juillet 2008, aff. C-413/06 P, Bertelsmann AG et Sony Corporation of America contre Independent Music Publishers and Labels Association (Impala), *Rec.*, 2008, I, p. 4951.
- T.P.I.C.E., 28 avril 1999 (Endemol c. Commission), T-221/95, *Rec.*, 1999, II, p. 1299.
- T.P.I.C.E., 25 mars 1999 (Gencor c. Commission), T-102/96, *Rec.*, 1999, II, p. 753.
- T.P.I.C.E., 6 juin 2002 (Airtours plc c. Commission des Communautés européennes), T-342/99, *Rec.*, 2002, II, p. 2585.
- T.P.I.C.E., 9 juillet 2007 (Sun Chemical Group BV, Siegwark Druckfarben AG et Flint Group Germany GmbH c. Commission des Communautés européennes), T-282/06, *Rec.*, 2007, II, p. 2149.
- T.P.I.U.E., 7 mai 2009 (Nederlandse Vakbond Varkenshouders (NVV) c. Commission des Communautés européennes), T-151/05, *Rec.*, 2009, II, p. 1219.
- T.P.I.U.E., 7 juin 2013 (Spar Österreichische Warenhandels AG c. Commission européenne), T-405/08, *J.O.U.E.*, 3 août 2013, n° C 225, p. 61.

Etats-Unis

- International Shoe Co. v. FTC, 280 U.S. 291 (1930).
- Brown Shoe Co. v. United states, 370 U.S. 294 (1962).
- United States v. Philadelphia National Bank, 374 U.S. 321 (1963).
- United States v. Von's Grocery Co., 384 U.S. 270 (1966).
- Citizen Publishing Co. v. United States, 394 U.S. 131 (1969).
- United States v. General Dynamics Corp., 415 U.S. 450, 486, 507 (1974).
- US v. International Harvester Co., 564 F. 2d 769, 774 (7th Cir 1977).
- FTC v. Harbour Group Investments, LP, 1990-2 Trade Cas. (CCH) 69, 247 (D.D.C. 1990).

Royaume-Uni

- Décision de l'OFT du 14 mai 2009, ME/4036/09 – Acquisition attendue par HMV de 15 magasins Zavvi.
- OFT, Acquisition anticipée par Lloyds TSB plc de HBOS plc, rapport du Secretary of State for Business Enterprise and Regulatory Reform, 24 octobre 2008.

Allemagne

- Décision du *Bundeskartellamt* du 27 février 2013 dans l'affaire Daily "Frankfurter Rundschau"/Frankfurter Allgemeine Zeitung GmbH and others, B6-9/13.

Doctrine

- ABENHAÏM, M., « Le droit belge des concentrations », in *Le nouveau droit belge de la concurrence : bilan et perspectives après quatre années d'application*, vol. 124, Louvain-la-Neuve : Anthemis, 2010.
- BACCARO, V., « Failing Firm Defence and Lack of Causality : Doctrine and Practice in Europe of Two Closely Related Concepts », *E.C.L.R.*, 2004, vol. 25, pp. 11 – 24.
- BAXTER, W. F., « Remarks: The Failing Firm Doctrine », *Antitrust Law Journal*, 1981-1982, Vol. 50, Issue 2, pp. 247 - 254.
- BENGTSSON, C., CARPI BADIA, J.M. et MASSIMILIANO, K., « 5. Mergers », in *Faull & Nikpay : the EU law of competition*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- BRETZ, O., GORE, D. et SCHALLENBERG, K., « A new approach to the failing firm defence? The Nynas/Shell Harburg merger », *E.C.L.R.*, 2014, Vol. 35 (10), pp. 480 – 486.
- CAFFARRA, C. et CONSCCELLI, A., « Merger to Monopoly : NewsCorp/Telepiù », *E.C.L.R.*, 2003, Vol. 11, pp. 625 - 627.
- CALVANI, T. et EVANS, T.A., « Regulation of Mergers & Monopolization », in *International and Comparative Competition Law and Policies*, The Hague, Kluwer law international, 2001, pp. 119 – 142.
- CASTALDO, G. et BOGDANOV, A., « The Nynas Case: The Interplay Between the Failing Firm Defence and the Counterfactual Method », *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015, vol. 6 (5), pp. 324 – 326.
- CLARK, E. F. et FOSS, C. E., « When the Failing Firm Defence Fails », *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012, Vol. 3 (4), pp. 317 – 331.
- COOK, J. et KERSE, C., *EC Merger Control*, 5^e éd., London, Sweet and Maxwell, 2009.
- DE CORDT, Y., DELFORGE, C., LEONARD, T. et POULLET, Y., *Manuel de droit commercial*, 2^e éd., Limal, Anthemis, 2011.
- DIGANGI, K., « Cutting The Financial Fat From The Failing Firm Defense: Refocusing The Failing Firm Defense On Antitrust Law », *St. John s Law Review*, 2012, Vol. 86, Issue 1, pp. 277 – 310.

- DRAUZ, G., MAVROGHENIS, S., et ASHALL, S., « Recent Developments in EU Merger Control », *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012, Vol. 3 (1), pp. 52 - 75.
- DRAUZ, G., MCGEOWN, P. et RECORD, B., « Recent Developments in EU Merger Control », *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, Vol. 5 (5), pp. 314 - 328.
- ELHAUGE, E. et GERADIN, D., *Global Competition Law and Economics*, 2e éd., Oxford, Hart Publishing, 2011.
- Elliot, P. et Van Acker, J., « European Union », in *Merger Control : Jurisdictional comparisons*, 1^{ère} éd., Londres, Thomson Reuters, 2011, pp. 199 – 224.
- EZRACHI, A., *EU competition law : an analytical guide to the leading cases*, 3^e éd. Oxford, Hart, 2012.
- FEINSTEIN, D. et GILMAN, A., « Power shopping for an alternative buyer », 31 mars 2015, sur https://www.ftc.gov/news-events/blogs/competition-matters/2015/03/power-shopping-alternative-buyer?utm_source=govdelivery (23 juin 2015).
- FEINSTEIN, R., « Statement of Bureau of Competition Director Richard Feinstein on the FTC's Closure of Its Investigation of Consummated Hospital Merger in Temple, Texas », 23 décembre 2009, sur : https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/ftcs-closure-its-investigation-consummated-hospital-merger-temple-texas/091223scottwhitestmt.pdf (consulté le 1er juillet 2015).
- FINA, T.D. et MEHTA, V., « The Failing Firm Defense: Alive and Well », *The Antitrust Source*, aout 2011, sur http://www.bakerbotts.com/file_upload/documents/Aug11_Fina.pdf (consulté le 18 avril 2015).
- FOUNTOUKAKOS, K. et GEARY, L., « Time to Bid Farewell to the Failing Firm Defense? Some Thoughts in the Wake of Nynas/Shell and Olympic/Aegean », *CPI Europe Column*, 20 décembre 2013, sur <https://www.competitionpolicyinternational.com/time-to-bid-farewell-to-the-failing-firm-defense-some-thoughts-in-the-wake-of-nynas-olympic-aegean> (consulté le 14 mars 2015).
- FOUNTOUKAKOS, K., POUNCEY, C. et TEW, J., « EU Merger Control in 2013/2014 : Tough but Fair ? », *The European Antitrust Review*, 2015, pp. 24 – 31.
- GERBER, D.J., *Global Competition : Law, Markets, and Globalization*, New York, Oxford University Press, 2010.
- GONZALEZ DIAZ, E., « 3. Merger Defences In Times of Crises », in *Competition Law in times of Economic Crisis: in Need of Adjustment ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 189 – 204.

- GONZALEZ PEREZ, P., « Le contrôle européen des concentrations et les leçons à tirer de la crise financière et économique », Research Paper in Law, juin 2013, Etudes Européennes Juridiques, Conseil de l'Europe, sur https://www.coleurope.eu/system/files_force/research-paper/researchpaper_6_2013_gonzalezperez.pdf?download=1 (consulté le 17 mars 2015).
- GOYDER, D.G., GOYDER, J. et ALBORS-LLORENS, A., *EC Competition law*, 5^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2009.
- BARTHOLOMEEUSEN, S., « Quelques aspects de droit de la concurrence », in *La loi relative à la continuité des entreprises*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2012, p. 197 - 223.
- HEYER, K. et KIMMEL, S., « Merger Review of Firms in Financial Distress », *CPI*, mars 2009, Economic Analysis Group, Discussion Paper 09-1, sur <http://www.justice.gov/atr/public/eag/244098.pdf> (consulté le 19 avril 2015).
- JONES, A. et SUFRIN, B., *EU competition law : text, cases, and materials*, 4^e éd., Oxford University Press, New-York, 2010.
- KEELEY, M.L. et STEINTHAL, R.M., « United States of America », in *Merger Control : Jurisdictional comparisons*, 1^{ère} éd., Londres, Thomson Reuters, 2011, pp. 793 – 814.
- KOKKORIS, I., « Failing Firm Defence in the European Union : A Panacea for Mergers », *E.C.L.R.*, 2006, n° 9, pp. 494 – 509.
- KOKKORIS, I., « Failing Firm Defence Under the Clayton Act », *E.C.L.R.*, 2007, n° 3, pp. 158 – 166.
- KOKKORIS, I., « 12. Merger control: substantive issues », in *Handbook on European competition law: substantive aspects*, Cheltenham, Elgar, 2013.
- KOMNINOS, A. et JERAM, J., « Changing Mind in Changed Circumstances: Aegean/Olympic II and the Failing Firm Defence », *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, vol. 5 (9), pp. 605 – 615.
- KROES, N., *Dealing with the current financial crisis*, oct. 2008, sur : http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-08-498_en.htm (consulté le 8 juillet 2015).
- KYPRIANIDES, G. P., « Assess the Importance of the Counterfactual in Merger Assessment with Regards to the Failing Firm Defence », *E.C.L.R.*, 2012, n° 12, pp. 576 – 582.
- MACGREGOR, A., Failing firm defence in merger control: An overview of EU and national case law, 9 Février 2012, *e-Competitions Bulletin Failing firm defence*, Art. N° 42408.
- MASON, R. et WEEDS, H., « The Failing Firm Defence: Merger Policy and Entry », London, Centre for Economic Policy Research, Discussion Paper No. 3664, novembre

2002, sur http://www.cepr.org/active/publications/discussion_papers/dp.php?dpno=3664 (consulté le 19 avril 2015).

- MASSON, A. et NIHOUL, P., « 1. - Cours », in *Droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2011, pp. 476 – 508.
- MATHEWS, T., « The Failing Firm Defence: Re-examining Canada's Approach to Rescue Mergers in Light of the US and EU Experience », *CBA National Magazine*, sur http://cba.org/cba/sections_competition/PDF/Failing_Firm_Defence_2013_Bockin_gWinner.pdf (consulté le 10 avril 2015).
- MONTI, G. et ROUSSEVA, E., « Failing firms in the Framework of the EC Merger Control regulation », *E.L.R.*, 1999, vol. 24, pp. 38 – 55.
- MYLES, D., « EU's new failing firm defence benchmark », *International Financial Law Review*, Dec2013/Jan2014, p. 9.
- NAVARRO, E., FONT, A., FOLGUERA, J. et BRIONES, J., *Merger control in the European Union : law, economics and practice*, 2^e éd., New York, Oxford University Press, 2005-2009.
- OECD Key Findings, « Competition and Financial Markets », 2009, sur <http://www.oecd.org/dataoecd/9/22/43067294.pdf> (consulté le 12 mars 2015).
- OECD Policy Roundtables, « Failing Firm defence », OCDE/GD(96)23, 1995, sur <http://www.oecd.org/competition/mergers/1920253.pdf> (consulté le 26 mars 2015).
- OECD Policy Roundtables, « The Failing Firm Defence », DAF/COMPETENCE(2009)38, 2009, sur <http://www.oecd.org/competition/mergers/45810821.pdf> (consulté le 14 mars 2015).
- PAREDES, T., « Note - Turning the Failing Firm Defense Into a Success: A Proposal to Revise the Horizontal Merger Guidelines », *Yale Journal on Regulation*, 1996, Vol. 13, Issue 1, pp. 347 – 390.
- PERSSON, L., « The Failing Firm Defense », *The Journal of Industrial Economics*, 2005, Vol. 53, Issue 2, pp. 175 – 201.
- Restatement of OFT's position regarding acquisitions of “failing firms”, December 2008, sur <http://www.jonesday.com/files/upload/OFT%20Guidance.pdf> (consulté le 16 mars 2015).
- ROSE, V., BAILEY, D., JOHN, L. A. et TURNER, J., *European Union Law of Competition*, 7^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2014.
- ROSE, V., BAILEY, D., JOHN, L.A. et TURNER, J., *European Union Law of Competition*, 7^e éd. supplément, Oxford, Oxford University Press, 2014.

- SHAPIRO, C., *Competition Policy in Distressed Industries*, discours prononcé à l'occasion de l'ABA Antitrust Symposium: Competition as Public Policy, 13 mai 2009, sur <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/245857.pdf> (consulté le 19 avril 2015).
- VALENTINE, D.A., « Horizontal Issues: What's Happening and What's on the Horizon », Discours du 8 décembre 1995, sur <https://www.ftc.gov/public-statements/1995/12/horizontal-issues-whats-happening-and-whats-horizon> (consulté le 19 avril 2015).
- VAN BAELE & BELLIS, *Competition law of the European Community*, 5^e éd., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010.
- VOGELAAR, F.O.W., *The European competition rules : landmark cases of the European Courts and the Commission*, 2^e éd., Groningen, Europa Law Publishing, 2007.
- WAIT, A. L., « Surviving the Shipwreck: A Proposal to Revive the Failing Division Defense », *William and Mary Law Review*, 2003-2004, Vol. 45, Issue 1, pp. 429-468.
- WHISH, R. et BAILEY, D., *Competition Law*, 7^e éd., New York, Oxford University Press, 2012.
- WINCKLER, A., « La théorie de l'entreprise défaillante "Failing Firm Defense" : une renaissance dans la crise ? », *Revue Lamy de la Concurrence*, juillet-septembre 2009, p. 9.
- WUELLER, J. R., « Mergers Of Majors: Applying The Failing Firm Doctrine In The Recorded Music Industry », *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, 2012-2013, Vol. 7, Issue 2, pp. 589 – 618.
- X., *European competition law : a case commentary*, Northampton, Elgar, 2014.
- X., « The failing-firm defence: a 'get out of jail free' card in mergers ? », *Oxera Agenda*, juin 2014, sur <http://www.oxera.com/Latest-Thinking/Agenda/2014/The-failing-firm-defence-a-get-out-of-jail-free.aspx#> (consulté le 14 mars 2015).
- ZHONG, O., « The Failing Company Defense after the Commentary: Let It Go », *University of Michigan Journal of Law Reform*, 2007-2008, Vol. 41, Issue 3, pp. 745 – 776.

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt

