



**HAL**  
open science

## L'efficacité du contrôle des concentrations : étude comparée des systèmes européen et américain

Anne-Tulin Kerimol

► **To cite this version:**

Anne-Tulin Kerimol. L'efficacité du contrôle des concentrations : étude comparée des systèmes européen et américain. Droit. Université de Nanterre - Paris X, 2023. Français. NNT : 2023PA100153 . tel-04552403

**HAL Id: tel-04552403**

**<https://theses.hal.science/tel-04552403>**

Submitted on 19 Apr 2024

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Membre de l'université Paris Lumières

## Anne-Tulin Kerimol

# L'EFFICACITÉ DU CONTRÔLE DES CON- CENTRATIONS, ÉTUDE COMPARÉE DES SYSTÈMES EUROPÉEN ET AMÉRICAIN

Thèse présentée et soutenue publiquement le **21 décembre 2023**  
en vue de l'obtention du doctorat de droit public  
sous la direction de M. Jean-Marc Thouvenin(Université Paris Nanterre)

### Jury\* :

Rapporteur :	Rémi Hernu	Professeur, Université Picardie Jules Verne
Rapporteur :	Frederic Marty	Chargé de recherche CNRS, UMR Université Côte d'Azur, HDR
Membre du jury :	Guillaume Dezobry	Maître de conférence à l'Université Picardie Jules Verne
Membre du jury :	Jean-Marc Thouvenin	Professeur à l'université Paris Nanterre

À ma famille

# Remerciements

J'adresse mes remerciements et ma profonde gratitude à mon directeur de thèse, Jean-Marc Thouvenin, pour son aide précieuse, sa patience et ses conseils avisés tout au long de ce travail de recherche.

Je tiens à exprimer à l'ensemble des professionnels et universitaires qui, des deux côtés de l'Atlantique, m'ont généreusement consacré de leur temps, qu'il s'agisse de quelques minutes ou de plusieurs heures, et ont partagé avec moi l'étendue de leur expertise. Leurs encouragements ont été essentiels à la réalisation de ce projet.



*Résumé* : L'appréhension des phénomènes concentratifs a revêtu différentes formes depuis la promulgation de la première loi relative à la concurrence en 1890, jusqu'à l'édiction du *Hart Scott Rodino Antitrust Improvement Act* en 1976 aux États-Unis et en Europe du Règlement du Conseil du 21 décembre 1989, entièrement refondu en 2004. Chacun des systèmes conserve des vestiges de ces évolutions successives. Cette thèse étudie le rapport d'ordre transculturel et historique direct pouvant exister entre les formes institutionnelles actuelles et l'efficacité de l'action administrative. Les autorités de concurrence ont, en effet, préexisté au contrôle *a priori* des concentrations et se sont structurées en osmose avec leur tradition juridique, adoptant en Europe des formes qui ne s'opposent pas à l'imposition par l'autorité publique de règles unilatérales aux entreprises, alors que cette faculté est largement refusée aux États-Unis. Ces derniers possèdent un mode d'intervention décentralisé et multidimensionnel, tant sur le plan temporel – s'étendant à la fois dans *l'ex ante* et dans *l'ex post* – que sur celui des entités régulatrices impliquées – le *Department of Justice* et la *Federal Trade Commission* étant concurremment compétents – et sur le champ d'application matériel du contrôle – le contrôle s'appliquant à tout transfert d'actions ou d'actifs. L'Union européenne, quant à elle, a un contrôle qui s'inscrit d'abord dans *l'ex ante*, est soumise à des seuils fixes et conserve une compétence exclusive, bénéficiant de l'instrument puissant de la suspension automatique de l'opération jusqu'à la délivrance d'une décision administrative. Bien que la nature administrative du contrôle *a priori* des concentrations soit considérée par la société civile et le monde économique comme un mode approprié d'évaluation de la nocivité potentielle des concentrations, les formes institutionnelles et décisionnelles dans lesquelles il s'intègre font toujours débat. En dépit de leurs différences, les autorités de contrôle européennes et américaines parviennent à s'affranchir de leur substrat culturel pour évoluer vers plus d'efficacité.

*Mots-clés* : efficacité, contrôle, concentration ; contrôle des concentrations ; concurrence ; procédure administrative ; droit public ; droit administratif, droit comparé ; droit anti-trust ; droit européen ; Union européenne ; Commission européenne ; trusts ; institutions ; États-Unis, Fédéral Trade Commission ; droit comparé ; ex ante ; ex post ; *etc.*

*Abstract* : The understanding of concentration phenomena has taken various forms since the enactment of the first competition law in 1890, up to the issuance of the *Hart Scott Rodino Antitrust Improvement Act* in 1976 in the United States and in Europe by the Council Regulation of December 21, 1989, entirely revised in 2004. From these successive developments, each system retains remnants. This dissertation examines the direct transcultural and historical relationship that can exist between the current institutional forms and the effectiveness of administrative action. Indeed, competition authorities existed before the a priori control of concentrations and structured themselves in harmony with their legal traditions. In Europe, they adopted forms that do not oppose the imposition of unilateral rules on companies by the public authority, a power largely denied in the United States. The latter has a decentralized and multidimensional intervention mode, both temporally – spanning both *ex ante* and *ex post* – and in terms of involved regulatory entities – with the Department of Justice and the Federal Trade Commission having concurrent jurisdiction – and in the material scope of control, which applies to all transfers of shares or assets. The European Union, on the other hand, has a control that primarily falls under *ex ante*, is subject to fixed thresholds, and retains exclusive jurisdiction, benefiting from the powerful tool of automatic suspension until the issuance of an administrative decision. While the administrative nature of the a priori control of concentrations is viewed by the civil and economic society as an appropriate method for assessing the potential harm of mergers and acquisitions, the institutional and decision-making forms in which it is integrated remain a topic of debate. European and American control authorities manage to break free from their cultural foundation to evolve towards greater efficiency.

*Keywords* : efficiency, control, review ; concentration; merger control; merger review; competition; administrative procedure; public law; administrative law, comparative law; anti-trust law; European law; European Union; European Commission; trusts; institutions; United States, Federal Trade Commission; comparative law; *ex ante* ; *ex post* ; *etc.*

*Droits d'auteur :*

Droits d'auteur réservés. Toute reproduction sans accord exprès de l'auteur à des fins autres que strictement personnelles est prohibée.



# Sommaire

REMERCIEMENTS .....	- 3 -
SOMMAIRE .....	- 8 -
SIGLES ET ABRÉVIATIONS.....	- 11 -
<b>INTRODUCTION .....</b>	<b>- 15 -</b>
<b>PREMIERE PARTIE : .....</b>	<b>- 35 -</b>
<b>L’ORIGINE DES FORMES STRUCTURELLES DE CONTROLE .....</b>	<b>- 35 -</b>
<b>TITRE 1 – LES MODALITÉS D’INTERVENTION PUBLIQUE PRIMAIRE .....</b>	<b>- 41 -</b>
CHAPITRE 1.....	- 47 -
LES FONDEMENTS DE MODELES OPPOSES .....	- 47 -
<i>Section 1. Les sources économiques et politiques communes .....</i>	<i>- 49 -</i>
<i>Section 2. Les origines d’une défiance proprement américaine .....</i>	<i>- 72 -</i>
CHAPITRE 2. L’INEFFICACITE STRUCTURELLE DU MODELE EX POST.....	- 88 -
<i>Section 1. La prédominance du triptyque cours — états — marché au XIVe siècle.....</i>	<i>- 91 -</i>
<i>Section 2. L’adoption de l’adjudicatory model .....</i>	<i>- 127 -</i>
<b>CONCLUSION DU TITRE 1.....</b>	<b>- 155 -</b>
<b>TITRE 2- LES TRANSFORMATIONS DES .....</b>	<b>- 157 -</b>
<b>MODALITÉS DE CONTRÔLE .....</b>	<b>- 157 -</b>
CHAPITRE 1. LA CREATION DU DUALISME INSTITUTIONNEL.....	- 161 -
<i>Section 1. La recherche d’une dialectique .....</i>	<i>- 165 -</i>
<i>régulationnelle .....</i>	<i>- 165 -</i>
<i>Section 2. La fragmentation des mécanismes de .....</i>	<i>- 194 -</i>
<i>contrôle au sein du clayton act.....</i>	<i>- 194 -</i>
CHAPITRE 2. L’EMERGENCE D’UN CONTROLE .....	- 225 -
ADMINISTRATIF BICEPHALE .....	- 225 -
<i>Section 1. La diffusion des compétences de contrôle au sein du Clayton Act.....</i>	<i>- 226 -</i>
<i>Section 2. Un contrôle ex ante imparfait.....</i>	<i>- 269 -</i>
CHAPITRE 3. L’EMERGENCE DU SYSTEME MONISTE EUROPEEN.....	- 282 -
<i>Section 1. Les influences nationales sur la politique européenne de concurrence en matière de</i> <i>concentrations.....</i>	<i>- 283 -</i>
<i>Section 2. Les influences politiques sur la structure .....</i>	<i>- 301 -</i>
<i>institutionnelle de la Commission.....</i>	<i>- 301 -</i>
<b>CONCLUSION DU TITRE II.....</b>	<b>- 310 -</b>

<b>CONCLUSION DE LA PARTIE I</b> .....	<b>- 311 -</b>
<b>DEUXIEME PARTIE :</b> .....	<b>- 313 -</b>
<b>LES SCHEMAS ORGANISATIONNELS ACTUELS</b> .....	<b>- 313 -</b>
<b>TITRE 1- L’EFFICACITÉ ORGANIQUE</b> .....	<b>- 319 -</b>
CHAPITRE 1. L’ARCHITECTURE INSTITUTIONNELLE DU CONTROLE DES CONCENTRATIONS .....	323 -
<i>Section 1. Des schémas institutionnels orientés vers une finalité d’efficacité</i> .....	324 -
<i>Section 2. Les garanties d’indépendance concourant à l’efficacité</i> .....	357 -
<b>CONCLUSION DU TITRE 1</b> .....	<b>- 378 -</b>
<b>TITRE 2. L’EFFICACITE FONCTIONNELLE</b> .....	<b>- 379 -</b>
<b>DU CONTROLE</b> .....	<b>- 379 -</b>
CHAPITRE 1. LA DETERMINATION DU CONTROLE .....	381 -
<i>Section 1. Le champ d’application matériel du contrôle</i> .....	383 -
<i>Section 2. L’articulation des compétences au sein des systèmes de contrôle</i> .....	423 -
CHAPITRE 2. L’EXERCICE DE LA FONCTION DE CONTROLE .....	454 -
<i>Section 1. Les procédures devant les autorités de concurrence : des phases administratives</i> <i>indifférenciées</i> .....	454 -
<i>Section 2. L’issu du contrôle</i> .....	543 -
<b>CONCLUSION DU TITRE 2</b> .....	<b>- 582 -</b>
<b>CONCLUSION DE LA PARTIE II</b> .....	<b>- 585 -</b>
<b>CONCLUSION GENERALE</b> .....	<b>- 588 -</b>
<b>ANNEXES</b> .....	<b>- 592 -</b>
<b>INDEX</b> .....	<b>- 599 -</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	<b>- 602 -</b>
TABLE DES MATIERES .....	651 -



## Sigles et abréviations

A.B.A. J	American Bar Association Journal
AAG	Associate Attorney General
ABA	American Bar Association
ADR	Alternative Dispute Resolution
Al.	Alinéa
Am. Int'l.	American International
Am. J.P.S.	American Journal of Political Science
AMC	American Modernization Commission
Antitrust L.J.	Antitrust Law Journal
APA	Administrative Procedure Act
APP.	Appelate
APPA	Antitrust Procedures and Penalties Act
Art.	Article
Assoc. Comm'n Dep't	Associate's Commission Department
ATF	Antitrust Task Force
Att'y Gen. Sys.	Attorney General System
c.	contre
CE	Communauté européenne
CECA	Communauté européenne du charbon et de l'acier
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CEE	Communauté économique européenne
CID	Civil Investigative Demand
CFR	Code of Federal Regulations
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
COLUM. L. Rev	Columbia Law Review
Cong. Rec.	Congressional Record
CRISP	Centre de recherche et d'information socio-politiques
CT.	Court

DAAG	Deputy Associate Attorney General
DG	Direction Générale
Div. Inst.	Division Institute
DOJ	Department of Justice
éd.	Édition
égal.	Également
E.L. Review	European Law Review
Emory L.J.	Emory Law Journal
EUR. L. Rev	European Law Review
etc.	et caetera
ex.	Exemple
FCC	Federal Communications Commission
FED.	Federal
Fed. Reg.	Federal Register
FTC	Federal Trade Commission
GPO	Government Publishing Office
HR	House of Representative
HSR	Hart-Scott-Rodino
ib.	Ibidem
id.	Idem
IDHE-ENS	Institut de Démographie et d'Histoire Économique de l'École Normale Supérieure
IHH	Indice Herfindahl-Hirschman
INED	Institut national d'études démographiques
Iowa L. Rev.	Iowa Law Review
J.L. & ECON	Journal of Law and Economics
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
n°	Numéro
NAAG	National Association of Attorneys General
OCDE	Organisation de Coopération et de Développe- ment Économiques
OECD	Organisation for Economic Co-operation and De- velopment

op. cit.	<i>Opere Citato</i>
P.	Procedure
PNO	Prenotification Notification Office
Pol'y.	Policy
Pub. L. No - Stat.	Public Law Number - Statutes
Pub.L.	Public Law
R.	Rule
RID éco.	Revue internationale de droit économique
RFDA	Revue française de droit administratif
RMCUE	Revue du marché commun et de l'Union européenne
s.	et suivant
spéc.	spécifiquement
SMU Law Review	Southern Methodist University Law Review
S. Rep. No.	Senate Report number
Stat.	Statute or Statutes
SUP.	Suprême court
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
TRO	Temporary Restraining Order
UE	Union européenne
UPE	Ultimate Parent Entity
U.S.C	United States Code
U.S.G.P.O	United States Government Printing Office
V.	Voir
vol.	Volume
Yale L.J	Yale Law Journal



# INTRODUCTION

Phénomène répandu en sciences fondamentales, la concentration est l'opération qui consiste, notamment en chimie, à rapprocher les molécules d'un corps<sup>1</sup>. Bien connue des sciences humaines et sociales, elle est une expression courante de la vie économique des entreprises, qui, mues par des actes réflexes et sous l'influence de l'entropie du marché, se concentrent, fusionnent, s'agglomèrent.

D'un point de vue microéconomique, une opération de croissance externe peut être nécessaire à une entreprise pour « *mieux intégrer le marché, réduire le risque lié à l'investissement et mieux se défendre face à la concurrence et aux aléas de l'économie* »<sup>2</sup>. Les motivations à entreprendre une opération de concentration sont diverses, mais il s'agira toujours<sup>3</sup> *in fine* d'accroître cumulativement les profits et les parts de marché de la société. Le problème social qui en résulte réside dans les effets de l'opération sur la concurrence, notion qu'il convient d'explicitier.

La concurrence est un concept économique défini comme « *une situation de marché dans laquelle aucune rente qui ne soit fondée sur les mérites propres des entreprises ne peut perdurer* »<sup>4</sup>. Elle s'inscrit traditionnellement dans le cadre mythifié<sup>5</sup> de « *la concurrence pure et parfaite* » qui par ses caractéristiques<sup>6</sup> et sous l'effet de « *la main invisible du*

---

<sup>1</sup> Voir l'occurrence « Concentration », Centre National pour un Traitement Optimisé de la Langue (CRNTL ci-après), disponible en ligne : <https://www.cnrtl.fr/definition/concentration>.

<sup>2</sup> D. UZUNIDIS, « À propos... », *Innovations*, 2011/2 (n°35), p. 251-265. DOI : 10.3917/inno.035.0251. URL : <https://www.cairn.info/revue-innovations-2011-2-page-251.htm>.

<sup>3</sup> Selon le professeur Moulin, il arrive que des fusions rapides par *leverage buy out* (LBO ci-après) intervenant après la création d'un *holding* puissent être mises en œuvre pour transférer artificiellement les charges financières de la *holding* à une société cible, obérant ses résultats bénéficiaires ou lui transmettant encore des sanctions pénales. *Ibid.*, Cf. par exemple pour les États-Unis, M. E. DIAMANTIS Successor Identity *Yale Journal of regulation*, Vol. 36, 2019, p. 1, disponible en ligne : <https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/8281/MihailisEDiamantisSuccess.pdf?sequence=2&isAllowed=y>.

<sup>4</sup> E. COMBE, *Économie et politique de concurrence*, Dalloz, Coll. Précis, 2ed, 2020, p.1.

<sup>5</sup> L. ZEVOUNOU, *Le concept de concurrence en droit*, Thèse, Université Paris Ouest Nanterre la Défense, 2010, p.18.

<sup>6</sup> Pour les économistes, la concurrence pure et parfaite doit remplir quatre conditions cumulatives : l'atomicité (le nombre d'acheteurs et de vendeurs est suffisant pour qu'aucun ne puisse influencer le prix du marché), la transparence (les acteurs disposent d'une parfaite information concernant les produits et les quantités), la fluidité (la libre circulation des facteurs de production) et l'homogénéité (les produits sont substituables et indifférenciés par leurs caractéristiques et leur qualité). Voir, O. HUEBER, *Économie générale: Microéconomie, macroéconomie, monnaie et financement*, Technip ed., 2012, p.9.



marché »<sup>7</sup> parvient à un équilibre optimal des prix et des quantités.

Ce cadre de référence théorique contraint pourtant les producteurs à des efforts importants et à des profits réduits pour conserver leurs clients. La recherche légitime de gains d'efficacité de certaines activités à rendements croissants par la concentration peut affecter l'atomicité du secteur, jusqu'au point où les éléments constitutifs originels dégénèrent : le marché alors « s'empoisonne »<sup>8</sup>.

En tout état de cause, les agents économiques se trouvent plus souvent placés dans des contextes de concurrence dite « imparfaite », c'est-à-dire lorsqu'une des caractéristiques de la concurrence pure et parfaite fait défaut<sup>9</sup>, que dans l'abstraction du marché concurrentiel rêvée par les économistes classiques. Les opérateurs sont en effet susceptibles de se soustraire à la pression concurrentielle, en cherchant à fixer ou influencer les prix<sup>10</sup> créant des situations de pouvoirs de marché, voire de monopole. Ces entreprises ont alors peu d'incitation à investir pour accroître leurs capacités de production et augmenter la qualité de leurs produits. Une concentration importante des marchés a aussi des effets négatifs directs sur le niveau des salaires et la création d'emplois<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> Voir, l'occurrence « main invisible », in, *Dictionnaire de science économique*, A. BEITONE CAZORLA, E. HEMDANE, S. SLIMANI, 7<sup>e</sup> ed., Dunod, 2016 ; A. SMITH, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, (1776), trad. G. Garnier, 1843, Livre IV, Chap.2, T II, p.52. Pour une analyse du concept, voir : P. LANTZ, De la main invisible à l'ordre spontané, No. 16/17, *Le libéralisme économique : interprétations et analyses*, 1989, p. 75-90. Cf., J. DELLEMOTTE, La « main invisible » d'Adam Smith : pour en finir avec les idées reçues, *L'Économie politique*, N°4, 2009, p. 28-41.

<sup>8</sup> M-A. FRISON-ROCHE, Le modèle du marché, *Archives de philosophie du droit*, 40 (1995), p. 299. L'économiste britannique Joan Robinson a décrit en 1976 ce mécanisme autodestructeur de la concurrence dans son ouvrage *Hérésies économiques* :

« Si l'on entend par concurrence une situation dans laquelle chaque producteur peut vendre autant qu'il lui plaît aux prix courants du marché, pour maximiser ses profits, il doit augmenter sa production jusqu'à ce que le coût marginal soit inférieur au prix de vente moyen. Mais si les économies d'échelle font baisser les coûts moyens de longue période au fur et à mesure que la production augmente, le coût marginal reste inférieur au coût moyen. Il ne peut y avoir d'équilibre de longue période avant que la firme établisse un monopole ». Voir, J. V. ROBINSON, *Hérésies économiques. Essais sur quelques problèmes démodés de théorie économique*, Calmann-Levy, trad. G. Grellet, 1972 (ed. française), p.163.

<sup>9</sup>J. V. ROBINSON, *The Economics of Imperfect Competition*, (1933), Springer, 2d, 1976 (reprinted).

<sup>10</sup> T. SCITOVSKY, *Welfare and Competition*, Routledge Library Ed., p.58.

<sup>11</sup> Une trop forte concentration peut mener à un monopsonne. Le monopsonne est la situation de marché où il n'existe qu'un seul acheteur de produits ou de services. Dans le secteur du travail, il n'y a qu'un seul employeur sur un marché, ce qui permet à l'entreprise de fixer unilatéralement les salaires. Voir, J. SONG, D. J. PRICE, F. GUVENEN, N. BLOOM, T. VON WATCHER, *Firming up Inequality*, 17 juin 2016, disponible en ligne : [http://www.econ.ucla.edu/tvwachter/papers/FUI\\_website\\_NBER\\_SI.pdf](http://www.econ.ucla.edu/tvwachter/papers/FUI_website_NBER_SI.pdf) ; FTC, Statement of Commissioner Alvaro M. Bedoya Joined by Chair Lina M. Khan and Commissioner Rebecca Kelly Slaughter Regarding the Proposed Merger Guidelines Issued by the Federal Trade Commission & U.S. Department of Justice, 19 juillet 2023, disponible en ligne : [https://www.ftc.gov/system/files/ftc\\_gov/pdf/p234000\\_merger\\_guidelines\\_statement\\_bedoya\\_final.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/p234000_merger_guidelines_statement_bedoya_final.pdf) ; COUNCIL OF ECONOMIC ADVISERS, Labor Market Monopsony : Trends, Consequences, and Policy

L'efficacité d'une concentration pour les parties, c'est-à-dire l'obtention de l'augmentation cumulée des parts de marché et des bénéfices, peut entrer en conflit direct avec la concurrence. Au-delà de la finalité immédiate d'équilibre de marché, le respect de la libre concurrence porte en lui une dimension d'intérêt général indéniable<sup>12</sup>, dont la protection revient aux personnes publiques à travers l'élaboration puis l'application de règles de droit. C'est cette atteinte qui justifie et légitime une intervention extérieure.

Dans l'Union européenne, la protection de la libre concurrence s'est d'abord inscrite dans le cadre de la construction puis de l'achèvement du marché intérieur. Les premières règles relatives à la concurrence sises aux articles 85 et 86 du Traité de Rome<sup>13</sup>, aujourd'hui articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE ci-après), visent à interdire les accords et pratiques concertées « *susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur* » ; de même, l'exploitation abusive d'une position dominante est proscrite dans la mesure « *où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté* »<sup>14</sup>. Ces dispositions sont autant d'instruments pour favoriser et maintenir la libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux nécessaires à l'intégration du marché. Le Règlement du Conseil du 21 décembre 1989<sup>15</sup>, entièrement refondu en 2004<sup>16</sup>, qui porte création du contrôle européen des concentrations, inscrit à son considérant 2 le droit des concentrations parmi les dispositifs permettant « *la réalisation des finalités du traité instituant la Communauté européenne (...)* » et rappelle que « *L'article 4, paragraphe 1, du traité prévoit que les actions des États membres et de la Communauté sont conduites dans le respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre. Ces principes sont essentiels dans la perspective de l'approfondissement du marché*

---

Responses, Octobre 2016, disponible en ligne : [https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/page/files/20161025\\_monopsony\\_labor\\_mrkt\\_cea.pdf](https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/page/files/20161025_monopsony_labor_mrkt_cea.pdf).

<sup>12</sup> G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence: essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, 2006.

<sup>13</sup> Article 101 TFUE.

<sup>14</sup> Article 102 TFUE.

<sup>15</sup>Règlement du Conseil (CEE) N° 4064/89 du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentrations entre entreprises.

<sup>16</sup>Règlement (CE) N° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, modifie substantiellement tant la procédure que le critère d'appréciation substantielle des concentrations en établissant que « *toute concentration qui entraverait de manière significative une concurrence effective, dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, devrait être déclarée incompatible avec le marché commun* ». Voir, Règlement (CE) N° 139/2004, Considérant 25, précité.

*intérieure* »<sup>17</sup>. Le droit européen des concentrations s'intègre donc dans la réalisation de l'Union européenne comme entité sociale et économique. Il en naît des considérations politiques qui dépassent les enjeux d'ordre purement économique<sup>18</sup>.

Le droit antitrust américain est pour sa part depuis sa création le produit de préoccupations pragmatiques. D'abord instauré pour protéger les petits commerces<sup>19</sup>, il a évolué dans son application à mesure des progrès de la recherche en sciences économiques et au gré du « *pendulum swings* »<sup>20</sup>, suivant tantôt les doctrines de l'École de Chicago<sup>21</sup>, tantôt celles d'Harvard<sup>22</sup>, chacune contenant des soubassements

---

<sup>17</sup> Considérant (2), Règlement (CE) N° 139/2004 du Conseil précité.

<sup>18</sup> Le droit de la concurrence participe à la réalisation du *Green deal* européen, lancé par la Présidente de la Commission Ursula Von der Leyen le 11 décembre 2019. Ce nouveau pacte pour une croissance économique durable, impose deux objectifs particuliers : une réduction des émissions de gaz à effet de serre d'au moins 55% par rapport au niveau de 1990 d'ici d'2030 et la neutralité climatique d'ici 2050. La réglementation sur les concentrations « *help to keep the pressure on business to use scarce resources efficiently and to innovate* ». Voir, Commission européenne, *Communication from the commission to the European parliament, the European Council, the Council, the European economic and social committee and the Committee of the regions the european green deal*, 11 décembre 2019, COM(2019) 640 final, disponible en ligne : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2019:640:FIN>.

<sup>19</sup> John Sherman reconnaissait que « It is the right of every man to work, labor, and produce in any lawful vocation and to transport his production on equal terms and conditions and under like circumstances. This is industrial liberty, and lies at the foundation of all rights and privileges ». 21 Cong. Rec. 2457 (1890), disponible en ligne à l'adresse suivante : [http://www.appliedantitrust.com/02\\_early\\_foundations/3\\_sherman\\_act/cong\\_rec/21\\_cong\\_rec\\_2455\\_2474.pdf](http://www.appliedantitrust.com/02_early_foundations/3_sherman_act/cong_rec/21_cong_rec_2455_2474.pdf). Cette vision fut endossée par la Cour suprême dans de nombreuses affaires *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*, 166 U.S. 290 (1897), *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416, 428-29 (2d Cir. 1945), *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 344 (1962), qui invoque « les petites entreprises locales ».

<sup>20</sup> Le *pendulum swing* est la métaphore décrivant le mouvement suivi par les politiques antitrust selon l'orientation politique de l'administration au pouvoir. En effet, la conception de la démocratie aux États-Unis ne permet pas en principe de concevoir l'administration comme autonome du pouvoir politique, seul représentant de la souveraineté populaire issue de l'élection. Le pendule oscillerait entre deux extrêmes, le laissez-faire et une application « agressive » du droit de la concurrence. Voir, W. KOVACIC, *The Modern Evolution of U.S. Competition*, *Antitrust Law Journal*, Vol. 71, 2003, p. 378 et s. ; J.T. ROSH, *Has the Pendulum Swung Too Far ? Some Reflections on US and EC*, *Jurisprudence*, Public statement, FTC, 25 juin 2007, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/news-events/news/speeches/has-pendulum-swung-too-far-some-reflections-us-ec-jurisprudence>;

<sup>21</sup> Pour l'École de Chicago, la concurrence est un processus dynamique. Dès lors, en cas d'opération de concentration, l'analyse économique doit rechercher son impact sur le bien-être global, grâce notamment aux gains d'efficacité. Suivant ce cadre de pensée, le monopole n'est plus perçu comme négatif en tant que tel, notamment en cas de positions dominantes. L'affectation du surplus du consommateur (*i.e.* la différence entre ce que paie un consommateur et ce qu'il serait prêt à payer), n'est pas *per se* négative pour le bien-être global (comprenant le bien-être du consommateur, mais aussi des producteurs). Soutient de l'École de Chicago, le juge Robert Bork a profondément influencé la doctrine juridique et la jurisprudence par son ouvrage, *The Antitrust Paradox*, réinterprétant à l'aune du critère du bien-être consommateur, les intentions du législateur lors du passage du Sherman act. Bien que ne concernant pas une affaire de concentration voir, par exemple *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36 (1977), où la Cour suprême a adopté pour la première fois une *opinion* s'inspirant de l'analyse économique proche de la pensée de l'École de Chicago. Voir, R. H. BORK, *The antitrust Paradox, a policy at war with itself*, Bork Publishing LLC, 1978, ed. 2021. Cf., I. SCHMIDT, J.B. RITTALER, *A Critical Evaluation of the Chicago School of Antitrust*, Kluwer Academics, 1989 ; H. HOVENKAMP, *The Antitrust Enterprise: Principle And Execution*, Harvard University Press, 2005.

idéologiques implicites et antagonistes<sup>23</sup>. Loin de constituer un débat théorique d'arrière-garde, les deux systèmes de pensée continuent de s'opposer aujourd'hui, comme l'illustre la publication le 19 juillet 2023 du nouveau projet de *Merger guidelines*<sup>24</sup> de la *Federal trade commission* (FTC ci-après) et du *Department of Justice* (DOJ ci-après).

Au sein du droit de la concurrence, le droit des concentrations a pour objet de veiller au respect de la concurrence, spécifiquement lors de la réalisation d'opérations de transfert ou d'unification du centre décisionnel entre deux ou plusieurs entreprises. Cela peut se produire à l'occasion de l'acquisition d'un concurrent - on parlera de concentration « horizontale » ; pour pénétrer un secteur réglementé ou un nouveau marché de produits ou géographique, la concentration réunira des entreprises non ou peu concurrentes et sera plutôt de nature « conglomérale » ; pour permettre la réalisation d'économie-d'échelle<sup>25</sup>, l'opération visera à unir des entreprises qui se trouvent à différents niveaux de la chaîne de production et prendra l'appellation de concentration « verticale »<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> Les tenants de l'École d'Harvard, ou appelée « structuraliste », mettent en relation le degré de concentration avec l'existence de pouvoir de marché. Ils sont favorables à un contrôle plus strict des concentrations. H. PAGE, *The Ideological Origins and Evolution of U.S. Antitrust Law, Issues in Competition Law and Policy - ABA Section of Antitrust*, 2008, p.2.

<sup>23</sup> *Idem*.

<sup>24</sup> Le DOJ et la FTC ont publié un projet de lignes directrices du contrôle des concentrations, soumis aux commentaires jusqu'au 18 septembre 2023. Les lignes directrices sont des instruments fondamentaux créés à destination des entreprises dans le but de leur permettre d'évaluer quelle appréciation sera faite par les autorités de contrôle de leur opération au regard des règles de fonds. D'expression structuraliste, le projet de *guidelines* (toujours en cours de consultation au 23/10/2023) a pour objectif une lutte volontariste contre les marchés concentrés, avec comme mesure principale l'abaissement de l'indice Herfindahl-Hirschman déterminant le seuil de concentration acceptable, mais intègre aussi plus exceptionnellement dans ses motivations, les effets négatifs des pouvoirs de marchés sur les salaires et les conditions de travail des employés. Il mêle en son sein les concentrations verticales (entre fournisseurs et clients) et les concentrations horizontales (entre concurrents). Voir, Council of Economic Advisers, *Protecting Competition Through Updated Merger Guidelines*, brief, 19 juillet 2023, disponible en ligne : <https://www.whitehouse.gov/cea/written-materials/2023/07/19/protecting-competition-through-updated-merger-guidelines/> ; FTC, Statement of Commissioner Alvaro M. Bedoya Joined by Chair Lina M. Khan and Commissioner Rebecca Kelly Slaughter Regarding the Proposed Merger Guidelines Issued by the Federal Trade Commission & U.S. Department of Justice, 19 juillet 2023, disponible en ligne : [https://www.ftc.gov/system/files/ftc\\_gov/pdf/p234000\\_merger\\_guidelines\\_statement\\_bedoya\\_final.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/p234000_merger_guidelines_statement_bedoya_final.pdf). Cf. C.S. WILSON, A. S. CELLA, Deconstructing the Worldview of the Neo-Brandeisians Through Marxism and Critical Legal Studies, *Georges Mason Law Review*, Vol. 29, Issue 4, disponible en ligne : [https://lawreview.gmu.edu/print\\_issues/deconstructing-the-worldview-of-the-neo-brandeisians-through-marxism-and-critical-legal-studies/](https://lawreview.gmu.edu/print_issues/deconstructing-the-worldview-of-the-neo-brandeisians-through-marxism-and-critical-legal-studies/).

<sup>25</sup> J-M. MOULIN-, *Fusion, scission et apport partiels d'actif*, Dalloz, Coll. Corpus, 2019, p. 13.

<sup>26</sup> *Idem*.

## I. Objet de l'étude et délimitation du sujet.

La présente étude porte sur l'efficacité du contrôle des concentrations à travers l'analyse comparative des modèles américain et européen. Le modèle s'entend comme « *le schème de référence* » où s'intègre et repose le dispositif juridique du contrôle des concentrations dans chacun des systèmes, il limite le champ des investigations d'un point de vue territorial, aux États-Unis d'Amérique et au sein de l'Union européenne, mais aussi politique, puisque nous n'explorons que le droit fédéral et le droit européen des concentrations, à l'exclusion par principe des droits étatiques ou sectoriels existant au sein de chacun des systèmes.

Les acceptions du terme « contrôle » permettent de rendre compte d'emblée des dissemblances structurelles et philosophiques existant entre les deux systèmes. Le *contrôle* doit s'entendre selon le dictionnaire de l'Académie française dans le sens premier de « vérification ». Son étymologie renvoie à l'action de vérifier le *rôle*, par un *contre rôle*<sup>27</sup>. Il se distingue de *control* en anglais qui a le sens de « maîtrise » ou de « conduite »<sup>28</sup>.

Le dispositif juridique objet de la présente recherche n'apparaît donc jamais aux États-Unis sous le nom, de « *merger control* », mais de « *merger review* » ou de « *premerger notification program* », à l'inverse de l'Union européenne qui se réfère à l'expression de « *merger control procedure* ». Il est facile de comprendre l'hostilité de commentateurs outre-Atlantique envers un mécanisme qui viendrait « se rendre maître » des opérations de croissance externe plutôt que d'en vérifier la compatibilité avec le marché<sup>29</sup>.

Le contrôle des concentrations s'organise au travers d'une procédure administrative contraignante mettant en œuvre des critères économiques et juridiques d'appréciation au fond, dans le but de déterminer si une concentration porte atteinte à la concurrence<sup>30</sup>. Ce contrôle peut être effectué *a priori* ou *ex ante*, avant que l'opération ne se réalise ou *a*

---

<sup>27</sup> Académie française, *Dire et ne pas dire*, Philippe Rey, 2023, p.144.

<sup>28</sup> *Idem*.

<sup>29</sup> N. PHILLIPS, The Repeal of Hart Scott-Rodino, *Global Competition Review*, 06 octobre 2021, en ligne : <https://globalcompetitionreview.com/gcr-usa/article/the-repeal-of-hart-scott-rodino> ; T. J. MURIS, Neo-Brandeisian Antitrust: Repeating History's Mistakes, *American Enterprise Institute*, Working Paper, Janvier 2023 ; C.S. WILSON, *The Neo-Brandeisian Revolution: Unforced Errors and the Diminution of the FTC*, Remarks for the ABA Antitrust Law Section's 2021 Fall Forum, 9 novembre 2021.

<sup>30</sup> V. VIALLARD, Le critère d'appréciation substantielle des concentrations. Étude comparée des droits communautaire et américain, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Vol. 67, 2007, p.19.

*posteriori* ou *ex post*, lorsque celle-ci est déjà formée<sup>31</sup>. Lorsqu'il s'effectue *a priori*, l'objet du contrôle est d'accompagner les opérations de croissance externe des entreprises afin de prévenir l'apparition de pouvoirs de marché<sup>32</sup>. Il a été institué aux États-Unis par le *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act*<sup>33</sup> (HSR Act ci-après) et en Europe par le Règlement du Conseil du 21 décembre 1989<sup>34</sup>, entièrement refondu en 2004<sup>35</sup>.

Le contrôle *a posteriori*, s'entend lui, de deux manières. Il est utilisé aux fins de recherches scientifiques pour évaluer l'efficacité des décisions des autorités de contrôle et des outils économétriques ou plus largement les effets des concentrations sur un marché donné<sup>36</sup>. Il peut aussi servir un objectif analogue au contrôle *a priori*, à la différence que ses conséquences sur les entreprises et la concurrence sont réputées irrémédiables<sup>37</sup>. Ce contrôle *a posteriori* est fondé aux États-Unis sur la section 7 du *Clayton Act* de 1914, qui vise pour la première fois de manière directe et explicite les fusions comme pouvant être interdites dans le cas où elles auraient pour effet « *substantially to lessen competition or*

---

<sup>31</sup> Dans la présente étude, l'utilisation de l'expression « *contrôle des concentrations* » se réfèrera par principe à la procédure administrative *a priori*.

<sup>32</sup> En droit européen, le règlement (CE) N° 139/2004, (4), du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises rappelle que « *de telles restructurations doivent être appréciées de manière positive pour autant qu'elles [...] soient de nature à augmenter la compétitivité de l'industrie européenne, à améliorer les conditions de la croissance et à relever le niveau de vie dans la Communauté* ». Dans le même sens les autorités de concurrence américaine « *seek to identify and challenge competitively harmful mergers while avoiding unnecessary interference with mergers that are either competitively beneficial or neutral* », Horizontal Merger Guidelines, U.S Department of Justice and the federal Trade Commission, Issued, August 19, 2010, p.1, [en ligne] <http://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2010/08/19/hmg-2010.pdf>

<sup>33</sup> Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act, promulgué le 30 septembre 1976, codifié à l'article 15 U.S.C. § 18a., <http://uscode.house.gov>.

<sup>34</sup> Règlement du Conseil (CEE) N° 4064/89 du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentrations entre entreprises.

<sup>35</sup> Règlement (CE) N° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, modifie substantiellement tant la procédure que le critère d'appréciation substantielle des concentrations en établissant que « *toute concentration qui entraverait de manière significative une concurrence effective, dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, devrait être déclarée incompatible avec le marché commun* ». Cf. Règlement (CE) N° 139/2004, Considérant 25, précité.

<sup>36</sup> Voir la publication des études *ex post* par la FTC par le *Bureau of Economics*, <https://www.ftc.gov/policy/studies/merger-retrospective-program/overview>, ainsi que celles publiées sur le site de la Commission européenne par des organismes extérieurs : [https://competition-policy.ec.europa.eu/mergers/publications\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/mergers/publications_en).

<sup>37</sup> La métaphore « *unscrambling the eggs* » est l'expression consacrée pour évoquer l'inefficacité des démantèlements d'entreprises au regard des coûts sociaux et économiques qu'ils engendrent. Il semblerait que l'expression ait été utilisée dans cette acception dès le début du 20<sup>e</sup> siècle, dans le journal « *The Voter* » rapportant l'application du Sherman Act au contentieux de la *Pacific Union*. Voir, *The Voter Company*, 1912, p.22. L'expression sera reprise dans les travaux congressionnels lors des votes du Clayton Act en 1914 puis du HSR Act en 1976 (Voir par exemple, Déclaration de John H. Dougherty, *in*, Senate Hearings in the Records of the U. S. Senate and Joint Committees of Congress, 1972, p. 438), mais aussi dans les opinions des juges ( voir par ex. , *Sonesta Int'l Hotels Corp. c. Wellington Assocs*, 483 F.2d 247, 250 (2d Cir. 1973 : « *une fois que l'offre d'achat a été consommée, il devient difficile, et parfois virtuellement impossible, pour un tribunal de « débrouiller les œufs* »).

*to restrain trade between the corporations, or tend to create a monopoly* »<sup>38</sup> sans enserrer le dispositif dans un étai temporel.

C'est le contrôle *a priori* en tant qu'instrument prophylactique qui est au centre de cette thèse<sup>39</sup>. Sont placées hors de notre champ d'investigation les aides d'état ainsi que les pratiques et comportements anticoncurrentiels tels que les abus de position dominante et les ententes.

L'approche choisie pourrait consister à déterminer si cette procédure administrative, dont le bien-fondé est périodiquement remis en cause, est efficace du point de vue économique<sup>40</sup>, c'est-à-dire si elle parvient à maintenir la concurrence à un niveau optimal. Or, l'émergence de marchés de plus en plus concentrés et l'apparition de monopoles, particulièrement dans le secteur technologique, semblent indiquer une impuissance des autorités publiques à appréhender de manière efficace la croissance des entreprises. Des sociétés comme Amazon, Apple, Meta, Microsoft et Alphabet ont pu acquérir en vingt ans, environ 900 entreprises<sup>41</sup> et des études économétriques ont montré le lien direct entre ces fusions et acquisitions et l'existence actuelle de positions dominantes et de monopoles<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> Codifié au 15 U.S.C. §12. Voir : <https://uscode.house.gov>.

<sup>39</sup> Le contrôle *a posteriori* n'est pas ignoré. Il tient, en effet, une part croissante, mais incidente au contrôle *a priori*.

<sup>40</sup> Comme Yves-Marie Laithier le souligne, « la notion d'efficacité économique n'étant pas arrêtée, une précaution méthodologique élémentaire consiste à retenir une définition ». L'efficacité économique a une finalité pratique. Le droit affecte (au sens de produire des effets) « le monde réel ». Le théorème de Coase cherchait à mettre en exergue que « le droit a des répercussions directes sur le fonctionnement du système économique et en particulier sur son degré d'efficacité ». Dans cette perspective, les autorités de concurrence doivent faire le choix d'une règle ou d'une décision par rapport aux conséquences économiques. Le contrôle des concentrations s'inscrit dans cet objectif puisqu'il tente de réduire le risque de la création ou le renforcement de positions dominantes. Voir, Y-M LAITHIER, Le droit comparé et l'efficacité économique, Revue du droit Henri Capitant, N°1, 1er octobre 2010.

<sup>41</sup> G. PARKER, G. PETROPOULOS AND M. VAN ALSTYNE, Platform Mergers and Antitrust, *Industrial and Corporate Change*, 30, 2021 ; M. S. PATEL, Merger Breakups, *Working Paper*, 15 janvier 2020, disponible en ligne : [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3469984](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3469984) ; Competition in the Digital Economy: New Technologies, Old Economics, Economic Report of the President, 2023, disponible en ligne : <https://www.govinfo.gov/content/pkg/ERP-2023/pdf/ERP-2023-chapter7.pdf>.

<sup>42</sup> Le 26 septembre 2023, la FTC a décidé de poursuivre Amazon pour monopole illégal, en coordination de dix-sept *state attorneys general*. Voir, FTC Sues Amazon for Illegally Maintaining Monopoly Power, Press release, 26 septembre 2023, disponible en ligne : [https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2023/09/ftc-sues-amazon-illegally-maintaining-monopoly-power?utm\\_source=govdelivery](https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2023/09/ftc-sues-amazon-illegally-maintaining-monopoly-power?utm_source=govdelivery) ; le DOJ poursuit Alphabet aux côtés de huit *State attorneys general*, pour abus monopolistique sur le marché de la publicité en ligne. Dans l'Union européenne, Amazon a trouvé un accord avec la Commission européenne après avoir fait l'objet d'un *statement of objection* le fondé sur l'article 102 TFUE, pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché du commerce électronique. Voir, Commitment to the European Commission, 02/03/2023, Case COMP/AT.40462 and Case COMP/AT.40703 – Amazon, chrome-  
exten-

Aux États-Unis, les secteurs du ciment<sup>43</sup>, des hôpitaux<sup>44</sup>, des assurances santé<sup>45</sup>, les semences, les produits chimiques industriels et les opérateurs de téléphonie mobile, entre autres, subissent les conséquences des pouvoirs de marché avec des taux de nouveaux entrants très bas et une baisse des revenus des travailleurs<sup>46</sup>. En Europe, l'augmentation semble plus modérée, mais la Commission reconnaît que la part des industries à fortes concentrations a considérablement augmenté<sup>47</sup>. Il a été déterminé que les autorités de concurrence peuvent commettre deux catégories d'erreurs. Un premier type, le « type I » correspond aux cas où l'autorité de concurrence est intervenue alors que la concentration ne présentait pas ou peu de risques pour la concurrence, le second, le « type II », sont ceux où le contrôle a été défaillant : la concentration a été examinée, mais n'a pas été identifiée comme dangereuse<sup>48</sup>. L'intensité de la concurrence diminuant mécaniquement à mesure que la concentration augmente, il est facile de créer un rapport de cause à effet

si-

on://efaidnbmnnnibpcjpcglclefindmkaj/https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases1/202252/AT\_40703\_8825092\_1476\_4.pdf.

<sup>43</sup>R. B. KULICK, Ready-to-Mix: Horizontal Mergers, Prices, and Productivity, *US Census Bureau Center for Economic Studies Paper*, No. CES-WP-17-38, disponible en ligne : [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2637961](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2637961)

<sup>44</sup>M. GAYNOR, R.J. TOWN, *The Impact of Hospital Consolidation – Update, Report number: Policy Affiliation: Robert Wood Johnson Foundation, The Synthesis Project*, Brief No. 9, [https://www.researchgate.net/publication/283910115\\_The\\_Impact\\_of\\_Hospital\\_Consolidation\\_-\\_Update](https://www.researchgate.net/publication/283910115_The_Impact_of_Hospital_Consolidation_-_Update).

<sup>45</sup>L. DAFNY, M. DUGGAN, S. RAMANARAYANAN, Paying a Premium on Your Premium? Consolidation in the US Health Insurance Industry, *American Economic Review* 2012, 102(2): 1161–1185 <http://dx.doi.org/10.1257/aer.102.2.1161>.

<sup>46</sup>Voir plus largement J. DE LOECKER, J. EACKHOUT, G. UNGER, The Rise of Market Power and Macroeconomic Implications, *The Quarterly Journal of Economics*, Volume 135, Issue 2, Mai 2020, pages 561–644.

<sup>47</sup>European Commission, Directorate-General for Competition, Modelling the macroeconomic impact of competition policy: 2021 update and further development, 2022 p.31 ; European commission, Competition policy brief, issue 2021/02, Novembre 2021, disponible en ligne : [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcjpcglclefindmkaj/https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-12/Competition%20Policy%20Brief%20-2021\\_Industry%20concentration%20and%20competition%20policy.pdf](chrome-extension://efaidnbmnnnibpcjpcglclefindmkaj/https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-12/Competition%20Policy%20Brief%20-2021_Industry%20concentration%20and%20competition%20policy.pdf). Voir aussi,

G. GUTIERREZ, T. PHILIPPON, How EU Markets Became More Competitive Than US Markets A Study of Institutional Drift, 2020, disponible en ligne : [http://germangutierrezg.com/GutierrezPhilippon\\_Europe\\_2020.pdf](http://germangutierrezg.com/GutierrezPhilippon_Europe_2020.pdf) ; G. KOLTAY, S. LORINCZ, T. VALLETTI, *Concentration and competition: Evidence from Europe and implications for policy*, 2021, disponible en ligne : <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcjpcglclefindmkaj/https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=895008008009094083017071126011016119019084025012059023087067116099073118105030012070117058032027051013021106086098108124092125008090090084081024108081091121079027069078083001116114111113014065070083096027029103008020106014107094001080026073076092122&EXT=pdf&INDEX=TRUE>.

<sup>48</sup>En l'état des connaissances de l'autorité de contrôle. Par exemple, une concentration peut provoquer des fusions subséquentes dont l'autorité ne pouvait avoir connaissance; Voir, J. FURMAN, *Market Concentration, Hearing on Market Concentration*, Notes, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, OECD, 7 juin 2018, disponible en ligne: [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcjpcglclefindmkaj/https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)67/en/pdf](chrome-extension://efaidnbmnnnibpcjpcglclefindmkaj/https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)67/en/pdf).



entre l'augmentation des prix faisant suite à une concentration approuvée sans condition ou à des conditions insuffisantes, et la commission d'une erreur de type II. Or, pour les économistes en organisation industrielle, cette augmentation ne peut pas toujours être imputable à un pouvoir de marché ; elle peut résulter d'autres facteurs comme l'augmentation des investissements en coûts fixes pour les nouvelles technologies ou la différenciation accrue des produits<sup>49</sup>. Dans ces situations le contrôle serait inefficace car dans l'impossibilité technique de remplir son office.

Face aux batailles de chapelles économiques, il y a les sonnailles des autorités de concurrence qui se soumettent chaque année à des mesures *d'accountability* pour justifier de leur conduite et de leur existence<sup>50</sup>. En 2022, la Commission européenne a déclaré selon une analyse particulière<sup>51</sup> avoir permis par son action en matière de contrôle des concentrations une économie aux consommateurs variant entre 16,1 et 26,8 milliards d'euros, en fonction de l'hypothèse faite sur le niveau de la hausse des prix évitée<sup>52</sup>. La FTC et le DOJ auraient, selon leur calcul métrique, permis 2,28 milliards de dollars d'économie au consommateur la même année<sup>53</sup>.

Penser l'efficacité en termes purement économique reviendrait à adopter une posture utilitariste. Orienté vers une « *perspective conséquentialiste, dominée par le critère du résultat* »<sup>54</sup>, l'utilitarisme a une conception instrumentale du droit ; dans ce système de pensée « *ne doivent subsister que les règles conformes aux résultats du calcul des*

---

<sup>49</sup> J. DE LOECKER , J. EECKHOUT, G. UNGER, *The Rise of Market Power and the Macroeconomic Implications*, 15 novembre 2019, <http://www.janeeckhout.com/wp-content/uploads/RMP.pdf> ; S. GANAPATI, *Oligopolies, Prices, Output, and Productivity*, *American Economic Journal: Microeconomics* 2021, 13(3), p. 309–327, disponible en ligne : <https://doi.org/10.1257/mic.20190029>.

<sup>50</sup> Au nom d'un intérêt social, l'action administrative se soumet elle-même à des contraintes qui comprennent la mise en place de mécanismes de mesures de l'efficacité des autorités de contrôle par des indicateurs de performances. Voir en général, M. BOVENS, R.E. GOODIN, T. SCHILLEMANS (sous la direction de), *The Oxford Handbook of Public Accountability*, Oxford University Press, 2014.

<sup>51</sup> La DG concurrence explique son approche par un calcul tenant compte de l'augmentation probable des prix évitée évaluée entre 3% et 5%, de la taille totale (en valeur) du marché de produits concerné et enfin de la durée prévue de l'augmentation des prix évitée, *i.e.*, avant que le marché puisse s'autocorriger Voir, DG Competition, *Annual activity report competition 2022*, 2022, Note bas de page 15, p. 10.

<sup>52</sup> DG Competition, *Annual activity report competition 2022*, 2022, p. 10.

<sup>53</sup> Au cours de l'exercice 2022, la FTC a mené 18 en matière de fusions et 2 en matière de comportement. Voir, Federal Trade Commission Annual Performance Report for Fiscal Year 2022 and Annual Performance Plan for Fiscal Years 2023 to 2024, p.12 disponible en ligne :

[https://www.ftc.gov/system/files/ftc\\_gov/pdf/p859900fy22apr\\_fy23-24app.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/p859900fy22apr_fy23-24app.pdf) ; *Federal Trade Commission Data Quality Appendix Last Updated: September 7, 2023*,, disponible en ligne : [https://www.ftc.gov/system/files/ftc\\_gov/pdf/Data-Quality-Appendix-FY22-26.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/Data-Quality-Appendix-FY22-26.pdf)

<sup>54</sup>T. BERNS, L'efficacité comme norme, *Dissensus Revue de philosophie politique de l'Ulg*, N° 4, Avril 2011, p. 150.

conséquences »<sup>55</sup>. La pensée utilitariste évalue, en effet, les actions par rapport à leurs résultats, en dépit de toute considération pour leurs « motifs »<sup>56</sup>, leurs « sources »<sup>57</sup> ou encore sur « l'autorisation »<sup>58</sup> qu'elles auraient pu obtenir. La règle de droit devient un médium mis aux fins de l'accomplissement de buts qui lui sont extérieurs. Certes, le droit de la concurrence reste ce droit économiquement « encodé »<sup>59</sup> conçu comme « l'ensemble de règles et des décisions [...] agencées en considération des effets qu'ils font produire »<sup>60</sup>, qui a le souci de finalités économiques qu'il porte en lui. L'analyse juridique peut-elle se satisfaire de ce rapport « moyen/fin »<sup>61</sup>, qui amène inexorablement la réalisation d'évaluations quantitatives de performance et l'analyses de données<sup>62</sup> ? Pour Yves-Marie Laithier « la limite de l'instrument tient à sa scientificité apparente, une apparence qui laisse à celui qui l'invoque le loisir de dissimuler ses choix partisans. Face à cette situation, il appartient aux juristes en général et aux comparatistes en particulier de dévoiler la dimension de l'argumentation cachée derrière »<sup>63</sup>.

L'étude de l'efficacité d'un système ne peut donc se contenter d'une position qui n'examinerait que les effets attendus, concept qui comme l'explique le philosophe François Jullien est « à la fois trop causal et trop purement explicatif (...) trop coupé de la procédure d'ensemble »<sup>64</sup>.

L'efficacité repose donc sur d'autres facteurs. Selon Jullien, notre conception occidentale est née de la philosophie grecque antique qui consiste à penser en termes de moyens et de fin. Le but à atteindre, le « telos »<sup>65</sup> apparaît comme une forme idéale « eidos »<sup>66</sup>, et

---

<sup>55</sup> L. SFEZ, Utilitarisme (utilitarisme classique et droit), in., *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (sous la dir. de), Éd. Presses Universitaires de France, Coll. Quadrige Dicos Poche, 2003, p. 1499.

<sup>56</sup> *Id.* p.151

<sup>57</sup> *Ibid.*

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> Par référence à la thèse de R. LANNEAU, *Les fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics*, 10 déc. 2009, à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, p.1 et s., (disponible en ligne:[http://tel.archivesouvertes.fr/docs/00/49/80/26/PDF/les\\_fondements\\_epistemologiques\\_du\\_mouvement\\_law\\_economics.pdf](http://tel.archivesouvertes.fr/docs/00/49/80/26/PDF/les_fondements_epistemologiques_du_mouvement_law_economics.pdf)).

<sup>60</sup> M-A FRISON-ROCHE, L'efficacité des décisions en matière de concurrence : notions, critères, typologie, *Petites Affiches*, n° spécial 28 décembre 2000, p. 4-10.

<sup>61</sup> F. JULLIEN, *Traité de l'efficacité*, LDP, Coll. Biblio Essai, LGF, 2002, p.59.

<sup>62</sup> Les chercheurs se sont intéressés dès la fin des années 1970 à l'évaluation des performances des autorités de concurrence aux États-Unis en tentant de mesurer l'impact des politiques de concurrence passées au regard des performances économiques et du bien-être des consommateurs. W. KOVACIC, The Modern Evolution of U.S. Competition Policy Enforcement Norms, *Antitrust Law Journal*, N° 2, 2003, p.377 et s.

<sup>63</sup> Y-M LAITHIER, Le droit comparé et l'efficacité économique, *Revue du droit Henri Capitant*, N°1, 1er octobre 2010.

<sup>64</sup> F. JULLIEN, *Traité de l'efficacité*, LDP, Coll. Biblio Essai, LGF, 2002, p.189.

<sup>65</sup> *Ibid.*

l'efficacité « réside dans la réussite de l'application du modèle choisi au réel, de telle manière que celui-ci s'y conforme »<sup>67</sup>. Plus usuellement, l'efficacité se définit comme étant « la propriété de ce qui atteint son but »<sup>68</sup>.

Du point de vue de la théorie juridique, comme l'écrit Marie-Anne Frison-Roche, un phénomène est efficace « lorsque le lien qu'il produit avec son effet n'est pas simplement situé dans l'a posteriori, mais encore situé dans l'a priori »<sup>69</sup>; alors que selon Norbert Bobbio dans *Teoria generale del diritto*, l'efficacité (« *efficacia* ») pose « le problème de savoir si la norme est ou non suivie par les personnes à qui elle est destinée »<sup>70</sup>. Le réalisme est présenté par Bobbio comme étant le courant théorique mettant l'accent sur « l'*efficacia* » plus que sur la validité ou la justice. Ainsi, le courant réaliste « ne regarde pas [le droit] comme un ensemble de normes valides, mais comme des normes qui sont effectivement appliquées dans une société déterminée »<sup>71</sup>. L'efficacité induit « qu'on a posé l'effet à atteindre et que le phénomène en acte l'a effectivement produit »<sup>72</sup>.

Pour Marie-Anne Frison-Roche, l'efficacité suppose et dépasse l'effectivité ; il serait « l'état le plus achevé de l'action humaine » et restaurerait les comportements vertueux en y imprimant une volonté<sup>73</sup>.

L'effectivité et l'efficacité se distinguent tout en gardant des liens étroits<sup>74</sup>, l'efficacité n'ayant dans une conception classique que peu d'autonomie. Une décision serait-elle efficace seulement parce qu'elle exécuterait la règle, la rendant ainsi effective ? L'efficacité d'une décision ou d'un dispositif ne peut se réduire à l'effectivité de la règle ; il faut encore que la décision se réalise dans les faits et remplisse les effets économiques et sociaux désirés. Sinon elle n'aurait plus d'existence. À l'instar de l'efficacité, l'effectivité d'une norme dans son acception classique repose « soit sur la conformité des comportements suivis par ses destinataires (...), soit sur la sanction prononcée contre

---

<sup>66</sup> Y-M LAITHIER, Le droit comparé et l'efficacité économique, *Revue du droit Henri Capitant*, N°1, 1er octobre 2010.

<sup>67</sup> D. PIERET, Efficacité et efficacité selon François Jullien, *Dissensus Revue de philosophie politique de l'Ulg*, N° 4, Avril 2011, p. 72-73.

<sup>68</sup> T. BERNIS, L'efficacité comme norme, *Dissensus Revue de philosophie politique de l'Ulg*, N° 4, Avril 2011, p. 150.

<sup>69</sup> M-A FRISON-ROCHE, L'efficacité des décisions en matière de concurrence : notions, critères, typologie, *Petites Affiches*, n° spécial 28 décembre 2000, pp. 4-10.

<sup>70</sup> N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Turin, G. Giappichelli Editore, 1993, p. 23. Cité par Véronique Champeil-Desplats, *Penser l'efficacité de la norme*, Keio Hôgaku, 2014, pp.368-378.

<sup>71</sup> *Idem.*, p.38

<sup>72</sup> *Ibid.*

<sup>73</sup> *Ib.*

<sup>74</sup> Y. LEROY, « La notion d'effectivité du droit », dans *Droit et société*, 2011/3, n° 79, p. 715-732.

ceux qui ne respectent pas la règle »<sup>75</sup>. Selon Marie-Anne Frison-Roche, lorsque la loi est enfreinte, c'est la sanction qui restaure l'effectivité du droit<sup>76</sup>. L'ineffectivité d'une norme peut être constatée lorsque l'obligation qu'elle dicte n'est pas « appliquée », soit parce que le contrôle est insuffisant, soit parce que « sa violation n'est pas sanctionnée de manière suffisamment adéquate »<sup>77</sup>.

Enfin, l'efficience se définit comme « l'usage rationnel des moyens que l'on dispose pour atteindre des objectifs fixés au préalable. Il s'agit de la capacité d'atteindre les objectifs et les buts envisagés tout en minimisant les moyens engagés et le temps, réunissant ainsi à leur optimisation »<sup>78</sup>. Plus exactement, l'efficience « compare les ressources investies dans une loi ou une politique publique et les résultats obtenus »<sup>79</sup>. Il y a néanmoins des difficultés à traduire « efficacy » et « efficiency ». Bruno Lasserre relevait en effet qu'en anglais « being efficient goes further than (being effective). It means, first, being capable of bringing about the desired effects, of performing a predefined task. In that sense 'efficient' corresponds to the French word 'efficace'. But also it relates, second, to how well one brings about these desired effects, to how well one performs that task. In that sense, efficient corresponds to another French term, 'efficient' ».<sup>80</sup> L'efficience participe ainsi de l'efficacité, dans le sens où un dispositif ne sera efficace que si les moyens mis en œuvre pour appliquer la règle sont rationnels et proportionnés au but poursuivi. Le philosophe François Jullien ajoute que l'efficacité se trouve dans « l'adéquation » des moyens avec la fin<sup>81</sup>. Efficacité, effectivité et efficience sont donc reconnues comme distinctes dans l'unité d'une seule substance.

En matière de contrôle des concentrations, les règles et décisions ne s'expriment pas de la même façon que l'on se place dans l'Union européenne ou aux États-Unis. D'abord d'un point de vue institutionnel, le contrôle *a priori* des concentrations est opéré dans l'Union

---

<sup>75</sup>Idem.

<sup>76</sup>M-A FRISON-ROCHE, L'efficacité des décisions en matière de concurrence : notions, critères, typologie, *Petites Affiches*, n° spécial 28 décembre 2000, pp. 4-10.

<sup>77</sup>Y. LEROY, « La notion d'effectivité du droit », dans *Droit et société*, 2011/3, n° 79, p. 715-732.

<sup>78</sup><http://lesdefinitions.fr/efficience>

<sup>79</sup>A. FLÜCKIGER, L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois, *Revue européenne des sciences sociales*, TOME XLV, 2007, N° 138, pp. 83-101.

<sup>80</sup>B. LASSERRE, « Efficiency », 2d ASCOLA Conference – Economic Theory and Competition Law, Paris, 9/12/2006.

<sup>81</sup>F. JULLIEN, *Traité de l'efficacité*, LDP, Coll. Biblio Essai, LGF, 2002, p.60. Le dictionnaire de théorie et de sociologie du droit réitère la condition « d'adéquation », selon cette définition, qui vise toutefois spécifiquement la norme, l'efficacité est « le mode d'appréciation des conséquences des normes juridiques et de leur adéquation aux fins qu'elles visent ». Voir. A-J ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.DJ, Coll. Anthologie du droit, 2d Ed., 2018, p. 219.

européenne par un organe unique, la Commission européenne, alors que les États-Unis articulent leur contrôle autour de deux institutions organiquement dissociées, la FTC et le DOJ. C'est à ces organes dédiés que les entreprises notifient leur volonté de s'unir.

Aux États-Unis, les deux agences fédérales partagent la compétence de contrôler *a priori* les concentrations au titre de la Section 7 du *Clayton Act* qui prohibe les transactions ayant pour effet « *substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly* »<sup>82</sup>. Toutefois, le DOJ et la FTC ne possèdent pas un système de distribution clair des affaires. Dans la pratique, ces deux organes se notifient mutuellement la demande d'enquêter sur une transaction particulière lors d'une procédure appelée « *clearance process* »<sup>83</sup>. Cette spécificité, qui ne résulte pas d'un parti pris délibéré élaboré pour la mise en œuvre d'une politique de concurrence, a pour effet d'introduire inefficiences et coûts additionnels pour le secteur privé comme pour les organes de contrôle eux-mêmes.

Alors que la Commission européenne jouit en Europe d'une compétence exclusive pour les transactions susceptibles d'avoir des répercussions sur le marché commun, à travers un dialogue avec le réseau européen de concurrence, l'organisation politique fédérale des États-Unis place le DOJ et la FTC dans un système décentralisé où de multiples acteurs ont la possibilité de prendre part. Dans ce cadre, non seulement les parties privées et les États peuvent-ils intervenir dans la procédure, mais ces mêmes États ainsi que les autorités de régulation sectorielle<sup>84</sup> ont la compétence d'introduire un contrôle concurrent à celui initié par les autorités fédérales

Enfin, les deux systèmes se distinguent par la fonction attribuée au juge dans le déroulement de la procédure de contrôle. Aux États-Unis, la FTC et le DOJ n'ont pas le

---

<sup>82</sup> Le Clayton Act de 1914 a été modifié substantiellement par le Celler-Kefauver Act de 1950. La section 7 a été codifiée à l'article 15 de l'U.S.C § 18 et consultable en ligne: <http://uscode.house.gov> . La FTC jouit d'une seconde base légale pour intervenir en matière de concentration en se fondant sur la Section 5 (1) du Federal Trade Commission Act de 1914, qui proscrie les « *unfair methode of competition* ». Selon William Kovacic, cette section a été interprétée par les cours fédérales afin d'offrir à la FTC la possibilité d'interdire une concentration conforme aux standards établis par les agences dans leurs « *guidelines* ». Son utilisation est toutefois rare. Cf. W. E. KOVACIC, M. WINERMAN, Competition Policy and the Application of Section 5 of the Federal Trade Commission Act, *Antitrust Law Journal*, 72, 929, 931-35 (2010) (cet article identifie les principales motivations du Congrès dans l'institution de la section 5 du Federal Trade Commission Act). La Section 5 du FTC act est codifiée à l'article 15 U.S.C. § 45.

<sup>83</sup> Pour un examen approfondi de la procédure de contrôle, voir la partie II de la présente étude. Les agences ne requerront toutefois pas d'informations confidentielles tant que ce processus de clarification n'est pas clos.

<sup>84</sup> Les transactions s'opérant dans certaines industries sont sujettes à une procédure de contrôle administrative autonome par des autorités de régulation dédiées ; c'est le cas des secteurs de la télécommunication (avec la *Federal Communication Commission*), de la banque (*Federal Reserve*), de l'énergie (*Federal Energy Regulatory Commission*), de l'énergie nucléaire (*Nuclear Regulatory Commission*).

pouvoir d'empêcher la réalisation d'une opération de concentration par le seul prononcé d'une décision défavorable comme c'est le cas en Europe, où elles sont tout à la fois obligatoires et sanctionnées sous le contrôle du juge. Aux États-Unis, elles ont l'obligation d'obtenir cette interdiction devant une cour par une *permanent injunction*<sup>85</sup>.

Malgré la persistance d'un système multijuridictionnel décentralisé, il résulte que de nombreuses fusions qui n'ont pas été examinées ou même approuvées par les agences de la concurrence se sont révélées anticoncurrentielles. L'économiste John Kwoka a démontré par une exploitation extensive des informations publiées par les agences américaines ainsi que les données méta récoltées dans la littérature économique<sup>86</sup> que sur la totalité des concentrations notifiées, les agences n'ont attaqué que 35% des fusions ayant mené à des augmentations de prix constatées lors d'études *ex post*. L'absence d'action a donné lieu à une augmentation des prix de 10%<sup>87</sup>. Au-delà, sur la totalité des concentrations attaquées par les agences, les prix auraient augmenté de 7,71%, déterminant selon Kwoka, que les remèdes ont été inefficaces ou insuffisants.

Dans l'Union européenne, la Commission a reconnu, en 2022, une impuissance face à la multiplication du phénomène dit des « *killer acquisitions* »<sup>88</sup>. Pour Margaret Vestager commissaire à la concurrence, « *one which can respond to the challenges posed by these dynamic markets and the special features of some digital players. Whether for 'killer acquisitions' or other types of 'pre-emptive acquisitions', it is the dynamism of today's markets – in particular for pharma and tech – that makes this kind of targeted tool so vital.* ». Pour la commissaire « *The point being: the goals of our Merger Control policy have not changed, but the context in which we pursue those goals has evolved, and that is*

---

<sup>85</sup> À la différence de l'Antitrust Division du *Department of Justice*, la FTC possède en son sein un tribunal administratif qui ne l'oblige pas à abandonner la poursuite de sa demande d'interdiction à la suite d'un rejet par le juge judiciaire. Elle s'y contraint pourtant, depuis la réformation de la règle 3.26, Partie III des *Rules of Practice* de la FTC.

<sup>86</sup> John Kwoka a procédé à un traitement systématique des données de 1976 à 2006 et a identifié 49 transactions pour lesquelles il existe une étude rétrospective. Sur ces 49 transactions, 42 sont des fusions ; les autres sont des coentreprises ou des « codes shares » de compagnies aériennes (des arrangements marketings). J. KOWOKA, *Mergers, Merger control and Remedies*, The MIT Press, 2015, p. 239.

<sup>87</sup> J. KOWOKA, *Mergers, Merger control and Remedies*, The MIT Press, 2015, p. 239 note 7. Cf. pour une critique méthodologique du travail de Kwoka, M. VITA, F.D. OSINSKI, John Jwoka's Mergers, Merger Control, and Remedies : A Critical review, *Antitrust Law Journal*, Vol. 82, p. 362

<sup>88</sup> Les « *killers' acquisitions* » prennent la dénomination formelle de « *destructive acquisitions of nascent or potential competitors* ». Cette dénomination est apparue à la suite de la publication des économistes Colleen Cunningham, and Florian Ederer et Song Ma, *Killer Acquisitions*, postée le 12 septembre 2018, révisée le 28 octobre 2020, disponible en ligne: <https://economics.sas.upenn.edu/system/files/2019-07/SSRN-id3241707.pdf>.

*where flexibility comes in* »<sup>89</sup>. Dans ces cas, des cibles très innovantes, mais n'ayant pas encore atteint une taille critique, sont rachetées aux fins de neutraliser toute concurrence future sur leur marché, et passent à travers les mailles de la notification obligatoire *ex ante*<sup>90</sup> et du contrôle juridique de protection de la concurrence. L'étude aborde ainsi le cadre institutionnel dans lequel s'inscrivent les contrôles américain et européen de concentrations. Il convient de dessiner chacun des paysages dans lesquels s'intègrent les organisations et structures de ces contrôles. Les formes qu'elles prennent et le fonctionnement qu'elles adoptent apportent des éléments essentiels à l'analyse de leur efficacité.

### 1. Une approche centrée sur les formes institutionnelles

La question de l'efficacité des structures institutionnelles est une préoccupation relativement récente au regard de l'histoire du droit de la concurrence. Les études se sont plus souvent portées sur l'analyse des normes substantielles<sup>91</sup> dont l'application tend à produire un effet immédiat sur les marchés, davantage que sur les institutions qui les mettent en œuvre, alors même que ces formes institutionnelles et procédurales influent sur les résultats des politiques de concurrence<sup>92</sup>.

Dans le champ des sciences sociales, les institutions antitrust furent surtout l'objet des explorations des économistes ou des sociologues<sup>93</sup>, non des juristes. Pourtant, chez les

---

<sup>89</sup> M. VESTAGER, Speech at the International Bar Association 26th Annual Competition Conference in Florence "Merger control: the goals and limits of competition policy in a changing world, 9 septembre 2022, disponible en ligne : <https://ec.europa.eu/newsroom/comp/items/757307>.

<sup>90</sup> Voir, pour les États-Unis, FTC, *Nascent Competition: Are Current Levels of Enforcement Appropriate ?*, Hearings on Competition and Consumer Protection in the 21st Century, 16 octobre 2018, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/news-events/audio-video/audio/nascent-competition-are-current-levels-enforcement-appropriate> ; *Competition in Digital Technology Markets: Examining Acquisitions of Nascent or Potential Competitors by Digital Platforms*, Hearing before U.S. Senate Subcommittee on Antitrust, Competition Policy, and Consumer Rights, 24 septembre 2019, disponible en ligne : <https://www.judiciary.senate.gov/meetings/competition-in-digital-technology-markets-examining-acquisitions-of-nascent-or-potential-competitors-by-digital-platforms>.

<sup>91</sup> La majeure partie des études et monographies ne traitent que l'aspect substantiel du droit de concurrence ; Parmi les plus éminents ouvrages en droit antitrust américain : R. POSNER, *L'Antitrust Law* ; R. BORK, *The Antitrust Paradox* ; K. HYLTON ; *Antitrust: Economic Theory and Common Law Evolution* ; H. HOVENKAMP, *The Antitrust Enterprise*.

<sup>92</sup> Cf. S. P. CROLEY, *Theories of regulation: Incorporating the Administrative Process*, 98 *Columbia Law Review*, 1, 162-66 (1998), W. KOVACIK, *Competition policy in the European Union and the United States: Convergence or Divergence in the future treatment of dominant firms?*, *Competition Law International*, October 2008, p.15.

<sup>93</sup> Les sociologues ont une définition plus large de l'institution. Elle correspondrait selon eux à « *un mode de coordination sociale* ». Pour Durkheim les institutions correspondent aux « *manières de sentir, de penser et d'agir qui permettent au groupe de gérer leur problème d'interdépendance et*

économistes, les travaux des théoriciens de la nouvelle économie institutionnelle (« *New Institutionals Economics* ») ont permis de mettre à jour l'influence de la qualité des institutions comme facteur d'efficacité des politiques publiques<sup>94</sup>.

La structure et les performances des agences de concurrence font l'objet d'études poussées<sup>95</sup>, avec notamment des recherches centrées sur la place grandissante des économistes au sein des mécanismes décisionnels<sup>96</sup>. Leurs résultats sont aujourd'hui évalués par des organisations internationales, comme l'Organisation de Coopération de Développement Economique (OCDE ci-après) ou l'*International Competition Network* (ICN ci-après) qui a mis en place un groupe de travail chargé d'identifier et de diffuser les éléments clés qui participent au bon fonctionnement d'une agence de concurrence<sup>97</sup>. D'autres instituts privés comme la *Global Competition Review* publient depuis l'an 2000 un classement des quarante meilleures agences antitrust du monde au regard de standards parfois jugés inadéquats<sup>98</sup>. Toutes ces études ont pour effet d'entraîner une profonde quête de légitimité chez ces agences de concurrence.

Mais qu'entend-on par « institution » ? Se pose ici la question de la délimitation des champs disciplinaires. La théorie économique définit l'institution de différentes manières

---

*d'incertitude* ». Voir, E. DURKHEIM (1893), *De la division du travail social*, PUF, Nlle éd, 1967. R. L. Jepperson (1991) définit l'institution quant à lui comme « *un schéma d'interprétation, un ensemble de représentations acceptées socialement, un système de règles conduisant à la reproduction de routines au sein d'un champ* ». JEPPELSON R. L., *Institutions, Institutional Effects and Institutionalism*, in Powell W., DiMaggio (Eds), *The New Institutionalism in Organizational Analysis*, Chicago, University of Chicago Press, 1991, pp.143-163. Cité in, I. HUAULT. *Paul DiMaggio et Walter Powell. Des organisations en quête de légitimité*, Les Grands Auteurs en Management, EMS, 2009.

<sup>94</sup> Douglass North est une des figures fondatrices de la nouvelle économie institutionnelle. Parmi ses écrits sur les institutions : D. NORTH, L. DAVIS, *Institutional Change and American Economic Growth*, Cambridge, Cambridge University Press, 1971 ; D. NORTH, *Structure and Change in Economic History*, New York, W.W. Norton & Co., 1981 ; D. NORTH, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

<sup>95</sup> R. J. MACKAY, J. C. MILLER III, B. YANDLE., *Public Choice and Regulation: A View From Inside the Federal Trade Commission*, Hoover Institution Press, August 20, 1987.

<sup>96</sup> Des travaux récents ont étudié les conséquences pratiques de l'intégration des économistes au sein des procédures décisionnelles des agences antitrusts. Cf. L. M. FROEB et al., *The Economics of Organizing Economists*, Essay, Antitrust L.J. 569 (2009).

<sup>97</sup> L'*International Competition Network* est l'association d'autorités de concurrence des États ou de groupement d'États (337 en tout) formée en vue de partager les problématiques qu'elles rencontrent et faire converger les principes des politiques de concurrence. En matière d'efficacité institutionnelle, le groupe de travail a produit en 2015 un guide sur la procédure d'enquête. <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/agency-effectiveness.aspx>

<sup>98</sup> Pour un commentaire de ces critères cf. W.E. KOVACIC, *Rating the Competition Agencies : What Constitutes Good Performance?*, *The Georges Mason Law Review*, Vol. 16, N° 4, p.903-925, Spring 2009.



selon les auteurs. Pour Oliver Williamson, les principales « institutions du capitalisme »<sup>99</sup> sont constituées par « *le marché et la hiérarchie* » (i.e. l'entreprise) ainsi que « *les formes hybrides* »<sup>100</sup> et « *les bureaux (étatiques)* »<sup>101</sup>. Douglass North apporte quant à lui une définition plus substantielle. Il les désigne comme « *the humanly devised constraints that structure human interaction. They are made up of formal constraints (e.g., rules, laws, constitutions), informal constraints (e.g., norms of behavior, conventions, self-imposed codes of conduct), and their enforcement characteristics. Together they define the incentive structure of societies and specifically economies* »<sup>102</sup>. On le voit, l'usage de cette définition tendrait à recouvrir le champ entier de la régulation en matière de concurrence et dépasse de loin le spectre de notre étude.

Du point de vue juridique, l'institution prise dans son sens le plus global renvoie à « *un ensemble de mécanismes et structures juridiques encadrant les conduites au sein d'une collectivité* »<sup>103</sup>. En droit des concentrations, une telle définition nous circonscrit aux structures juridiques publiques formellement établies telles que les agences de concurrence et écarte les autres formes contraignantes, comme le marché. Nous adoptons cette définition et excluons de l'étude des systèmes la prise en compte de toutes ces structures informelles.

- **Le droit comparé**

Le droit comparé n'est pas qu'une méthode. Il est une science pratique orientée vers le but de l'acquisition des connaissances des phénomènes juridiques<sup>104</sup>. On le dit parfois

---

<sup>99</sup> O. WILLIAMSON, *Markets and Hierarchies. Analysis and Antitrust Implications*, New York, The Free Press, 1975.

<sup>100</sup> Oliver Williamson désigne par « formes hybrides » les relations durables établies entre entreprises. Cf. B. CHAVANCE, *L'économie institutionnelle*, Ed. La Découverte, Coll. Repère, Paris 2007, p.60.

<sup>101</sup> O. WILLIAMSON, *The Mechanisms of Governance*, Oxford University Press, New York, 1996, p.4-5.

<sup>102</sup> D. C. NORTH, *Economic Performance Through Time*, *The American Economic Review*, Vol. 84, No. 3 (Jun. 1994), p. 360.

<sup>103</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Presses Universitaire de France, Coll. Quadrige, 2007, p.499.

<sup>104</sup> Le professeur R. DRAGO la définit quant à lui comme « la discipline juridique qui consiste dans l'étude scientifique de la comparaison des droits, c'est-à-dire des systèmes juridiques et des institutions juridiques des divers États ou groupements d'États », in. *Dictionnaire de la culture juridique*, Presses Universitaires de France (P.U.F), Coll. Quadrige, 1<sup>ère</sup> éd. 2003, p. 455.

«dominé par la raison instrumentale »<sup>105</sup>. Si sa fonction utilitaire ne fait plus question<sup>106</sup>, il commande néanmoins de parvenir à comprendre « la mentalité juridique »<sup>107</sup> des États ou des groupements d'États que l'on étudie. Cette démarche implique de « déconstruire »<sup>108</sup> méthodiquement ces institutions notamment par l'histoire qui les a constituées. L'analyse de cette mentalité juridique inclut une dimension culturelle essentielle, mais non essentialiste.

Cette approche exige d'écarter les perceptions qui résulteraient du simple examen des ressemblances ou des dissonances de ces deux dispositifs de contrôle. Au contraire, doit être saisi « l'esprit » de chaque système, c'est-à-dire ce substrat anthropologique latent, inconscient qui permet d'accéder à la connaissance et la compréhension non seulement du mode de régulation économique que constitue le contrôle des concentrations, mais aussi dans le cadre d'une thèse en droit public, du rôle accordé à l'autorité publique dans l'organisation de ces différents contrôles.

**Problématique.** Nous rapportons l'impératif d'efficacité à la fonction attribuée aux organisations pour l'exécution de leur mission afin de répondre à la question de savoir comment les agents en charge de l'application de règles de la concurrence, y compris les personnes privées, parviennent à atteindre ce but, c'est-à-dire identifier et apporter des remèdes par le droit aux transactions potentiellement dangereuses, dans un temps en principe circonscrit. Ces moyens actionnés dans un but d'efficacité sont-ils « adéquats » au regard des impératifs exigés dans nos démocraties libérales ? L'opposition entre les deux systèmes semble de ce point de vue radical. Se hissant en modèle pour la construction d'une réglementation internationale commune en cas de concentration de portée transéta-

---

<sup>105</sup> P. RICHARD, *Le jeu de la différence. Réflexion sur l'épistémologie du droit comparé*, Ed. Presse de l'Université de Laval, Coll. Dike, 2007, p. 14.

<sup>106</sup> Bien que certains auteurs critiquent l'indétermination de la discipline et l'incertitude de son objet. Voir sur point le compte-rendu de la session plénière clôturant le XVIII<sup>ème</sup> Congrès International de droit Comparé, organisé le 31 juillet 2010 à Washington : ZOLLER, Elisabeth ; BERMAN, George A.; GLENN, Patrick; SCHEPPE, Kim Lane; SHALAKANY, Amr; and SNYDER, David V., *Comparative Law: Problems and Prospects*, (2010). Faculty Publications. Paper 801. Disponible en ligne : <http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/801>

<sup>107</sup> Selon l'expression de Raymond Saleilles. Voir, R. SALEILLES, *De la personnalité juridique. Histoire et théories. 23 leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, Ed. Rousseau, 1910, p.514-515.

<sup>108</sup> Selon la théorie de J. DERRIDA, cité in, P. LEGRAND, *Le droit comparé*, Presses Universitaires de France, Coll. Que Sais-je? 2016, p.52-72.

tique<sup>109</sup>, les États-Unis sont soumis en réalité au sein de leur contrôle à de nombreuses entraves.

**Annnonce de plan.** Dans un premier temps, il est nécessaire de revenir sur la genèse du contrôle des concentrations. Le tracé historique des architectures institutionnelles est seul à même d'expliquer les particularités de chaque modèle afin de comprendre ce qui les distingue et ce qui les rapproche tant dans leurs formes que dans leur conception du contrôle. Or cette démarche nécessite de favoriser l'étude des éléments constitutifs originels américains. Il demeure en effet le système le plus ancien, doté d'une structure bicéphale unique, avec à son cœur la figure du juge judiciaire au sein de la procédure. Puis, dans une deuxième partie, les dispositifs de contrôle sont exposés. La complexité des formes institutionnelles ainsi que les dynamiques qui s'y attachent ne sont pas sans coûts pour les autorités publiques et les entreprises. La multiplicité des compétences pour instruire une opération induit non seulement le risque de voir apparaître des contradictions dans les décisions<sup>110</sup>, entraînant une insécurité juridique pour les entreprises, mais les oblige aussi à déployer des moyens financiers considérables en matière de conformité. Ces coûts, qui se trouvent alors intégrés *a priori* dans tout projet de concentration, sont supportés *in fine* par le consommateur<sup>111</sup>.

PREMIÈRE PARTIE : L'ORIGINE DES FORMES STRUCTURELLES DE  
CONTRÔLE.

DEUXIÈME PARTIE : LES SCHEMAS ORGANISATIONNELS ACTUELS.

---

<sup>109</sup> « (...) the United States should play a leading role in the effort to implement the reforms proposed herein in the international arena ». Rapport final de l'International Competition Policy Advisory Committee pour l'Attorney General et à l'assistant attorney general for antitrust, p. 124, disponible en ligne : <https://www.justice.gov/atr/chapter-3>.

<sup>110</sup> Par exemple, les États n'ont pas forcément les mêmes critères d'appréciation substantielle des concentrations qu'au niveau fédéral.

<sup>111</sup> ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION, Report and Recommendations, Avril 2007, p. 132 et s. [http://govinfo.library.unt.edu/amc/report\\_recommendation/toc.htm](http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm)

**PREMIERE PARTIE :**  
**L'ORIGINE DES FORMES STRUCTURELLES DE**  
**CONTROLE**

**L'inférence des fondements théoriques sur la structuration institutionnelle.** Les formes institutionnelles des organes de concurrence sont conçues comme le produit des structures sociales et politiques caractérisant les sociétés dans leur globalité. Identifier ce substrat que nous pouvons qualifier de culturel permet de comprendre ce qui sépare ou ce qui rapproche les deux systèmes de contrôle, mais aussi ce qui pourrait faire obstacle à leur réformation ou leur évolution vers plus d'efficacité. Nous postulons ainsi que les institutions étudiées sont le fait de déterminants collectifs extérieurs<sup>112</sup>, c'est-à-dire que la culture nationale, la culture du groupe, a participé à la formation de leurs contours, sans en être la seule cause. Le célèbre juriste américain Roscoe Pound affirmait en ce sens, « *No social institution is the product of any one cause. It is rather the resultant of many causes, of which some observers will lay stress upon one and some upon others, but none of which may be left out of account* »<sup>113</sup>.

Un regard sans préjugé peut attester de la distance qui sépare les États-Unis de l'Europe en termes de vie sociale et d'économie. Les « *atmosphères* »<sup>114</sup> y seraient différentes. Selon Emmanuel Todd « *la vie économique est-elle même fortement modelée, régulée par ces systèmes anthropologiques, dont chacun constitue le cadre invisible (...) dans lequel se meut l'homo economicus, rationnel et calculateur* »<sup>115</sup>. Sur les bases anthropologiques de l'organisation familiale<sup>116</sup>, Todd dégage deux types de capitalismes. L'un serait « *individualiste* » présent aux États-Unis et au Royaume-Uni, l'autre « *communautaire* » présent en Allemagne ou au Japon. Or, une même correspondance existerait entre « *les systèmes de valeurs et de mœurs hérités des temps fondateurs* »<sup>117</sup> et « *les modes de contrôle social que nous qualifions de juridique* »<sup>118</sup>. Car le droit « *adhère intimement à l'état de la société qu'il représente* »<sup>119</sup>. Pour Pascal Richard « *le droit comme réalité sociale est fatalement marqué par la culture et par la*

---

<sup>112</sup> P. BERNOUX, *La sociologie des organisations. Initiations théoriques suivies de douze cas pratiques*, Éd. Du Seuil, Coll. Point Essais, 6<sup>ème</sup> édition, 2010, p.28.

<sup>113</sup> R. POUND, *The Spirit of the Common law*, College of Law, Faculty Publications. 1, 1921 . p.35, disponible en ligne: <https://digitalcommons.unl.edu/lawfacpub/1>.

<sup>114</sup> E. TODD, *L'illusion économique. Essai sur la stagnation des sociétés développées*, Gallimard, Coll. Folio Actuel, 1998, p. 20.

<sup>115</sup> Id.

<sup>116</sup> La famille est considérée comme la structure première de toute société. Elle est la base de « l'arché-société », c'est-à-dire des sociétés primitives aux origines de l'humanité. Mue par la survie du groupe, elle est fondée sur la parenté et sur l'alliance. La famille, selon les ethnologues et les anthropologues préexiste à l'individu et à l'État (C. LEVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires de la parenté*, Éd. Mouton de Gruyter, 2nd Éd, 2002 ; É. MORIN, *La méthode. L'humanité de l'humanité. L'identité humaine*, Tome 5, Éd. Seuil, Coll. Point Essai, 2014.

<sup>117</sup> N. ROULAND, *Anthropologie du droit*, Presses Universitaires du droit, Coll. Que sais-je ?, 1995, p. 6.

<sup>118</sup> Id. p. 7 .

<sup>119</sup> L. ASSIER-ANDRIEU, *Le droit dans les sociétés humaines*, Paris, Nathan, 1996, p.1.

société dans laquelle il se manifeste »<sup>120</sup>. Ainsi, de manière analogue, la *common law* posséderait les caractères de la société qui l'a vue naître ; on la dit décentralisée, pragmatiste et individualiste<sup>121</sup> et même selon les mots de Roscoe Pound, « *ultra-individualiste* »<sup>122</sup>. Par opposition le droit romain serait, quant à lui, « *un droit égalitaire* » organisé autour d'un « *système hiérarchisé* » et de « *valeurs intangibles* »<sup>123</sup>.

La transposition de ce cadre d'analyse dans le domaine de l'économie politique conduit à constater l'inclination des pays de *common law* pour les modes d'action publique les moins « interventionnistes » et ce, alors même que ces interventions sont reconnues nécessaires. Au-delà du choix économique doctrinal adopté par un État, l'on remarque qu'une culture plutôt légaliste, c'est-à-dire qui met la loi au centre de son système de droit, comme c'est le cas en Europe, engendrera un système de contrôle sur les entreprises plutôt *ex ante*, alors qu'un système juridictionnel favorisera un système *ex post* comme c'est le cas dans les pays de *common law*<sup>124</sup>. Le professeur Frison-Roche précise l'orientation adoptée par chacun de ces modèles : « *l'ex ante [renvoie à] l'organisation planifiée des comportements par une autorité extérieure à celui qui agit, alors que l'ex post renvoie à une liberté d'action offerte aux acteurs économiques à charge pour eux de répondre des effets de leurs comportements sur autrui* »<sup>125</sup>. La liberté d'action qui existe dans le modèle *ex post* renvoie à l'expression d'une philosophie qui fut d'abord politique avant d'être économique. Fortement emprunte de « *l'individualisme possessif inégalitaire* »<sup>126</sup> de John Locke où l'individu libre par nature est propriétaire de lui-même et du fruit de son travail<sup>127</sup>, celui-ci se place par contrat sous le pouvoir politique, lui-même conçu de manière à protéger les libertés individuelles sans pouvoir

---

<sup>120</sup> P. RICHARD, *Le jeu de la différence. Réflexion sur l'épistémologie du droit comparé*, Ed. Presse de l'Université de Laval, Coll. Dike, 2007, p. 19.

<sup>121</sup> M. GUÉNAIRE, La *common law* ou l'avenir d'une justice sans code, *Le débat*, Éd. Gallimard, 2001/3, N° 115, p. 53. Sur l'individualisme anglo-américain, voir R. Pound (1921) précité.

<sup>122</sup> « What is peculiar to Anglo-American legal thinking, is an ultraindividualism, an uncompromising insistence upon individual interests and individual property as the focal point of jurisprudence », voir R. Pound (1921), p.37.

<sup>123</sup> M. GUÉNAIRE, La *common law* ou l'avenir d'une justice sans code, *Le débat*, Éd. Gallimard, 2001/3, N° 115, p. 53.

<sup>124</sup> M-A. FRISON-ROCHE, Le couple *ex ante-ex post*, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation, in *Les engagements dans les systèmes de régulations*, coll. "Droit et Économie de la Régulation", vol.4, Presses de Sciences-Po / Dalloz, 2006, p. 44.

<sup>125</sup> *Idem*, p. 44.

<sup>126</sup> C.B. MAC PHERSON, La théorie politique de l'individualisme possessif de Hobbes à Locke, Éd. Gallimard, Coll. Folio essais, 2004.

<sup>127</sup> Selon Pierre Manent, l'individu lockien assure sa subsistance par le travail et la propriété. Pour cela, il délimite un territoire qui lui appartient. Sur l'influence de la philosophie lockéenne sur les Pères Fondateurs des États-Unis, voir notamment, B. BAIYLIN, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Belknap Press, 1992 ; C. BECKER, *The Declaration of Independence. A Study in the History of Political Ideas*, Vintage, 1958 ; M. WHITE, *The Philosophy of the American Revolution, John Locke : Problème and Perspective*, Oxford University Press, 1978.

en abuser<sup>128</sup>. La liberté ne pourra jamais être totalement aliénée au souverain. Ce qui accorde, selon Pierre Rosanvallon, le marché et l'État de droit dans leurs refus « *d'accepter un certain mode d'institution de l'autorité sur l'individu* »<sup>129</sup>.

À Locke, s'oppose la philosophie de Jean-Jacques Rousseau dans le contrat social où l'homme s'engage au contraire pleinement « *sans rien retenir de lui* » afin de parvenir à une égalité des hommes dans la société<sup>130</sup>. La liberté ne s'acquiert que par cette condition d'égalité, où « *la subordination d'un homme par un autre homme* » est rendue impossible<sup>131</sup>. Ainsi, comme le souligne Bertrand du Marais « *la variété des modalités organiques traduit des différences de philosophie très profonde en ce qui concerne la nature et l'importance de l'intervention publique sur un marché* »<sup>132</sup>.

Or, il existe une typologie à la fois historique et fonctionnelle de ces modalités institutionnelles d'intervention. Selon Daniel Crane, au moins trois modes de contrôle du marché peuvent être dégagés : « *regulation* », « *adjudication* » et « *administration* »<sup>133</sup>. Chacune de ces modalités d'intervention traduit « *un choix politique de libertés* »<sup>134</sup> de la part de leurs créateurs alors même qu'elles tendent vers le même but : l'équilibre économique des marchés et l'accroissement du bien-être social.

La « *regulation* » guide les activités économiques sectorielles, en dictant les termes dans lesquels les acteurs peuvent entrer sur le marché, fixer leurs prix, ou sélectionner leurs consommateurs<sup>135</sup>. L'autorité de régulation est l'institution dont le rôle consistera à surveiller le mar-

---

<sup>128</sup> P. MANENT, *Histoire intellectuelle du libéralisme. Dix leçons*. Éd. Calmann-Lévy, Coll. Liberté de l'esprit, 1987, pp. 92-93. Pour une étude sur l'individualisme dans le Code civil des Français, Cf. J.F. NIORT, « Laissons à l'homme les défauts qui tiennent à sa nature... ». Retour sur l'anthropologie des rédacteurs du Code civil des français, *Droit et Culture*, N° 48, 2004, pp.77-105.

<sup>129</sup> P. ROSANVALLON, *Le capitalisme utopique. Histoire de l'idée de marché*, Ed. Du Seuil, Coll. Point, 1989, p.9.

<sup>130</sup> J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social, discours sur les origines des inégalités, discours sur les sciences et la arts*, texte publié en 1762, [disponible en ligne]: <http://classiques.uqac.ca>

<sup>131</sup> J. RIVERO, H. MOUTOUH, *Les libertés publiques*, t. 1. Éd. Presses Universitaires de France, Coll. Thémis, 2003.

<sup>132</sup> B. du MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Presses Sciences Po et Dalloz, Coll. Amphithéâtre, 2004, p. 484

<sup>133</sup> D. A. CRANE, *The Institutional Structure of Antitrust Law*, Oxford University Press, 2011, p.94.

<sup>134</sup> M-A. FRISON-ROCHE, Le couple *ex ante-ex post*, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation, in *Les engagements dans les systèmes de régulations*, coll. "Droit et Économie de la Régulation", vol.4, Presses de Sciences-Po / Dalloz, 2006, p. 34.

<sup>135</sup> R. A. KHAN, G. DAVIES, Merger Control and the Rule of Law, *Erasmus Law Review*, Vol.02, Issue 1, 2009, p.30.

ché tout en participant à sa construction<sup>136</sup>. Ce type d'intervention *ex ante* a toujours été utilisé de manière ponctuelle aux États-Unis afin de « résoudre un problème ad hoc, sans plan d'ensemble, uniquement pour pallier les défaillances du marché »<sup>137</sup>.

Elle s'oppose à « l'adjudication » qui est la forme la moins invasive de contrôle des agents économiques. Celui-ci n'intervient qu'*ex post*, c'est-à-dire, après que le fait de nature à troubler la concurrence se soit produit. Ce mode d'application légale par voie juridictionnelle est celui du Sherman Act de 1890.

Et enfin, pour David Crane « l'administration »<sup>138</sup> constitue l'une des formes les plus abouties d'intervention publique. Il condenserait les atouts du *regulatory model* avec ceux de l'*adjudicatory model*. Il s'agit d'un contrôle administratif flexible et adaptable, vecteur de sécurité juridique, dont le parangon serait le contrôle des concentrations américain créé par le *HSR Antitrust Improvments Act* de 1976<sup>139</sup>.

**Annnonce de plan.** Les autorités politiques américaines se sont longtemps refusées à laisser une autorité administrative gouverner<sup>140</sup> le fonctionnement économique, préférant reporter sur le juge la responsabilité d'appliquer le droit antitrust. La *common law* était en effet vu comme le seul moyen acceptable de réguler les excès du marché. L'*adjudicatory model* fut donc le mode de traitement anthropologiquement<sup>141</sup> favorisé pour contrôler les concentrations jusqu'en 1976 (**Titre 1 — Les modalités d'intervention publique primaire**). L'inadéquation de ce mode de contrôle fut telle que les pouvoirs politiques ne purent in fine faire obstacle à l'émergence d'un modèle *ex ante* plus efficace, néanmoins porteur de certaines particularités institutionnelles congénitales (**Titre 2 — Les transformations des modalités de contrôle**).

---

<sup>136</sup> M-A. FRISON-ROCHE, Ambition et efficacité de la régulation économique, *Revue de droit bancaire et financier*, n° 6, Novembre 2010, étude 34.

<sup>137</sup> E. ZOLLER, *Droit et régulation*, Travaux des séances ordinaires sur le thème de « Regard sur le droit » sous la présidence de François TERRÉ, Académie des Sciences Morales et Politiques, [disponible en ligne] <http://www.asmp.fr/travaux/communications/2008/zoller.htm>

<sup>138</sup> Cette dernière catégorie est une proposition du professeur Crane qui n'a pas été encore reprise dans la littérature académique postérieure. D.A. CRANE, *The Institutional Structure of Antitrust Law*, Oxford University Press, 2011, p.94.

<sup>139</sup> Pub. L. No. 94-435, 90 Stat. 1383 (1976), codifié à l'article 15 U.S.C § 18a (a).

<sup>140</sup> Nous nous référons au sens commun du terme. Le Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales (CNRTL ci-après) donne la définition suivante : « Avoir la conduite, l'administration de quelque chose. ». Cf. <http://www.cnrtl.fr>.

<sup>141</sup> Nous soulevons le présupposé présenté par le professeur Carol J. GREENHOUSE, que « le droit est censé s'exprimer au nom de la culture et des intérêts du peuple que ses représentants ont façonné et qu'il porte en lui ». C.J. GREENHOUSE, Perspectives anthropologiques sur l'américanisation du droit, *Archives philosophiques du droit*, 2001, p. 44.





# **TITRE 1 – LES MODALITÉS D’INTERVENTION PUBLIQUE PRIMAIRE**

Aux États-Unis, l'appréhension des phénomènes concentratifs a revêtu différentes formes depuis la promulgation de la première loi relative à la concurrence en 1890<sup>142</sup>, jusqu'à l'édiction finale du *HSR Antitrust Improvement Act*<sup>143</sup> en 1976. De ces évolutions successives, ce système garde les vestiges. Parmi les plus importants se trouve la place accordée au pouvoir judiciaire au sein de la procédure de contrôle *ex ante*. En effet, contrairement au contrôle européen des concentrations, le droit américain n'autorise pas les autorités de concurrence à procéder à l'interdiction d'une opération sans que celles-ci s'inscrivent dans un cadre judiciaire<sup>144</sup>. Loin de se réduire à un détail procédural, même si cette obligation a des répercussions importantes en termes de stratégie pour les parties, cette intervention du juge constitue en réalité l'élément primordial<sup>145</sup> du contrôle des concentrations américain. Il forme le noyau autour duquel se sont agrégées les évolutions institutionnelles, marquant par conséquent une certaine persistance du modèle primitif de contrôle au sein du système actuel. À l'inverse, les États membres de l'Union européenne dont la culture juridique de tradition romano-germanique, ont construit un cadre administratif puissant pour mettre en œuvre leurs règles de concurrence et en particulier le contrôle des concentrations. Le juge européen tient une place fondamentale en tant que garant de la légalité des actes des institutions et interprète du droit de l'Union<sup>146</sup>.

Les formes de contrôle social qui se sont succédé aux États-Unis ont pourtant évolué vers une lente, mais constante augmentation de l'emprise de l'exécutif et du Congrès fédéral sur les entreprises, passant d'une logique *ex post*, purement judiciaire à une logique *ex ante*, réglementaire<sup>147</sup>. La doctrine juridique américaine s'est particulièrement intéressée à cette évolu-

---

<sup>142</sup> L'intitulé officiel du *Sherman Act* est *An Act to Protect Trade and Commerce Against Unlawful Restraints and Monopolies* du 2 juillet 1890, Public Law Number 190, 26 STAT 209, codifié au Titre 15 U.S.C. §§ 1-38 (amendés).

<sup>143</sup> L'appellation formelle du HSR Improvement Act est *An Act to improve and facilitate the expeditious and effective enforcement of the antitrust law, and for other purpose*, du 30 septembre 1976, Public Law Number 94-435, 90 STAT. 1383, codifié au titre 15 U.S.C. § 18a, disponible en ligne : <http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid%3AUSC-prelim-title15-section18a&edition=prelim>.

<sup>144</sup> Les autorités de contrôle, qu'il s'agisse du DOJ ou de la FTC doivent requérir devant un juge judiciaire la suspension provisoire de l'opération, en attendant un jugement au fond, soit devant une *district court*, soit devant la juridiction administrative de la FTC.

<sup>145</sup> Dans le sens « Qui est le plus ancien, le premier, qui est à l'origine ». Voir, CNRTL : <https://www.cnrtl.fr/definition/primordial>.

<sup>146</sup> La Cour de justice de l'Union européenne est constituée de la Cour de justice et du Tribunal (créé en 1988). Son siège est établi à Luxembourg. Cf. Articles 17 et 19 du Traité sur l'Union européenne (version consolidée), Journal officiel n°C 326 du 26/10/2012 p. 0001 – 0390, ELI: [http://data.europa.eu/eli/treaty/teu\\_2012/oj](http://data.europa.eu/eli/treaty/teu_2012/oj).

<sup>147</sup> Le changement fut aussi bien rhétorique que juridique. Cf. S. WEBER WALLER, *Prosecution by Regulation : The Changing Nature of Antitrust Enforcement*, *Oregon Law Review*, Vol. 77, 1998, p. 1386.

tion, notamment en tentant de la qualifier et d'en comprendre la nature<sup>148</sup>. Ces deux modes ne possédant, traditionnellement, ni les mêmes buts ni les mêmes outils d'intervention. Or, il est difficile de comprendre *prima facie*, l'orientation première choisie par les pouvoirs publics américains.

La période qui suivit la Guerre de Sécession avait favorisé une politique de « laissez-faire » économique où toute initiative publique pour contrôler ou restreindre la liberté des capitaux privés était considérée comme néfaste pour la prospérité du pays. Le besoin de reconstruction, d'exploiter les richesses naturelles, couplées au développement des innovations industrielles avait permis la constitution de monopoles puissants aux capacités corruptrices. Ainsi, lorsqu'en 1888<sup>149</sup> le Congrès ne put ignorer davantage les problèmes que suscitaient les trusts<sup>150</sup> son choix ne se porta pas sur la création d'une agence administrative indépendante<sup>151</sup> comme ce fut le cas un an auparavant avec l'*Interstate Commerce Commission*<sup>152</sup> créée pour réguler le marché du transport ferroviaire. Ce dispositif aurait pourtant offert un modèle prêt à être reproduit. Au contraire, le Congrès chargea le juge par la voie d'une action publique d'interpréter le *Sherman Act* et de procéder à sa sanction par l'édiction de mesures civiles et pénales. En Europe, l'Allemagne, dont l'influence active sur le droit européen de la concurrence et sur la structure centrale de la Commission européenne est établie dans

---

<sup>148</sup>L.L. FULLER, K.I. WINSTON, The Forms and Limits of Adjudication, *Harvard Law Review*, Vol. 92, N° 2 (Dec. 1978) pp.353-409 ; E. T. SULLIVAN, The Antitrust Division as a Regulatory Agency : An Enforcement Policy in Transition, *Washington University Law Quarterly*, Vol. 64, N° 4, 1986, pp. 997-1055 ; R. L. RABIN, Federal Regulation in Historical Perspective, *Stanford Law Review*, Vol. 38, May, 1986, pp.1189-1326 ; T.E. KAUPER, The Justice Department and the Antitrust Laws : Law Enforcer or Regulator ?, *The Antitrust Bulletin*, N° 83, Spring 1990, 82-122 ; A.D. MELAMED, Antitrust : The New Regulation, *Antitrust*, Vol.10 (Fall 1995), N°1, pp.13-15 ; S. WEBER WALLER, Prosecution by Regulation : the Changing Nature of Antitrust Enforcement, *Oregon Law Review*, Vol. 77, 1998, pp.1383-1450 ; E.L. GLAESER, A. SHLEIFER, The Rise of the Regulatory State, *Journal of Economic Literature*, Vol. XLI (Juin 2003), pp. 401-425. Plus récemment, R. A. KHAN, G. DAVIES, Merger Control and The Rule of Law, *Erasmus Law Review*, Vol 02, 2009, pp.25-57.

<sup>149</sup> Des enquêtes avaient été menées en 1888 par un Comité de la Chambre des Représentants. Cf. *Report of Investigations of Trusts*, House Reports, L<sup>o</sup> Congrès, 1<sup>er</sup> Session, 1887-88, t. IX, numero de la série : 3112.

<sup>150</sup> Le développement économique des entreprises à la fin du 19<sup>ème</sup> siècle aux États-Unis donna lieu à différentes formes de regroupements : les pools, les trusts, la concentration par fusion d'entreprises et à des « communautés d'intérêts ». Chacune de ces formes servit à la formation de monopoles anticoncurrentiels. Cf. F.H. UNDERWOOD, O. MERLAT-GUITARD, E. LABROUSSE, *Histoire économique des États-Unis d'Amérique des origines à nos jours*, Presses Universitaires de France, Paris, 1958, Tome I, p. 422.

<sup>151</sup>La création d'une telle agence aurait été malgré tout proposée lors des débats. Cf. A.G HOWELL, Why Premerger Review Needed Reform – And Still Does, *William & Mary Law Review*, Vol. 43 , Issue 4, Article 14,(2002),p.1710. <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol43/iss4/14>

<sup>152</sup> En 1887, le Congrès a voté l'*Interstate Commerce Act* dans le but de mettre fin aux abus et aux pratiques discriminatoires des compagnies ferroviaires. Il a procédé à la création de l'*Interstate Commerce Commission* chargée de sa mise en œuvre. *Interstate Commerce Act*, Ch. 104, 24 Stat. 379 (1877), codifié et amendé à l'article 47 U.S Code § 601. Cette législation aurait été établie sur le modèle du *British Railroad Act* de 1845. E. ZOLLER, *Droit et Régulation*, Travaux des séances ordinaires sur le thème de « Regard sur le droit » sous la présidence de François TERRÉ, Académie des Sciences Morales et Politiques, [disponible en ligne]: <http://www.asmp.fr/travaux/communications/2008/zoller.htm>

l'historiographie contemporaine<sup>153</sup>, connu plus que tout autre État d'Europe continental le développement de phénomènes économiques proches de ceux connus aux États-Unis. De la toute fin du XIXe siècle jusque dans les années 1940, des cartels concurrençant en taille les *combinations* américaines, ont pu se développer sans contraintes. Comme aux États-Unis, la première réponse émana des cours qui échouèrent à freiner ces phénomènes qui se renforcèrent, prospérant jusqu'à la chute du régime nazi<sup>154</sup>.

L'Allemagne ou les États européens continentaux n'ont toutefois jamais connu cette hostilité des États-Unis à intervenir par une action étatique directe. Certains éléments historiques expliquent ce tropisme américain unique, aboutissant à un contrôle fédéral bicéphale *in fine* juridictionnel de contrôle des concentrations.

Ces constatations sur le caractère extraordinaire au sens premier du terme du système américain nous invitent à replacer à titre principal ces institutions antitrust dans leur contexte historique en examinant les raisons de leur préférence pour « l'*adjudicatory model* »<sup>155</sup> (**Chapitre 1 — Les fondements de modèles opposés**). Modèle, qui s'avéra cependant inefficace à lui seul pour contrôler les monopoles (**Chapitre 2 — L'inefficacité structurelle du modèle *ex post***).

---

<sup>153</sup> Voir, l'ouvrage de référence, D. GERBER, *Law and competition in twentieth century Europe. Protecting Prometheus*, Oxford, 1998 (ed. 2001) ; Les colloques publiés par, Éric Bussière, Michel Dumoulin, Sylvain Schirmann : Europe organisée, Europe du libre-échange ? Fin XIXe siècle- années 1950, Peter Lang, Bruxelles, 2006 ; L. WARLOUZET, Le Choix de la CEE par la France. L'Europe économique en débat de Mendès France à de Gaulle (1955-1969), Comité pour l'histoire européenne de la France, 201 ; F. DENORD, Néo-libéralisme et « économie sociale de marché » : les origines intellectuelles de la politique européenne de la concurrence (1930-1950), *Histoire, économie & société*, Armand Colin, N° 1, 2008, pp. 23-33.

<sup>154</sup> Les cartels concoururent dans le contexte d'hyper inflation des années 30 et de la crise économique mondiale, à l'avènement du nazisme en Allemagne Cf., à titre liminaire, malgré un titre somme toute sensationnaliste, le contenu issu des sources authentiques de trois officiers de l'intelligence appartenant à l'École de Francfort est éclairant sur le rôle des cartels dans la progression du nazisme, voir : F. NEUMAN, H. MARCUSE, O. KIRCHHEIMER, *Secrets reports on nazi Germany. The Frankfurt School contribution to the war effort*, Princeton University Press, 14 juillet 2013, p.266, 267 ; P.C. NEWMAN, Key German cartels under the Nazi Regime, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 62, N° 4, août 1948, pp. 576-595 ; C. YOKEN, *Cartel Practices and Policies in the World War II Era*, Honor Theses, 2019, disponible en ligne : <https://digitalworks.union.edu/theses/2353/>.

<sup>155</sup> Selon l'expression utilisée par D. A. CRANE, *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement*, Oxford University Press, New York, 2011.





# Chapitre 1.

## Les fondements de modèles opposés

Plus que tout autre modèle d'organisation politique, la structure fédérative a placé au cœur de ses enjeux l'épineuse question de la distribution des pouvoirs et des compétences entre les organes politiques. D'une part, de manière « verticale » entre l'État fédéral et les États fédérés et d'autre part, de manière « horizontale » entre le Congrès et l'exécutif fédéral en vertu du principe des « *checks and balances* »<sup>156</sup>. Cette question domine ses passions et participe de sa substance.

Parce qu'il est adossé à cette structure fédérale, le droit antitrust n'a pas été épargné par ces considérations. Au contraire, elles en ont constitué les principaux éléments formateurs. Première loi établissant un cadre légal en matière de concurrence, le Sherman Act est le résultat de compromis politiques complexes fondé sur des visions concurrentes et des aspirations contradictoires.

Les concentrations économiques apparues dans la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle étaient d'abord vues par les contemporains comme la résultante d'une application laxiste ou complaisante du droit des sociétés de certains États<sup>157</sup>. Faire cesser le trouble généré par les trusts aurait logiquement induit pour beaucoup, une intervention fédérale dans ce domaine jusqu'alors exclusif des États fédérés<sup>158</sup>. De nombreux juristes appelaient à la création d'une *licence* fédérale ou à l'acquisition d'une *federal incorporation charter* pour toutes les entreprises exerçant un commerce interétatique<sup>159</sup>. En 1888, les débats entourant la proposition de John Sherman<sup>160</sup> se polarisèrent donc en deux forces : ceux qui d'une part, prônaient la mise en place d'une supervision fédérale de la formation et des opérations des entreprises et ceux d'autre part, qui ne croyaient pas en l'efficacité d'une telle centralisation, préférant rattacher ce droit

---

<sup>156</sup> Voir E. Zoller, La justice comme contre-pouvoir : regards croisés sur les pratiques américaine et française, *Revue internationale de droit comparé*, n°3, 2001, p.561.

<sup>157</sup> Voir par exemple l'ouvrage de T.C. SPELLING, *A treatise on trusts and Monopolies*, Little Brown, 1893.

<sup>158</sup> M. I. UROFSKY, Proposed Federal Incorporation in the Progressive Era, *The American Journal of Legal History*, Vol. 26, p.160, 1982.

<sup>159</sup> R. H. CURTIS, National Corporations, *The Central Law Journal*, No. 21, p.428 et s., 1885.

<sup>160</sup> Le compte-rendu des débats est disponible en ligne à l'adresse URL suivante : <http://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=mdp.39015082311609;view=1up;seq=85>



nouveau sous la bannière de la *common law* et du *Restraint of trade*<sup>161</sup>. Certes, l'idée de créer une agence administrative de contrôle des entreprises avait été discutée<sup>162</sup>, mais pour laisser place finalement à un système purement *ex post*, sur le modèle du *quo warranto*<sup>163</sup> préexistant au sein des États.

En confiant le pouvoir d'« *enforcement* »<sup>164</sup> à l'*Attorney General* ainsi qu'aux parties privées et en instaurant un régime légal fondé sur la responsabilité délictuelle et pénale, les membres du Congrès américain souhaitaient sanctionner les « mauvais comportements » des « *robber barons* »<sup>165</sup> et rétablir la force dévoyée de la *common law* au sein des États fédérés<sup>166</sup>. Mais le Sherman Act était surtout vu comme le moyen de contourner une intervention plus invasive du gouvernement fédéral sur les entreprises. Cette préférence pour un modèle dissuasif et compensatoire plutôt que pour celui d'une surveillance de la structure des marchés s'explique par le contexte politique et économique particulier qui a vu naître les États-Unis. Les abus de la politique mercantiliste anglaise jusqu'au XVIII<sup>e</sup> avaient instauré l'idée très ancrée que la liberté du commerce et des contrats devait d'abord être comprise comme l'absence d'ingérence de l'État dans les affaires privées. Dans ce cadre, et en raison d'un héritage ancien qui s'inscrit dans la tradition de *common law*, le juge fédéral<sup>167</sup> apparaissait comme la seule réponse appropriée aux problèmes économiques et sociaux du XIX<sup>e</sup>.

---

<sup>161</sup> HOVENKAMPT, The Political Economy of Substantive Due Process, *Stanford Law Review*, No. 40, 1987-1988, p. 246.

<sup>162</sup> H.R. 4406, 50<sup>th</sup> Cong.(1888). Le sénateur de l'Ohio, John Sherman n'était pas favorable

<sup>163</sup>Le *quo warranto* est une procédure de *common law* utilisée au XIX<sup>e</sup> siècle par le *State Attorney General* pour sanctionner par le retrait de chartes, les entreprises coupables de manquements, d'abus ou autres activités délictueuses. Cf. J. WHISHAW, *A New Law Dictionary : Containing a Concise Exposition of the Mere Terms of art, and Such Obsolete Words as Occur in Old Legal, Historical, and Antiquarian Writers*, J.& W.T. Clarke, law booksellers and publishers, 1829, p.259. Voir aussi : W.S. HOLDSWORTH, *History of English Law*, Methuen & Co. LTD, 1938, p.437 et s. disponible en ligne] : <https://archive.org/details/historyofenglish12holduoft> ; C. FISK BEACH, *A Treatise On The Law Of Monopolies and Industrial Trusts, as Administered in England and The United States of America*, The Lawbook Exchanges LTD, 1st Ed. 1898, 2007, p. 217 et s.

<sup>164</sup>Le terme « *Enforcement* » en matière d'antitrust se définit selon le professeur Kovacic comme « *an activity ordinarily understood to consist of prosecuting prohibitions against anticompetitive business arrangements* ». W. E. KOVACIC, *The Institutions of Antitrust Law : How Structures Shapes Substance*, *Michigan Law Review*, Vol. 110, 2011, p.1023. David Crane ajoute que ce type d'action publique « *implies that antitrust is a system of legal sanctions* ». Cf. D.A. CRANE, *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement*, New York, Oxford University Press, 2011, p. xv.

<sup>165</sup>L'expression est issue de l'ouvrage de l'historien Matthew Josephson, *The Robber Barons : The Great American Capitalists, 1861-1901*, Mariner Book, (1934) Ed. 1962.

<sup>166</sup>

<sup>167</sup>R.J.R. PERITZ, *Competition Policy in America: History, Rhetoric, Law: History, Rhetoric, Law*, Oxford University Press, 2000 (réédition), p.9.

La crainte d'une mainmise de l'État fédéral sur les entreprises est en effet, une crainte très ancienne qui remonte aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles en Angleterre<sup>168</sup>. Les abus des législations mercantilistes qui tendaient au contrôle des facteurs de production et restreignaient la liberté de commercer avaient convaincu les nouveaux Américains de la dangerosité d'un contrôle politique central tant sur les entreprises que sur l'économie. En 1787, les délégués de la Convention de Philadelphie avaient assimilé la *corporation* aux monopoles accordés par la Couronne.

L'importante question de la délivrance au niveau fédéral des *incorporation charters* fut tout de même posée lors des débats qui traversèrent la Convention constitutionnelle. La politique économique mercantiliste subie depuis l'instauration des premières colonies (**Section 1 —Les sources économiques et politiques communes**) mena ainsi la toute nouvelle République à rejeter avec force tout mimétisme avec « la mère patrie » tant sur un plan politique, que sur un plan économique (**Section 2 —Les origines d'une défiance proprement américaine**).

Une reconstitution de ces idées amène à dresser des schèmes inéluctablement simplifiés, toute organisation sociale et politique « *[devant] faire une place à l'incohérence et à la multiplicité des influences* »<sup>169</sup>, mais constitue néanmoins un préalable à l'intelligibilité du sujet.

### *Section 1. Les sources économiques et politiques communes*

Avant d'apparaître sous la forme privée du trust aux XIX<sup>e</sup> siècles, le « monopole » était d'abord connu comme la manifestation d'un privilège juridique accordé par la puissance publique. Incarnée au Royaume-Uni par le souverain puis par le Parlement, l'autorité publique délivrait sous la forme de « *licence* » ou de « *patent* » le droit exclusif de commercer ou de travailler dans un secteur particulier (**§ 1. Le système des monopoles publics de**

---

<sup>168</sup> Cf. F. SOUTY, *La politique de la concurrence aux États-Unis*, Presses Universitaires de France, N° 2915, 1995, citant R. B. REICH : « Depuis les temps coloniaux, les Américains avaient appris à se méfier des monopoles, des chartes spéciales de droits exclusifs et autres privilèges d'origine royale. L'abus de pouvoir économique était craint autant que l'abus de pouvoir politique. Tout comme l'autorité du gouvernement devait être le fruit d'un équilibre de poids et contrepoids entre trois pouvoirs et répartie entre la nation et de nombreuses localités et états, le pouvoir économique devait être également fragmenté ». R. B. REICH, *The Work of Nations, Preparing Ourselves for 21st Century Capitalism*, New York Vintage Books, 1992, p.35.

<sup>169</sup>N. CARON, N. WULF, Introduction : les lumières américaines dans l'historiographie contemporaine aux États-Unis : ambivalences et réticences, *Revue française d'études américaines*, Ed. Belin, 2002/2, N° 92, p.13.

**l'Angleterre préindustrielle).** Les pratiques commerciales qui furent imposées par l'Angleterre dans les colonies d'Amérique depuis leur établissement un siècle auparavant, déterminèrent profondément la perception de toutes formes de concentration de pouvoir, quelle qu'en fût l'origine<sup>170</sup> (§ 2 —**Le mercantilisme anglais dans l'Amérique prérévolutionnaire**).

### *§1. Le système des monopoles publics de l'Angleterre préindustrielle*

Au centre de la politique mercantile anglaise de la fin du XVI<sup>e</sup> siècle, le monopole permettait au souverain d'obtenir le contrôle ou la collaboration forcée des entreprises afin de percevoir un bénéfice pécuniaire direct de leur activité commerciale (A). Ce pouvoir qui représentait une rente importante pour la royauté échappa toutefois peu à peu au souverain face à la progression d'un pouvoir devenu exogène, le droit (B).

#### **A. La politique mercantiliste**

Le mercantilisme<sup>171</sup> qui accompagna la naissance de l'État moderne<sup>172</sup> constitua aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles l'arme économique des puissances européennes<sup>173</sup>. La chrématistique aristotélicienne<sup>174</sup> qui avait influencé le Moyen-âge laissa place à une conception centralisée de

---

<sup>170</sup> Voir, A. GREENSPAN, *Antitrust*, texte tiré du discours fait à l'"Antitrust Seminar" de la National Association of Business Economists, Cleveland, le 25 septembre 1961, Publié par le Nathaniel Branden Institute, New York, 1962, Réédité dans Ayn Rand et al., *Capitalism : The Unknown Ideal*, New York, New American Library, 1967, pp. 64-65.

<sup>171</sup>Le terme de « système mercantile » a été utilisé pour la première fois par Adam Smith dans son ouvrage, *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des Nations*, publié en 1776 et celui de « mercantilisme » par G. SCHMOLLER, en 1884. Voir, C. SPECTOR, Le concept de mercantilisme, *Revue de métaphysique et de morale*, 2003, Vol. 3, N° 39, p.291.

<sup>172</sup>Le mercantilisme a eu un rôle politique : il représentait la défaite des provinces et des villes face à l'émergence des États nationaux. Voir, G. SCHMOLLER cité par C. SPECTOR, Le concept de mercantilisme, *Revue de métaphysique et de morale*, 2003, Vol. 3, N° 39, p.291. Émergence de l'État moderne au XVI<sup>e</sup> siècle. Cf. E-W. BÖCKENFÖRDE, *Le droit, l'État et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*. Traduit par O. JOUANJAN, avec la collaboration de W. ZIMMER et O. BEAUD, Coll. « La pensée juridique », Ed. Bruylant, LGDJ, Bruxelles, Paris, 2000, p.179.

<sup>173</sup>Il a existé plusieurs types de mercantilismes en Europe. Il était industrialiste en France (Colbertisme), commercialiste en Angleterre, et caméralisme en Allemagne. C. SPECTOR, Le concept de mercantilisme, *Revue de métaphysique et de morale*, 2003, Vol. 3, N° 39, p.291.

<sup>174</sup>Selon les professeurs David Bosco et Catherine Prieto, les positions d'Aristote sont renversées à deux égards. D'une part, l'économie devient une affaire d'État, c'est la naissance de l'économie politique, alors qu'elle était un art dédié aux affaires domestiques. D'autre part, le travail devient une activité sociale valorisée,

l'économie, fondée sur une politique d'accroissement des richesses de l'État<sup>175</sup>. Adam Smith dans son livre IV de *l'Enquête sur la nature et les causes de la richesse des nations*, décrit le système mercantile comme reposant sur l'idée fautive que « *l'argent fait la richesse* » et que « *la richesse consiste dans l'abondance d'or et d'argent* »<sup>176</sup>. Au-delà de la constitution d'un stock monétaire suffisant, les États cherchaient l'excédent<sup>177</sup>. La politique mercantiliste poursuivait donc l'objectif d'une balance commerciale excédentaire<sup>178</sup> en favorisant les grandes explorations, puis la colonisation.

Démarrée au début du XVIe siècle, qu'elle soit de comptoirs ou territoriale, la colonisation allait ouvrir de nouveaux circuits commerciaux et fournir capitaux, marchés et matières premières aux métropoles. Un siècle suffit à l'Angleterre pour se constituer un véritable empire colonial<sup>179</sup> auquel elle put imposer d'importants tarifs douaniers, de nombreuses prohibitions et l'usage de ses compagnies exclusives de commerce<sup>180</sup>.

Le monopole a constitué dans ce cadre la pierre angulaire du système mercantile anglais et de sa politique de maximisation des richesses, en s'appuyant d'une part sur les *Guilds* (1) et d'autre part, sur l'octroi d'*Exclusive Trade Privileges* (2).

---

au lieu et place d'une vie vouée à l'élévation de la pensée. Voir, C. PIETRO, D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, Ed. Bruylant, 2013, p. 9.

<sup>175</sup> A. CLÉMENT, Les mercantilistes et la question coloniale au XVIe et XVIIe siècles, *Outre-mers. Revue d'histoire*, 348-349, 2005, p.164 et s. ; F. POULON, Entre libre-échange et protectionnisme, où est la morale économique ?, *Finance & Bien Commun*, N° 31-32 p.130.

<sup>176</sup>C. SPECTOR, Le concept de mercantilisme, *Revue de métaphysique et de morale*, 2003, Vol. 3, N° 39, p.291.

<sup>177</sup>Suit le bullionisme qui prône l'interdiction d'exporter les métaux précieux. F. FOURQUET, *Richesse et puissance, une généalogie de la valeur*, Paris, La découverte, 1989.

<sup>178</sup>Il y a une volonté d'accroître le numéraire grâce à un solde positif des exportations par rapport aux importations. Cf. sur ce point : A. FINKELSTEIN, *Harmony and the Balance : An Intellectual History of Seventeenth-Century English Economic Thought*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2000, p.89 et s. Les économistes mercantilistes raisonnent « *sur la base d'une richesse limitée* ». Cf. A. CLÉMENT, Les mercantilistes et la question coloniale au XVIe et XVIIe siècles, *Outre-mers. Revue d'histoire*, 348-349, 2005, p.164 et s.

<sup>179</sup>Un empire mondial, sur 3 continents : G. LEMARCHAND, Un cas de transposition du féodalisme au capitalisme : l'Angleterre, *Revue d'Histoire Moderne et Contemporaine*, N°2, 1978 p.301.

<sup>180</sup> C. SPECTOR, Le concept de mercantilisme, *Revue de métaphysique et de morale*, 2003, Vol. 3, N° 39, p.291.

## 1. Le contrôle du commerce par les guildes

Le système des corporations ou *guilds*<sup>181</sup> caractéristique de l'économie féodale fut jusqu'à la fin du XVII<sup>e</sup> siècle<sup>182</sup> la forme commune de commerce en Angleterre. Les guildes correspondaient aux « métiers jurés » français, « *ces métiers jurés sont des corps, unis par un serment, dotés d'une personnalité juridique et d'une certaine autonomie* »<sup>183</sup>.

Héritières des *Collegia fabrorum* romaines<sup>184</sup>, les guildes de marchands s'étaient constituées sur le modèle des guildes de francs-bourgeois<sup>185</sup> qui en vertu de Chartes octroyées par le souverain administraient les villes et levaient les impôts<sup>186</sup>. Les propriétaires de *town lands*, qui étaient commerçants dans le même temps, avaient été amenés à se réunir pour se protéger des dangers extérieurs et organiser leurs activités. Ces groupes d'intérêts privés obtinrent très vite la reconnaissance officielle de leur existence et de leurs lois par les villes et par l'État<sup>187</sup> :

« *The king gives to the burgesses a right to form or retain an association for the purpose of employing to the best advantage those mercantile immunities which by other words of his charter he has conferred upon them. They are to be toll free; they may organize themselves for the purpose of maintaining this freedom* »<sup>188</sup>.

Les guildes de marchands possédaient une véritable autorité réglementaire sur les pratiques commerciales de leur profession, sur la conduite de leurs membres, mais aussi un pou-

---

<sup>181</sup> « *Guild* » du saxon « *Gildan* » provient du verbe « *gildare* » signifiant « *payer un tribut* ». Durant la période qui suivit le règne de Richard Cœur de Lion, les villes étaient concédées aux bourgeois par Chartes, par le roi ou par le seigneur terrien, au moyen de titres féodaux emphytéotiques. Cf. E. FISCHER, *La constitution d'Angleterre. Exposé historique et critique des origines, du développement successif et de l'État actuel de la loi et des institutions anglaises*, T.2, Paris, C. Reinwald, Librairie Editeur, 1864, Paris.

<sup>182</sup> Ils tombèrent en désuétude. Cf. Un cas de transition du féodalisme au capitalisme : l'Angleterre, p. 299 ; W. LETWIN, *Law and Economic Policy in America. The evolution of the Sherman Antitrust Act*, p. 19

<sup>183</sup> F. RIVIÈRE, Métiers, monopoles et marchés dans la Normandie de la fin du Moyen Âge : la réglementation professionnelle associée aux guildes empêche-t-elle la concurrence ?, Working Paper, EHESS Centre de recherches historiques, mars 2008, p. 2, disponible en ligne : [https://economix.fr/uploads/source/doc/colloques/2008\\_RTP/Riviere\\_Francois.pdf](https://economix.fr/uploads/source/doc/colloques/2008_RTP/Riviere_Francois.pdf).

<sup>184</sup> Les guildes d'artisans au temps des cités romaines de l'île de Bretagne. Constituées en associations, ces guildes primitives possédaient un caractère religieux, elles se réunissaient notamment dans le but d'offrir certains sacrifices. Cf. *La Constitution d'Angleterre. Exposé historique et critique des origines, du développement successif et de l'État actuel de la loi et des institutions anglaises*, T.2, Paris, C. Reinwald, Librairie Editeur, 1864, Paris.

p.60.

<sup>185</sup> *Id.*

<sup>186</sup> *Ibid.*

<sup>187</sup> *Ibid.*

<sup>188</sup> W.S. HOLDSWORTH, *History of English Law*, Methuen & Co. LTD, 1938, p.437 et s. disponible en ligne] : <https://archive.org/details/historyofenglish12holduoft> t.1, p.664.

voir disciplinaire et de sanction. Ces organisations acquièrent puissance et influence et devinrent de véritables monopoles lorsqu'ils furent placés dans la position d'empêcher à l'exception de leurs membres, quiconque d'entreprendre un commerce désigné<sup>189</sup>.

Le *Statute of Artificers*<sup>190</sup> élisabéthain de 1563, contribua au renforcement des rentes et la position de ces guildes dans l'économie anglaise en leur confiant le contrôle des moyens de production industrielle de l'État. La loi établissait en effet l'apprentissage comme voie d'entrée dans la profession et laissait toute appréciation aux guildes pour convenir de ces moyens. Le *Statute of Artificers* favorisait donc la mise en place de barrières à l'entrée des marchés par des opérateurs économiques déjà en place<sup>191</sup>. Plus encore, des *Justices of the peace* nommés par le souverain parmi les notables locaux étaient désignés pour contrôler à titre gratuit les rémunérations des travailleurs. Souvent à la tête d'une guilde, ces contrôleurs-juges furent très vite sujets à corruption<sup>192</sup> et accusés de limiter la concurrence en favorisant leur propre intérêt lors des litiges dont ils avaient à connaître, notamment en matière d'établissement des tranches salariales<sup>193</sup>.

En 1599, l'affaire *Davenant v. Hurdis*<sup>194</sup>, appelée aussi *the Merchant Tailors' case*, première affaire enregistrée mettant en cause un monopole<sup>195</sup>, est illustratrice du pouvoir que chaque guilde tentait d'exercer pour maintenir son contrôle sur son marché. L'affaire concernait la légalité d'une ordonnance produite par la guilde des marchands-tailleurs de Londres intitulé « *An Ordinance for Nourishing and Relieving the Poor Members of The Marchant Tailors Compagny* ». Cette ordonnance prévoyait que tous les membres de la compagnie devaient confier au moins la moitié des vêtements nécessitant des finitions aux membres de la guilde. Précisons que la Compagnie des tailleurs marchands avait perdu ce marché au profit

---

<sup>189</sup>W. LETWIN, *Law and Economic policy in America*, The University of Chicago Press, 1965, p.65.

<sup>190</sup>L'acte est consultable en ligne : <http://www.ditext.com/morris/1563.html> ; Cf. *The English Renaissance*, p.167

et s.

<sup>191</sup>L'affaire Ipswich Tailors de 1614. La guilde des tailleurs de Ipswich avait publié un règlement interdisant à quiconque de pratiquer son métier dans la ville sans avoir suivi un apprentissage dans la compagnie ou sans son accord préalable. La cour a reconnu l'acte invalide cas « *at the common law, no man could prohibited from working in any lawful trade* ». Néanmoins le *Statute of Artificers* continua de s'appliquer jusqu'à la fin du XVIIe siècle. Voir. W. LETWIN, *Law and economic policy in America*, The University of Chicago Press, 1965, p.29.

<sup>192</sup>C. STEBBING, *Legal Foundations of Tribunals in Nineteenth Century England*, Cambridge University Press, p.27 et s.

<sup>193</sup>Voir, G. LEMARCHAND, Un cas de transition du féodalisme au capitalisme : l'Angleterre, *Revue d'Histoire contemporaine*, N°2, 1978, p. 297 et s.

<sup>194</sup>*Davenant vs. Hurdis* (1599), Moore 576, 72 ER 769. Cf. D.O. WAGNER, The Common Law and Free Enterprise: An Early Case of Monopoly, *The Economic History Review*, Vol. 7, No.2 (May, 1937), pp.217-220.

<sup>195</sup>W. LETWIN, *Law and economic policy in America*, The University of Chicago Press, 1965, p.23.

de la *Clothworkers Guild*<sup>196</sup>. Davenant, qui était un marchand appartenant à la Guilde des Tailleurs-Marchands, refusa d'appliquer l'ordonnance et confia à une personne extérieure à sa guilde vingt habits pour reprise. Condamné à payer une amende de dix shillings par vêtement, Davenant ne se soumit pas<sup>197</sup>. La confrérie envoya donc Hurdis saisir l'équivalent dudit montant en nature. En réplique à l'exécution forcée de cette sentence, Davenant introduisit une « *action of trespass* »<sup>198</sup> devant la cour.

Pour l'*Attorney General* Edward Coke, l'ordonnance était d'une part déraisonnable et d'autre part, contraire au droit. Déraisonnable, parce que les membres de la guilde s'obligeaient à procurer du travail à leurs confrères, sans contraindre ces derniers à fournir un service rapide, de bonne qualité, à un prix raisonnable ; selon Coke, Davenant était sujet à un appauvrissement forcé et placé dans la position de décevoir ses clients. L'ordonnance était illégale, parce qu'elle revenait à créer un monopole : l'autorité qui produisait les règlements s'octroyait une partie du marché, s'appropriant graduellement l'entier commerce jusqu'il n'y ait plus d'autres *clothworkers*. Un acte tendant vers un tel pouvoir monopolistique « *is against the public goods* » et « *by laws that establish monopolies are against common law and void* »<sup>199</sup>.

Francis Moore, l'avocat de Hurdis concéda que la loi devait servir le bien public (« *public good* ») et que l'ordonnance en question devait être inapplicable si elle devait créer un monopole. Mais il affirma que celle-ci ne privait pas les *clothworkers* de leur travail puisqu'il ne visait que les membres de la guilde des Tailleurs-Marchands et que n'était concernée qu'une fraction de leurs vêtements. Il ajoute « *if this by-law were really a monopoly, then all privileges and customs of cities and borourgs, tending to exclude foreigners and to give the sole trading within the cities or borough to its own freemen, could be called monopolies* » ce qui, selon lui « *have never been disallowed as monopolies against law and common right* »<sup>200</sup>.

---

<sup>196</sup>C.M CLODE, *The Early History of the Guild of Marchant Taylors of The Fraternity of St John The Baptist*, Tome 1, Londres, Harrison and Sons, St Martin Lane, 1888, disponible en ligne : <https://play.google.com>

<sup>197</sup> W. LETWIN, *Law and Economic policy in America*, The University of Chicago Press, p. 24 ; D. C. SMITH, *Sir Edward Coke and the Reformation of the Laws : Religion, Politics and Jurisprudence, 1578-1616*, Cambridge University Press, 2014, p. 167 et s.

<sup>198</sup> *Idem.*

<sup>199</sup> W. LETWIN, *Law and Economic policy in America*, The University of Chicago Press

<sup>200</sup> *Ibid.*

Les juges retinrent l'argumentation d'Edward Coke « *because the by-law is to make monopoly: and prescriptions of such nature to induce sole trade or traffic to a company or a person, and to exclude all others is against law* »<sup>201</sup>. *Davenant vs Hurd* est le premier arrêt de *common law* mettant en cause la légalité d'une ordonnance sur le fondement du monopole. Premier éclat d'un ensemble qui allait peu à peu céder face à la pression d'un droit soutenant sinon un libéralisme économique, une certaine forme de liberté d'entreprise<sup>202</sup>. Selon le professeur William Letwin, l'action des juges n'était pas dirigée contre les monopoles en tant que tels, mais plus largement contre les troubles générés par l'administration du commerce par les guildes et indirectement contre le pouvoir politique que la Couronne exerçait en leur accordant ce pouvoir<sup>203</sup>. Les guildes furent indubitablement un instrument du mercantilisme jusqu'à leur déliquescence totale vers 1688 où les tribunaux ne sanctionneront plus la violation de leurs règles<sup>204</sup>.

Elles permirent au pouvoir royal de maintenir son contrôle sur le commerce, en y retirant dans le même temps des bénéfices accrus. Néanmoins, ce pouvoir était avant tout local et bientôt, les commerces quittèrent les villes pour échapper aux réglementations, aux lourdes charges et impôts dont ils devaient s'acquitter. Un montant substantiel de l'activité économique anglaise n'était alors plus contrôlable et imposable au travers du système des guildes, le pouvoir royal se tourna donc vers une source de revenu national dont il avait l'entière maîtrise, les *Exclusive Trade Privileges*.

## ***2. Le contrôle du commerce par les Exclusive Trade Privileges***

Les monarques anglais gouvernaient en vertu d'une autorité royale appelée « *prerogative* ». Cette prérogative était inhérente à la personne du souverain et consistait en deux types de pouvoirs. Un pouvoir absolu, qui abandonnait au roi la défense du royaume contre ses ennemis et « des pouvoirs résiduels » au contenu indéfini, qu'il pouvait mettre en

---

<sup>201</sup> *Ibid.*

<sup>202</sup> D. O. WAGNER, Coke and the Rise of Economic Liberalism, *The Economic History Review*, Vol. 6, No. 1 (Oct., 1935), pp. 30-40.

<sup>203</sup> Ce qui a joué un rôle très important dans le refus des États nouvellement fédérés de confier le pouvoir d'incorporation aux mains du gouvernement fédéral.

<sup>204</sup> G. LEMARCHAND, Un cas de transition du féodalisme au capitalisme : l'Angleterre, *Revue d'Histoire contemporaine*, N°2, 1978, p299.



œuvre afin de pourvoir au bien commun<sup>205</sup>. L'avènement de l'État moderne qui offrit à la Couronne « *tous les pouvoirs disséminés de la société féodale* »<sup>206</sup> et notamment le contrôle du commerce, lui avait permis de pratiquer comme nombre d'États en Europe, l'octroi d'*exclusive trade privilege*<sup>207</sup>.

Les droits de commerce exclusifs constituaient un enjeu à la fois financier et politique pour la monarchie. Ils permettaient à la Couronne d'augmenter les revenus votés par le Parlement<sup>208</sup> et de combler les pertes causées par les guerres et les dépenses liées à la maîtrise des voies maritimes. Sous le règne d'Elizabeth 1<sup>re</sup> leurs multiplications et leurs attributions déconnectées de toute innovation ou de tout besoin de production, avaient conduit les populations à éprouver une véritable détestation pour ces privilèges<sup>209</sup>. Cette politique presque « systématique »<sup>210</sup> d'octroi par lettre patente fut pérennisée jusqu'à l'accession de Charles Ier, pour complètement disparaître au XVIII<sup>e</sup> siècle où plus aucune compagnie privilégiée ne fut créée<sup>211</sup>.

Ces droits existaient sous quatre formes principales, non exclusives les unes des autres, selon une classification établie au XIX<sup>e</sup> par Ephraïm Lipson dans son ouvrage *The Economic History of England*<sup>212</sup>. La première catégorie qui s'apparente aux brevets actuels concernait les droits liés aux inventions et aux découvertes techniques. Ceux-ci pouvaient être décernés à l'inventeur, mais aussi à celui qui avait introduit la technologie en Angleterre<sup>213</sup>. Le deuxième type de droit offrait des exemptions à une réglementation. Alors que les lois de Navigation<sup>214</sup>

---

<sup>205</sup> É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, Dalloz, Coll. Précis, 2<sup>e</sup> Ed., 2013, p.77-78.

<sup>206</sup> *Id.*, p.13.

<sup>207</sup> Fondement de la prérogative ordinaire ou extraordinaire cf. *darcy vs. allen*

<sup>208</sup> E.F CHURCHILL, *Monopolies*, *The Law Quarter Review*, Monopolies, N°41, 1925, p.275.

<sup>209</sup> *Id.* Cf. Les nombreuses plaintes des parlementaires anglais : « They are a nest of wasps, a swarn of vermin, wich have overcrept the land. Like the frog of Egypt they have gotten possession of our dwellings, and we have scarce a room free from them. They sup in our cup ; they dip in our dish ; they sit by our fire », Cobbett's Parliamentary History of England : From the Norman Conquest, in 1066 to the Year 1803. Comprising the period from the accession of Charles the first, in March 1625, to the battle of Edge-Hill, in October 1642, Volume 2, 1er janvier 1807 p.656.

<sup>210</sup> D.S. DAVIES, Further light on the case of monopolies, *L. Q. Rev.*, p. 396. Pour le professeur D.R. SEABORNE DAVIES, l'octroi de monopole par lettres patentes était un véritable « système » mise en place dès la deuxième année de son règne.

<sup>211</sup> G. LEMARCHAND, Un cas de transition du féodalisme au capitalisme : l'Angleterre, *Revue d'Histoire contemporaine*, N°2, 1978, p. 298.

<sup>212</sup> E. LIPSON, *The Economic History of England*, A. and C. Black, 1962, p. 352-356 ;

<sup>213</sup> *Id.*; D.S. DAVIES, Further light on the case of monopolies, *L. Q. Rev.*, p. 397-398.

<sup>214</sup> Le fameux Navigation Act de 1651 prévoyait que « 1° Nulle marchandise en provenance d'Asie, d'Afrique ou d'Amérique ne sera importée en Angleterre ou dans les possessions anglaises, sinon sur des navires dont le propriétaire, le capitaine ou la majorité de l'équipage sont anglais ; 2° Nulle marchandise en provenance d'Europe ne sera importée en Angleterre ou dans les possessions anglaises, sinon sur des navires anglais ou des

requéraient l'utilisation de bateaux de navigation anglais pour le commerce, Henri VIII fit des exemptions une source substantielle de revenus<sup>215</sup>. De même, les interdictions des exportations pouvaient être exemptées. La troisième classe de droits exclusifs de commerce décernait le droit de réglementer et de contrôler un commerce particulier<sup>216</sup>. La quatrième catégorie réservait à son détenteur la pratique d'un commerce, c'est-à-dire lui octroyait un monopole<sup>217</sup>. Celui-ci était décerné sous forme de « *licence* » ou de « *patent* » pour travailler sur un marché particulier ou pour vendre des biens spécifiques. Cette dernière catégorie soulevait le plus d'indignations. Sir Edward Coke la définissait ainsi :

*A monopoly is an institution, or allowance by the King by his grant, commission, or otherwise to any persons, bodies politique or corporate, of or for the sole buying, selling, making, working, or using of any thing, whereby any person or persons, bodies politic or corporate, are sought to be restrained of any freedom (. . .) or liberty that they had before, or hindred in their lawful trade*<sup>218</sup>.

La politique protectionniste qui tendait à favoriser l'entrée de l'or et des richesses dans le pays tout en pratiquant dans le même temps des restrictions des importations avait amené l'Angleterre à favoriser les initiatives utiles à l'expansion de son commerce extérieur<sup>219</sup>. La

---

navires étrangers de la nationalité de provenance des dites marchandises ; 3° Nulle marchandise étrangère devant entrer en Angleterre ne doit y être introduite, sinon en provenance directe de son pays d'origine, ou à défaut, des ports d'embarquement utilisés d'ordinaire ». Voir, A.U. FAULKNER, Histoire économique des États-Unis, Presses universitaires de France, 1958, p. 106. Le Navigation Act fut renforcé par la suite sous Charles II en 1660, obligeant toute marchandise à destination ou en provenance d'Angleterre d'être transportée sur des navires construits en Angleterre ou dans ses colonies. Ibid.p.107.

<sup>215</sup> T.B. NACHBAR, Monopoly, mercantilism and politics of regulation, *Virginia Law Review*, Vol. 91, 2005, p.1325.

<sup>216</sup>Par exemple, Sir Walter Raleigh jouissait du droit d'octroyer des licences d'ouvertures des tavernes et de débits des vins ; D.S. DAVIES, Further light on the case of monopolies, *L. Q. Rev.*,p. 397.

<sup>217</sup>Le terme de monopole, selon l'historien Harold G. FOX, sera utilisé par Thomas More en 1516 pour la première fois. H.G. FOX, *Monopolies and Patent : A Study of the History and Future of the Patent Monopoly*, University of Toronto Press,1947. Le terme de monopole dans son acception moderne s'apparentait plutôt aux termes « *engrossing* » ou « *regrating* », ou encore « *forestalling* ». Désignant la même offense, l'atteinte illégitime affectant les prix du marché. Cf. W. ILLINGWORTH, Ed., Luke Hansard, for E. and R. Brooke, and J. Rider; J. Sewell; and J. Hatchard, 1800, p.14.

<sup>218</sup>E. COKE, *The Third Part of the Institutes of the Law of EnglandContaining the Exposition of Many Ancient and Other Statutes*, E. and R. Brooke, Bell-Yard, near Temple-Bar, Ed. 1797, Vol. 1, p. 181, [Consultable à l'adresse suivante : <https://books.google.com/books?hl=fr&id=Ik0AAAAIAAJ&q=allowance#v=onepage&q&f=false>.

<sup>219</sup>Entre libre-échange et protectionnisme, où est la morale économique ?, p.131. Beaucoup plus important que ses voisins. Comme le résume Catherine Larrière, contrairement à la France, l'Angleterre cherchait à étendre ses activités commerciales au-delà de ses limites géographiques, au-delà des mers « *l'Angleterre est une île : la*

compagnie des *Merchants-Adventurers* créée en 1404 reconnue par le roi en 1486 fut un exemple du soutien intéressé que dispensait le pouvoir royal pour concurrencer la ligue hanseatique après la guerre contre la Hanse<sup>220</sup>. Le professeur Seaborne Davies a donc dégagé une cinquième catégorie pour viser spécifiquement les chartes octroyées aux personnes établies hors d'Angleterre, sur des territoires nouveaux et qui offraient à leurs bénéficiaires les monopoles aux importations ou l'entière conduite d'un commerce nouvellement établi de et vers une partie définie du monde. Ainsi, John Cabot, qui naviguait pour le compte d'Henri VIII d'Angleterre, financé par des marchands de Londres et de Bristol, reçut le monopole du commerce des régions découvertes pour lui-même et ses héritiers, en échange du versement d'un cinquième de ses bénéfices au roi<sup>221</sup>. À l'avenant, l'établissement des premières colonies anglaises d'Amérique fut financé par des groupes d'hommes d'affaires constitués en sociétés par actions et autorisés par des Chartres<sup>222</sup>. Ce procédé permettait à l'État de ne pas supporter le risque financier de ces installations tout en espérant en obtenir un bénéfice pécuniaire<sup>223</sup>.

## B. L'Encerclement du pouvoir de contrôle du souverain par le droit

Les principes qui formèrent l'absolutisme monarchique français où le roi gouverne sans entrave ne purent jamais prospérer en Angleterre<sup>224</sup>. Si le roi « *can do no wrong* »<sup>225</sup>, il n'est pas

---

*mer est sa frontière, elle en fait l'espace de son libre déploiement, c'est son "boulevard". L'état dans sa marine, s'avance sur la mer, où se réalise l'immédiate identité de la prospérité et de la puissance, sans qu'il soit nécessaire d'en faire, au centre, la synthèse* ». C. LARRIÈRE, *L'invention de l'économie au XVIIIe siècle*, Paris, PUF, 1992, p.128.

<sup>220</sup>(1469-1474).

<sup>221</sup> D.S. DAVIES, Further light on the case of monopolies, *L. Q. Rev.*, p. 397-398 ; H.U. FAULKNER, *Histoire économique des États-Unis*, Tome 1, Éd. P.U.F, p.43-44.

<sup>222</sup> Les sociétés par actions, appelées *Compagnies de Londres et de Plymouth*, dans un premier temps, furent créées par la Charte de Virginie en 1606. Le roi leur attribua l'autorisation de s'établir pour la Compagnie de Londres entre le 34° et le 41° parallèles et pour la Compagnie de Plymouth la région du 38° et du 45° parallèles. Elles furent séparées par une Charte de 1609. La Compagnie de Plymouth fut absorbée par la Compagnie de la Baie de Massachusetts dont les actionnaires étaient des marchands puritains. Cf. H.U. FAULKNER, *Histoire économique des États-Unis*, Tome 1, Éd. P.U.F, p.43-47.

<sup>223</sup> La Compagnie de Virginie se transforma en société par actions, où chaque actionnaire détenait une ou plusieurs parts d'une valeur de douze livres et dix schillings. Les colons devaient travailler les terres durant sept années avant de pouvoir obtenir la concession d'une terre de cent acres par actions et des dividendes sur les résultats de la compagnie. Celle-ci bénéficiait d'un monopole et de privilèges afin, comme des taux préférentiels aux importations et aux exportations, de faciliter l'émergence de la Compagnie. En échange, le roi devait verser au roi un cinquième de tout l'argent et l'or récolter. Cf. H.U. FAULKNER, *Histoire économique des États-Unis*, Tome 1, Éd. P.U.F, p.43-47.

<sup>224</sup> É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, Dalloz, Coll. Précis, 2<sup>e</sup> Ed., 2013, p.75 et s.

<sup>225</sup> Établit l'irresponsabilité du roi. Voir, Blackstone's Commentaries on the Laws of England, Book the First : Chapter the Seventh : Of the King's Prerogative, disponible en ligne: [http://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/blackstone\\_bk1ch7.asp](http://avalon.law.yale.edu/18th_century/blackstone_bk1ch7.asp)

au-dessus des lois<sup>226</sup>. L'histoire constitutionnelle montre que le pouvoir royal fut progressivement dépossédé de ses « *attributs contentieux* » en faveur des juridictions indépendantes<sup>227</sup>. Son pouvoir fut limité à la fois par la *common law*, et par le Parlement qui gouverne avec lui. Parallèlement, comme par un jeu des vases communicants, la Chambre des Communes connut une poussée ascendante de ses pouvoirs. Associée étroitement au roi depuis 1265,<sup>228</sup> son influence sur les affaires du Royaume progressa bénéficiant de l'augmentation numérique de la *gentry*<sup>229</sup> et d'une bourgeoisie nouvelle qui put s'épanouir avec le fort développement économique du début du XVIIe siècle. Le premier coup de madrier s'attaquant à la prérogative royale vint du juge qui déclara pour la première fois dans l'affaire *Darcy vs Allen* de 1603 un monopole accordé par la reine Elizabeth 1<sup>re</sup> contraire à la *common law* (1). Le second, vint du Parlement qui, par le vote du *Statute of Monopolies* de 1624, acheva de déposséder le souverain de son pouvoir de création des monopoles (2).

### 1. L'affaire *Darcy vs Allen*

Sous le règne d'Elizabeth 1<sup>re</sup>, la très lucrative politique des monopoles publics menée par le pouvoir royal avait provoqué corrélativement un mouvement de protestation important chez les parlementaires. Ils voyaient en cette pratique un moyen pour le souverain de se soustraire à l'allocation des subsides votés par le Parlement et jugeaient néfastes les effets d'une telle politique sur les sujets, qui devaient supporter une charge d'impôts supplémentaires indirects<sup>230</sup>.

---

<sup>226</sup>Jean Bodin, *Les six livres de la République*, 1577, Éd.,LGF, Coll. Livre de poche,1993.

<sup>227</sup>Voir, T. PERROUD, *La fonction. Contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Ed. Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque des Thèses, Vol. 127, 2013, p.23.

<sup>228</sup> *Idem*.

<sup>229</sup>La *gentry* correspond à la classe des baronnets, *squires* et *gentleman*. Catégorie sociale plus poreuse que la noblesse française, il est possible d'entrer dans la *gentry* par simple « assimilation ». Selon L. STONE, la réussite financière, particulièrement par l'exercice d'une profession libérale, attachée à un encrage terrien, permet à une famille d'intégrer la *gentry* en deux générations. Celle-ci ne peut néanmoins se confondre avec la noblesse des lords, constitués de familles anciennes. L'élément fondamental qui caractérise cette catégorie repose sur le fait que la noblesse anglaise détient la liberté de pratiquer une activité économique et industrielle. Proches de la bourgeoisie et des marchands, ils constitueront une force stratégique de la Chambre des Communes au XVIIe siècle. L. STONE, *les causes de la révolution anglaise*, Londres, 1972, Paris, 1974 ; G.R ELTON, *The Tudor revolution in government*, Cambridge, 1953 ; C. RUSSEL, *Parliaments and English politic (1601-1629)*, Oxford University press, 1979. Voir notamment pour une comparaison avec la France : J-M. CONSTANT, *La noblesse en liberté. XVIe-XVIIe siècles*, Presses universitaires de Rennes, 2015.

<sup>230</sup>M. STEVEN, C. CALABRESI, C. LARISSA, C. LEIBOWITZ, Monopoly and Constitution : a History of Crony Capitalism, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 36, N°3, 2012, p. 989.

Or, jusqu'à l'arrêt *Darcy vs Allen*<sup>231</sup>, le monarque agissait en vertu d'une prérogative supposée indisponible. Selon Blackstone le mot *prerogativa* devant en effet, être « *usually understand that special pre-eminence, which the king hath, over and above all other persons, and out of the ordinary course of the common law, in right of his regal dignity* »<sup>232</sup>. La prérogative royale précédait en théorie la *common law* et devançait le droit. Ce principe n'était néanmoins, comme le rappelle le professeur Zoller, « ni général, ni absolu » et les juristes distinguait entre la prérogative ordinaire et la prérogative extraordinaire, qui seule échappait au contrôle du juge. L'arrêt *Darcy vs Allen* pose pour la première fois la question de savoir si la prérogative royale s'étendait à l'octroi de droits créant un monopole « illégal ».

Dans cette affaire, la reine Elizabeth 1<sup>re</sup> avait concédé à Darcy<sup>233</sup> le monopole de la fabrication, du commerce et de l'importation des cartes de jeux<sup>234</sup>. Les sujets de la couronne avaient interdiction d'importer, de vendre en gros ou au détail, de faire ou de distribuer des cartes de jeux, sous peine d'emprisonnement et de confiscation, ainsi qu'une amende de dix schillings par cartes vendues<sup>235</sup>. Thomas Allen, un mercier de Londres, transgressa cette interdiction et fut poursuivi par Darcy devant le *King's Bench* pour violation de son droit exclusif. Le recours de Darcy fut néanmoins rejeté par la cour en 1603 au motif que ce droit était « *against the common law and the benefit and liberty of the subject* »<sup>236</sup>.

Les droits exclusifs de commerce étaient depuis longtemps critiqués par le Parlement. Lors de l'assemblée de 1601, la Chambre des Communes s'était interrogée sur l'opportunité d'introduire à l'époque une législation sur ce point, avant de déposer une *pétition* auprès de la reine mettant en cause de manière directe sa prérogative<sup>237</sup>. Afin d'éviter une confrontation avec son Parlement, la reine Elizabeth décida d'annuler elle-même les monopoles les plus

---

<sup>231</sup> *Darcy*, 77 Eng. Rep. At 1262-64.

<sup>232</sup> [http://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/blackstone\\_bk1ch7.asp](http://avalon.law.yale.edu/18th_century/blackstone_bk1ch7.asp)

<sup>233</sup> D'abord octroyer en juillet 1576 à Ralph Bowes et Thomas Badingfield. Bowes avait été nommé « *master of our games* » et ce droit leur avait été rééchu en 1576, puis en 1578. Bowes devait payer 100 marks par an pour une durée de trente ans. Il mourut avant le terme de son droit et celui-ci fut réattribué à Darcy « *groom of the Privy Chamber* ». Voir, D.S. DAVIES, Further light on the case of monopolies, *L. Q. Rev.*, p.399.

<sup>234</sup> *Darcy*, 77 Eng. Rep. At 1262-64.

<sup>235</sup> D.S. DAVIES, Further light on the case of monopolies, *L. Q. Rev.*, p. 399

<sup>236</sup> D. O. WAGNER, Coke and Economic Liberalism, *The Economic History Review*, Vol. 6, N° 1, Oct. 1935, p36.

<sup>237</sup> Comme le remarque Thomas Nachbar, si le Parlement avait voté une loi contre les monopoles commerciaux, la reine aurait pu s'y soustraire en offrant des exceptions. Voir, T.B. NACHBAR, Monopoly, mercantilism and politics of regulation, *Virginia Law Review*, Vol. 91, 2005, p. 1331

décriés par la publication d'une *proclamation*<sup>238</sup> le 28 novembre 1601<sup>239</sup>, qui ne comprenait néanmoins pas celui des cartes de jeux. Thomas Allen avait donc introduit son action devant le *King's Bench* afin d'étendre la nullité des monopoles inclus dans la *proclamation* à son cas particulier.

L'arrêt *Darcy vs Allen* comme le souligne Thomas Nachbar n'est pas une charge contre les monopoles<sup>240</sup>, mais bien contre la monarchie. En effet, si la cour a affirmé qu'une lettre patente ne pouvait être utilisée pour créer un monopole de commerce, ses décisions postérieures ont montré qu'elle était prompte à respecter ceux accordés en vertu de la coutume ou d'une loi<sup>241</sup>.

## 2. *Le Statute of Monopolies*

La mort d'Elizabeth 1<sup>re</sup> et l'avènement de son neveu Jacques 1<sup>er</sup> Stuart<sup>242</sup> furent l'occasion d'affrontements sans précédent entre le Parlement d'Angleterre et le pouvoir royal, dessinant *sfumato* les premiers traits de la Glorieuse Révolution<sup>243</sup>. Alors qu'Elizabeth 1<sup>re</sup> avait toujours affirmé son pouvoir en s'appuyant sur son Parlement<sup>244</sup>, Jacques 1<sup>er</sup> aux velléités absolutistes<sup>245</sup> ouvrait son règne par deux dissolutions<sup>246</sup>. Le *Statute of Monopolies*<sup>247</sup> de

---

<sup>238</sup>Une *proclamation* a pour équivalent l'ordonnance. Voir, É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, Dalloz, Coll. Précis, 2<sup>e</sup> Ed. 2013, p.75.

<sup>239</sup>A proclamation for the reformation of many abuses and misdemeanors committed by patentees of certain privileges and licenses, to the general good of all Her Majesty's loving subjects (Nov. 28, 1601), disponible dans l'ouvrage de W. HYDE PRICE, *The English Patents of Monopoly*, 1906, réédition, The Lawbook Exchange LTD, New-Jersey, 2006, p. 157 et s.

<sup>240</sup>T.B. NACHBAR, *Monopoly, mercantilism and politics of regulation*, *Virginia Law Review*, Vol. 91, 2005, p. 1331

<sup>241</sup>*Idem.*

<sup>242</sup>Jacques VI Stuart (1566-1625). Fils de Mary Stuart, succède à Elizabeth 1<sup>ère</sup> Tudor, devint roi d'Angleterre et d'Écosse en Août 1604. Cf. B. COTTERET, *La révolution anglaise*, Ed. Perrin, 2015, p.18 et s.

<sup>243</sup>L'expression « Glorieuse Révolution » ou *Glorious Revolution*, avait été utilisée par E. BURKE, en opposition aux flots de sang versé lors à la Révolution française. Cf. É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, Dalloz, Coll. Précis, 2<sup>e</sup> Ed., note 2, p.76. La révolution anglaise ne constitue pas un tout insécable. Elle s'étend de 1642, où débute la guerre civile jusqu'à la mort du roi Charles 1<sup>er</sup> en 1649, puis de 1649 à 1660 qui établit la restauration de la monarchie. Cf. B. COTTERET, *La révolution anglaise*, Ed. Perrin, 2015.

<sup>244</sup>Elizabeth 1<sup>ère</sup> avait procédé à l'achèvement de la construction de l'Église anglicane en s'appuyant sur le Parlement. Voir, B. COTTERET, *La royauté au féminin. Elizabeth d'Angleterre*, Paris, Fayard, 2006 ; *Histoire de l'Angleterre*, Paris, Tallandier, 2007 ; K. AUGHTERSON, *The English Renaissance : An Anthology of Sources and Documents*, Routledge, 2001, p.9 et s.

<sup>245</sup>Selon É. Zoller, Jacques 1<sup>er</sup> avait été très influencé par les écrits de Jean Bodin, dont la lecture avait influencé la publication d'un ouvrage où celui qui n'était que Jacques VI d'Écosse établissait sa conception du pouvoir et de la souveraineté. Cf. King James I, *The True Law of Free Monarchies: or The Reciprocal and Mu-*

1624, allait sceller la victoire de la Chambre des Communes sur la Couronne et soustraire définitivement le commerce à la prérogative royale, soumettant plus intimement le roi à son droit<sup>248</sup>.

Jacques avait tenté d'imposer ses vues, voulant faire reconnaître la nature sacrée de son pouvoir au Parlement. Il exigeait une augmentation des impôts pour parer aux problèmes de trésorerie du royaume, qu'il ne fut néanmoins pas à même d'obtenir<sup>249</sup>. Décidé à contourner les institutions représentatives associées au pouvoir royal depuis plus de trois siècles<sup>250</sup>, il s'appliqua à distribuer de nombreux monopoles, jusqu'à concéder pécuniairement le droit de surveillance des industries, le droit d'enquêter et d'arrêter les contrevenants<sup>251</sup>; les abus alimentèrent le sentiment d'injustice et la désaffection populaire pour Jacques 1<sup>er</sup> Stuart.

Le Parlement ne pouvait tolérer que le roi puisse s'adjoindre des rentes qui n'aient pas été soumises à son vote<sup>252</sup>. Ainsi face à la crise, le roi Jacques 1<sup>er</sup> n'eut d'autre choix que de convoquer un troisième Parlement en 1621. Edward Coke, congédié par le souverain comme

---

*tual Duty Betwixt a Free King and His Natural Subjects* (1598; 1603; 1616). Edited by Daniel Fischlin and Mark Fortier; É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, Dalloz, Coll. Précis, 2<sup>e</sup> Ed., 2013, p.76.

<sup>246</sup>Le premier Parlement fut ouvert de 1606 à 1610, le deuxième Parlement en 1614 avant d'être dissout deux mois après son ouverture (« *Addled Parliament* »).

<sup>247</sup>« *An Act concerning Monopolies and Dispensations with Penal Laws, and the Forfeitures thereof* », disponible en ligne pour la version originale : <http://innovation.hoover.org/wpcontent/uploads/2015/01/Original-text.pdf>; la version modifiée : <http://www.legislation.gov.uk/aep/Ja1/21/3/contents>

<sup>248</sup>Le *Bill of Right* de 1689 soutiendra que la souveraineté appartient au Parlement et que le roi pour gouverner devra se soumettre à ce nouveau statut. É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, Dalloz, Coll. Précis, 2<sup>e</sup> Ed., p.83 et s.

<sup>249</sup>Selon J.R. TANNER, les finances avaient été grevées par la colonisation en Irlande et par le train de vie très dispendieux de Jacques et de sa suite. La dette de 400 000 livres laissée par Élisabeth s'élevait désormais à 700 000 livres par an. J.R TANNER, *English Constitutional Conflicts of the Seventeenth Century, 1603-1689*, Cambridge University Press, Ed de 1971, p.43 et s.

<sup>250</sup>Le Parlement anglais puise ses origines dans les gouvernements saxons des VIII au XI<sup>ème</sup> siècle. Cependant, le premier Parlement représentant les villes en tant que telles ne sera réuni qu'en 1265 par Simon de Montfort. Cf. <http://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/originsofparliament/>

<sup>251</sup>Voir, E.F. CHURCHILL, *Monopolies*, *The Law Quarterly Review*, Juillet 1925, p. 285. Le roi a semblé adopter une attitude ambiguë face aux *pétitions* du Parlement, affirmant vouloir combattre les monopoles et ses abus, mais restant dans le même temps inerte. Pour Nachbar, Jacques 1<sup>er</sup> a voulu mener une campagne de « *désinformation* », dont la publication du *Book of Bounty* atteste la teneur. NACHBAR, *Monopoly, mercantilism and politics of regulation*, *Virginia Law Review*, Vol. 91, 2005, p.1345.

<sup>252</sup>Le Parlement détient le pouvoir fiscal depuis le règne d'Henri III (1216-1272) qui fut le premier monarque à demander à ses sujets l'autorisation de lever l'impôt afin de suppléer aux financements des guerres. Cf. D.A. CARPENTER, *The Reign of Henri III*, The Hambledon Press, 1996; Voir plus généralement : R.G. DAVIES, J.H DENTON, *The English Parliament in the Middle Ages*, Manchester University Press, 2d Éd., 1999. Le roi reçu de nombreuses *pétitions* de la part du Parlement. Les pétitions sont des demandes écrites rédigées par les membres de la Chambre des Communes de leur propre initiative ou à la demande de particuliers. Elles sont déposées dans un sac attaché au dossier de la chaise du *Speaker* et destinées à exposer au regard du souverain des griefs ou des demandes de grâces. Voir, G. DODD, *Justice and Grace : Private Petitioning and the English Parliament in the Late Middle Ages*, Oxford University Press, 2007; H.G. FOX, *Monopolies and Patents : a Story of History and future of the Patent Monopoly*, 1947, p.117 et s.

*Lord Chief Justice of England*<sup>253</sup> prit la tête du *Committee of Grievance* créé par la Chambre des Communes. Il s'évertua à dénoncer et à critiquer la politique royale envers les droits exclusifs. Une première *bill* interdisant les monopoles fut déposée au printemps 1621<sup>254</sup>. Votée par la Chambre des Communes, un accord ne put cependant être trouvé devant la chambre des Lords. Malgré les tentatives de Jacques de satisfaire la Chambre basse par ses *proclamations* annulant les monopoles les plus controversés<sup>255</sup>, le troisième Parlement ne survécut pas à l'échec qu'il provoqua lors de la tentative de mariage du fils du roi Charles avec la catholique infante Maria d'Espagne.

En 1624, le dernier Parlement du règne de Jacques 1<sup>er</sup> fut agité par les questions religieuses et la destitution du *Lord Treasurer*, Lionel Cransfield pour corruption<sup>256</sup>. C'est dans ce contexte particulier que la *bill* qui deviendra le *Statute of Monopoly* fut introduit devant les parlementaires. Presque identique à celle de 1621, Edward Coke s'était donné néanmoins pour mission de mener à bien son vote. Si les Lords ne s'opposaient plus par principe au contenu de la loi, ils reprochaient l'absence de définition du « monopole ». Ils soulevèrent en outre, des questions sur la nature de l'action à introduire contre un monopole. Devait-elle être fondée sur la *common law* ou sur la loi elle-même ? Coke accepta d'intégrer un certain nombre d'exceptions au principe de nullité, en écartant de son application les brevets industriels et les chartes des entreprises<sup>257</sup>. Le *Statute of Monopolies* voté par les deux chambres en 1624 comprend neuf sections.

La première section dispose d'une interdiction générale de toutes les formes que peuvent revêtir les monopoles :

*All monopolies and all commissions, grants, licenses, charters, and letters patents heretofore made or granted, or hereafter to be made or granted to any person or persons, bodies politic or corporate whatsoever, of or for the sole buying, selling, making, working, or using of anything within this realm or the dominion of Wales, or of any other monopolies, or of power, liberty, or*

---

<sup>253</sup>M. ANDES ZISKIIND, Judicial Tenure in the American Constitution: English and American Precedents, *The Supreme Court Review*, 135, 1969, p.137.

<sup>254</sup>1 H.C. Jour. 575 (Mar. 25, 1621).

<sup>255</sup>La proclamation du 10 juillet 1621 annule dix-huit patents et soumet dix-sept autres au jugement de la *common law*. Voir H.G. FOX, *Monopolies and Patent : A Study of the History and Future of the Patent Monopoly*, University of Toronto Press, 1947, p.336.

<sup>256</sup>T.B. NACHBAR, Monopoly, mercantilism and politics of regulation, *Virginia Law Review*, Vol. 91, 2005, p. p.1349.

<sup>257</sup>*Idem.* p.1350.



*faculty, to dispense with any others, or to give licence or toleration to do, use, or exercise anything against the tenor or purport of any law or statute; or to give or make any warrant for any such dispensation, licence, or toleration to be had or made; or to agree or compound with any others for any penalty or forfeitures limited by any statute; or of any grant or promise of the benefit, profit, or commodity of any forfeiture, penalty, or sum of money that is or shall be due by any statute before judgment thereupon had; and all proclamations, inhibitions, restraints, warrants of assistance, and all other matters and things whatsoever, any way tending to the instituting, erecting, strengthening, furthering, or countenancing of the same, or any of them, are altogether contrary to the laws of this realm, and so are and shall be utterly void and of none effect, and in no wise to be put in ure or execution.*<sup>258</sup>

La section 2, donne compétence aux tribunaux de *common law* pour juger de la légalité d'un monopole. La section 4 détaille l'action pouvant être exercée par une personne lésée avec à la clé des dommages et intérêts punitifs de trois fois la somme estimée perdue<sup>259</sup>. La section 7 de manière très intéressante inclut une exception pour les monopoles dont le Parlement serait à l'origine :

*Provided also that this act or anything therein contained shall not in any wise extend or be prejudicial to any grant or privilege, power, or authority whatsoever heretofore made, granted, allowed, or confirmed by any act of parliament now in force, so long as the same shall so continue in force.*<sup>260</sup>

---

<sup>258</sup>*An Act concerning Monopolies and Dispensations with Penal Laws, and the Forfeitures thereof*, disponible en ligne pour la version originale : <http://innovation.hoover.org/wp-content/uploads/2015/01/Original-text.pdf>

<sup>259</sup>*An Act concerning Monopolies and Dispensations with Penal Laws, and the Forfeitures thereof*, Section 4 : « wherein all and every such person and persons which shall be so hindered, grieved, disturbed, or disquieted, or whose goods or chattels shall be so seized, attached, distrained, taken, or carried away, or detained, shall recover three times so much as the damages which he or they sustained by means or occasion of being so hindered, grieved, disturbed, or disquieted, or by means of having his or their goods or chattels seized, attached, distrained, taken, carried away, or detained, and double costs. ».

<sup>260</sup>*An Act concerning Monopolies and Dispensations with Penal Laws, and the Forfeitures thereof*, disponible en ligne pour la version originale : <http://innovation.hoover.org/wp-content/uploads/2015/01/Original-text.pdf>

Les sections 9 et suivantes énumèrent certaines des exceptions consenties par la Chambre des Communes à la Chambre des Lords notamment, le maintien des monopoles sur le verre, le fer, la fécule, le salpêtre ou la poudre à canon<sup>261</sup>.

Par le vote du *Statute of Monopolies*, le Parlement anglais ne montrait pas une hostilité *per se* envers les monopoles, ou encore un goût conscient pour le libre-échange qui serait un reflet vaticinant des idées du XVIIIe siècle. Il n'était pas question pour lui d'ôter aux villes et aux guildes leurs privilèges. Ceux-là, qui malgré la perte de leur mainmise sur la réglementation du commerce, gardaient une emprise considérable sur l'organisation économique de l'Angleterre<sup>262</sup>. Les guildes ne pouvaient supporter l'introduction d'acteurs concurrents par des voies dont elles n'avaient pas le contrôle. Il s'agissait pour elles de mener des actions juridiques toutes les fois où elles le pouvaient contre les monopoles royaux<sup>263</sup>. La quête absolutiste de Jacques 1<sup>er</sup> passait en effet par une centralisation du commerce et de l'industrie. La politique d'octroi des droits exclusifs participait à ce désir de changement profond de l'économie, qui tentait notamment de rassembler par incidence sous le contrôle national, toutes les industries jugées stratégiques par le roi<sup>264</sup>.

Si cette loi a esquissé la fin d'un arbitraire dans la création et la distribution des monopoles, elle souligne davantage l'inconsistance de la Chambre des Communes et sa volonté de s'attribuer cette compétence. Antony Bacon déclarait ainsi en 1601, «*If her majesty make a patent or a monopoly unto any of her servants, that we must go and cry out against: but if she grant it to a number of burgesses or a corporation, that must stand, and that forsooth is no monopoly*»<sup>265</sup>. Néanmoins, les droits exclusifs de commerce continueront d'être distribués par Jacques 1<sup>er</sup>, puis par son fils Charles 1<sup>er</sup> couronné en 1625. Le Parlement poursuivra son

---

<sup>261</sup>E.F. CHURCHILL, *Monopolies*, *The Law Quarterly Review*, Juillet 1925, p.284.

<sup>262</sup>Nombre de *pétitions* déposer devant le Parlement était le fait des guildes. Cf. T.B. Monopoly, mercantilism and politics of regulation, *Virginia Law Review*, Vol. 91, 2005, p.1356-1357.

<sup>263</sup>Dans l'affaire *Darcy Vs Allen*, le professeur Davies précise que Allen était appuyé et soutenu financièrement par le *Mayor* et les *Aldermen* de Londres, qui voyaient le droit de Darcy comme portant préjudice aux commerces et aux privilèges de la ville. Cf. D.S. DAVIES, Further light on the case of monopolies, *L. Q. Rev.*, p.394. Le professeur FOX nous dévoile le prologue de cette affaire : quelques années seulement après le jugement et l'annulation du monopole de Darcy par la cour, il fut octroyé sur le fondement du *Statute of Monopolies*, à la *Company of Cards Makers* : H.G. FOX, *Monopolies and Patent : A Study of the History and Future of the Patent Monopoly*, University of Toronto Press, 1947 p.128, note 21.

<sup>264</sup>T. NACHBAR, Monopoly, mercantilism and politics of regulation, *Virginia Law Review*, Vol. 91, 2005, p.1357.

<sup>265</sup>J. SPEDDING, *The Letters and the Life of Francis Bacon*, Volume 3, publié par Longmans, Green, Reader and Dyer, Londres, 1868, p.27.

opposition aux monopoles, constituant un des sujets importants du *Long Parlement*<sup>266</sup> de 1640-1648<sup>267</sup>. Seuls la *Glorious Revolution* et le vote du *Bill of Rights* en 1689, mettra une fin définitive à l'arbitraire du roi<sup>268</sup>.

Si le Parlement anglais se vouait à condamner les monopoles royaux, il n'était pas question d'esquisser une quelconque évolution dans sa politique économique envers les colonies. Au contraire, les grandes compagnies maritimes à chartes furent pérennisées et l'État intervenant directement dans l'économie s'appliqua à les maintenir dans un état de dépendance insupportable pour elles.

## §2. *Le mercantilisme anglais dans l'Amérique prérévolutionnaire*

L'État n'a pas été à l'origine des premières colonies d'Amérique. Fondées sur des motifs commerciaux en Virginie ou religieux en Nouvelle-Angleterre, elles furent à l'initiative de particuliers, financée à l'aide de moyens privés. Ne relevant pas d'une politique entreprise par la Couronne, son soutien fut dans un premier temps uniquement d'ordre formel<sup>269</sup>. L'Angleterre saisit néanmoins très vite l'intérêt commercial qu'elle pouvait tirer de ses colonies de peuplement (A). Motivé par des considérations « utilitaires », leur développement fut freiné par les applications de cette politique mercantiliste, menant dès 1763 aux événements prérévolutionnaires (B).

---

<sup>266</sup> B. COTTERET, *La révolution anglaise*, Ed. Perrin, 2015, p.18 et s.

<sup>267</sup> Il aboutira à la destruction des monopoles industriels et les privilèges des grandes compagnies disparaîtront. Cf. C. HILL, *The century of Revolution. 1603-1714*, réédition de 1980, 1969, pp.136-144 ; S.G. CALABRESI, L.C. LEIBOWITZ, Monopolies and The Constitution : A History of Crony Capitalism, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 36, No. 3, 2013, p.1001.

<sup>268</sup> M. CONANT, Antimonopoly Tradition Under The Ninth And Fourteenth Amendments : Slaughter-House Cases Re-Examined, *Emory Journal of Law*, Tome 31, 1982, p.796-797 ; G. LEMARCHAND, Un cas de transition du féodalisme au capitalisme : l'Angleterre, *Les Cahiers des Annales de Normandie*, n° 30, 2000, p.299.

<sup>269</sup> L'Angleterre octroyait des charges autorisant la colonisation, mais n'était pas à son initiative. Cf. É. ZOLLER, *Le droit des États-Unis*, 2014, p.4, disponible en ligne sur le site du CDPC, [http://www.u-paris2.fr/1396864022103/0/fiche\\_article/&RH=CDPC-ETUDES](http://www.u-paris2.fr/1396864022103/0/fiche_article/&RH=CDPC-ETUDES).

## A. La conception politique

Si l'Angleterre avait attendu pour apporter son soutien aux aventuriers et aux marchands, le succès progressif de leur établissement ne pouvait s'inscrire en dehors de son contrôle : les terres nouvelles devaient s'établir sous la domination politique et juridique du souverain<sup>270</sup>. Les lettres patentes et les chartes dévolues par la Couronne accroissaient sa puissance et sa richesse tout en procurant à ses détenteurs la garantie de posséder un droit sur ces terres. Pour les économistes mercantilistes comme Josiah Child et Charles Davenant, les colonies de peuplement étaient un moyen de parer le surpeuplement des îles<sup>271</sup> tout en permettant la vente des marchandises produites par le royaume, mais les nombreuses ressources qu'offrait l'Amérique devaient permettre avant tout l'enrichissement de la mère patrie<sup>272</sup>. Lord Cornbury, gouverneur de l'État de New York affirmait en ce sens que « toutes ces colonies n'étaient que les rameaux de l'arbre principal »<sup>273</sup> qui devaient « demeurer dans une dépendance et une soumission totale vis-à-vis de l'Angleterre »<sup>274</sup>. Comme le rappelle Alain Clément, si les colonies permettaient à l'Angleterre de réduire sa dépendance à l'égard des États européens<sup>275</sup> c'était à la condition que celles-ci soient maintenues dans un état d'assujettissement total vis-à-vis de la métropole. Cette conception « égoïste » des liens entre la mère patrie et ses possessions d'outre-mer prônait respectivement la « dépendance économique » de l'Amérique, mais aussi l'empêchement envers toute forme d'émancipation par la constitution de forces de défense propres<sup>276</sup>. Pour l'historien américain Harold Underwood

---

<sup>270</sup> Malgré une relative liberté dans l'organisation des communautés. Cf. H. TROCMÉ, J. ROVET, *Naissance de l'Amérique moderne XVIe-XIXe siècle*, Hachette, 1997, p. 45.

<sup>271</sup> Les économistes mercantilistes pensaient l'Angleterre surpeuplée et envisageaient les colonies comme un débouché naturel pour ce surplus de population. Nombre de pamphlétaires de l'époque décrivent les méfaits du chômage et de l'oisiveté que cause un trop grand nombre d'habitants. Cf. A. CLÉMENT, *Les mercantilistes et la question coloniale aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles*, *Outre-mers : revue d'histoire*, 2005, p.4-5 ; H.U. FAULKNER, *Histoire économique des États-Unis d'Amérique des origines à nos jours. Du système colonial au lendemain de la guerre de Sécession*, T.1, PUF, 1958, p. 35 et s.

<sup>272</sup> Pour des points de vue contraires, les économistes William Petty et Roger Coke, qui considéraient les colonies comme coûteuses « *en force vives* » et en dépenses de sécurité. Cf. *Idem*.

<sup>273</sup> Lettres de lord Cornbury au secrétaire Hedges en 1705, extrait publié dans l'ouvrage de H.U. FAULKNER, *Histoire économique des États-Unis d'Amérique des origines à nos jours. Du système colonial au lendemain de la guerre de Sécession*, T.1, PUF, 1958, p. 108.

<sup>274</sup> *Idem*.

<sup>275</sup> Alain Clément rappelle aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles que les économistes condamnaient presque unanimement le goût des Anglais pour les produits de luxe français qui participaient selon eux à l'enrichissement du royaume de France et augmentaient la consommation intérieure du pays. A. CLÉMENT, *Les mercantilistes et la question coloniale aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles*, *Outre-mers : revue d'histoire*, 2005, p.10.

<sup>276</sup> J. CHILD, *A New Discourse of Trade*, J. Hodge, London, 1690 ; C. DAVENANT, « Discourses on the public revenue and on the trade », 1698, in, *The Political and Commercial Works, Collected and Revised by Sir*

Faulkner « *tant que les colonies furent jeunes et les lois violées, le mercantilisme britannique ne parut pas trop pesant* », mais le traité de Paris qui clôt la guerre de Sept Ans en 1763 amorça un durcissement dans la politique de protection des intérêts économiques de l'Angleterre, à l'origine des bouleversements prérévolutionnaires.

## B. Les applications économiques

La Grande-Bretagne avait engagé pour maintenir sa domination sur ses colonies une série de lois encadrant le commerce, de la production au transport des marchandises, qui lui garantissait un enrichissement substantiel sans risquer l'autonomisation économique de l'Amérique (1). La pression fiscale et les abus de l'autorité normative engendreront chez les Américains la volonté farouche d'acquérir les libertés économiques dont ils étaient jusque-là privés (2).

### 1. Les lois mercantilistes

La vision mercantiliste empêchait tout développement économique des colonies en dehors du cadre circonscrit par l'intérêt de la mère patrie. Les grands règlements sur la Navigation<sup>277</sup> qui obligeaient l'utilisation de navires ou d'équipages anglais pour le transport et le commerce étaient accompagnés d'un contrôle sévère et généralisé de la production coloniale. Les gouverneurs locaux devaient veiller à décourager toutes activités pouvant entrer en concurrence avec les activités stratégiques de l'Angleterre comme la laine ou le fer<sup>278</sup>. En 1731, la société des fabricants de feutres qui suspectait une concurrence des colonies déposa une *pétition* devant le Parlement afin qu'une enquête soit diligentée en Amérique. Celle-ci révéla

---

Charles Whitworth, R. Horsfield, Londres, 1771, Réédité en 1969 par Gregg Press, Vol. II. [disponible en ligne sur Gallica : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k49988p> ]

<sup>277</sup> Le Parlement anglais vota trois règlements portant restrictions sur le commerce par voies navigables. Le premier fut voté à l'initiative d'Oliver Cromwell en 1651, le deuxième et le troisième sous Charles II en 1660 et 1672. Ce monopole réservé aux armateurs anglais faisait monter le taux du fret, par le paiement de frais d'intermédiaires aux marchands anglais, l'obligation d'utiliser les entrepôts anglais, ainsi qu'un numéraire C. CLARK NORTHROP, *The American Economy : A Historical Encyclopedia*, Vol.I, ABC-CLIO, 2d Ed., March 2011, p. 202. Voir plus particulièrement, O. DICKERSON, *The Navigation Acts and the American Revolution*, Philadelphia, University of Pennsylvania, 1951; B. BAILY, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1967.

<sup>278</sup> Le commerce du lainage représentait la moitié des exportations de l'Angleterre vers ses colonies. Le *Woolen Act* de 1699 interdisait aux colonies l'exportation des tissus laineux produits à bas coût grâce à l'esclavage, en dehors de l'Angleterre. L'Angleterre avait un besoin de fer important et afin de décourager la fabrication de produits ouvrés, le Parlement vota l'*Iron Act* de 1750 interdisant la fabrication de la fonte et de l'acier. Cf. J-C CASTEX, *Diplomatie franco-anglaise de la Guerre d'Indépendance américaine*, Les Éditions Lulu, 2015, p. 25.

qu'il se fabriquait dix mille chapeaux par an en Nouvelle-Angleterre et à New York. La vente de chapeaux hors de la colonie fut interdite et la fabrication de chapeaux en feutre soumis à la condition d'un apprentissage de sept ans<sup>279</sup>. Ces entraves à la liberté des colons en faveur de celle des métropolitains étaient acceptées dans la mesure où ils jouissaient d'une liberté politique jusque-là inconnue au XVIII<sup>e</sup> siècle et certains marchands, planteurs et fermiers d'Amérique avaient su corrélativement s'enrichir du commerce avec l'Angleterre<sup>280</sup>.

La victoire de l'Angleterre sur la France lors de la guerre de Sept Ans<sup>281</sup> avait entraîné un changement de circonstances important. Les caisses du royaume étaient vides et le Premier ministre William Pitt se tourna naturellement vers les colonies pour parer la crise<sup>282</sup>. Une réorganisation et un resserrement du contrôle douanier furent instaurés. Les intérêts sucriers anglais<sup>283</sup> devaient être notamment protégés contre la contrebande antillaise qui vendait leur mélasse à meilleur marché et dont le commerce profitait aux Français. Le *Sugar Act* du 5 avril 1764 diminua le prix de 6 à 3 *pence* par gallon, afin d'inciter les marchands à respecter la loi et recueillir ainsi quelques recettes<sup>284</sup>. Cette baisse de prix s'accompagna d'un affermissement des contrôles et une augmentation des procès en contrebandes. En outre, des droits supplémentaires sur le sucre étranger, l'indigo, le café, les vins, les soieries furent appliqués, précipitant dans la crise la Nouvelle-Angleterre et les colonies centrales.

Au *Sugar Act*, s'ajouta en 1765, le *Stamp Act* qui imposait un timbre fiscal sur « chaque peau ou morceau de vélin ou de parchemin, pour chaque feuille ou morceau de papier, sur quoi sera rédigée, écrite, ou imprimés une requête, une défense, une objection ou

---

<sup>279</sup> H.U. FAULKNER, Histoire économique des États-Unis d'Amérique des origines à nos jours. Du système colonial au lendemain de la guerre de Sécession, T.1, PUF, 1958, p. 109.

<sup>280</sup> L'Angleterre subventionnait les productions des denrées qu'elle recherchait, telles que « les fournitures pour la marine, l'indigo [des] tarifs préférentiels accordés au tabac, au bois de charpente, au fer, à l'huile de baleine et aux perlasses ». Faulkner ajoute qu'il arrivait aux colons de payer certains produits moins chers que les Anglais eux-mêmes, en raison du remboursement de la taxe sur les produits importés d'Angleterre. Idem, p. 111.

<sup>281</sup> La guerre de Sept Ans (1756-1763), oppose l'Angleterre et la France sur les territoires d'Acadie. La France, battue, céda la Nouvelle-France à l'Angleterre lors de la signature du traité de Paris le 8 septembre 1760. H. TROCMÉ, J. ROVET, *Naissance de l'Amérique moderne XVIe-XIXe siècle*, Hachette, 1997, p. 72.

<sup>282</sup> A. KASPI, *La révolution américaine, 1763-1789*, Coll. Folio Histoire, Gallimard, 2013, p. 44.

<sup>283</sup> Le sucre représentait au XVIII<sup>e</sup> siècle une denrée particulièrement prisée. Selon FAULKNER, les investissements britanniques dans les îles à sucres, *i.e.* les Barbades et la Jamaïque s'élevaient à 60 000 livres. Des « seigneurs du sucre » siégeaient au Parlement de Westminster et entendaient défendre leurs intérêts. H.U. FAULKNER, *Histoire économique des États-Unis d'Amérique des origines à nos jours. Du système colonial au lendemain de la guerre de Sécession*, T.1, PUF, 1958, p. 113.

<sup>284</sup> Selon A. KASPI, le gouvernement royal espérait retirer de cette politique entre 50 000 et 80 000 par an alors que les droits issus des *Navigation Acts* ne lui rapportaient originellement que 2000 à 3000 livres par an. A. KASPI, *La révolution américaine, 1763-1789*, Coll. Folio Histoire, Gallimard, 2013, p. 44.

*toute autre forme de plaidoirie* »<sup>285</sup>, de même que sur les diplômes universitaires, contrats, testaments, pamphlets. La promulgation de cette loi conduit d'abord les colons à pétitionner sans succès auprès des représentants du gouvernement britannique afin que la taxe litigieuse soit retirée<sup>286</sup>. L'opposition mena alors au boycott des produits anglais, produisant un impact suffisamment important en Angleterre pour entraîner l'abrogation du *Stamp Act* et la révision du *Sugar Act* en 1766. Un conflit plus âpre encore suivit en 1767, par le vote des lois *Townshend*<sup>287</sup> qui augmentaient les droits « sur le verre, le papier, les couleurs, le minium, la céruse et le thé »<sup>288</sup> et les colons étaient forcés de payer depuis 1665 les frais de cantonnement des garnisons anglaises. L'argent récolté était censé retirer aux sujets américains leur moyen de pression sur les fonctionnaires britanniques, qui pouvaient refuser de s'acquitter de ces paiements<sup>289</sup>. En 1770, les lois *Townshend* furent partiellement abrogées.

Les taxes et les charges diverses avaient mené les Américains à une forme d'exaspération, mais ce furent les effets proprement anticoncurrentiels d'une loi sur le thé, qui marqua l'entrée dans la révolution américaine.

## ***2. Les conséquences politiques de l'aide à la Compagnie des Indes orientales***

La Compagnie des Indes orientales possesseur d'une charte depuis 1600 et du monopole du commerce avec « les Indes » se trouvait en 1773 au bord de la faillite. Les abondantes pertes dont elle faisait l'objet étaient essentiellement dues à une mauvaise gestion de l'entreprise et sa banqueroute aurait touché les intérêts de nombreux politiciens et investisseurs anglais. Or, la société possédait un stock de thé d'une valeur de 17 000 000 livres dans ses entrepôts. La Couronne entreprit de vendre ce stock directement à l'Amérique en supprimant exceptionnellement la taxe prélevée sur les thés importés d'Angleterre. Habituellement, comme l'explique Harold Faulkner, les colons payaient un prix final comprenant quatre types de charges : le coût d'achat à la Compagnie des Indes orientales, le bénéfice de

---

<sup>285</sup> A. KASPI, *La révolution américaine, 1763-1789*, Coll. Folio Histoire, Gallimard, 2013, p. 46.

<sup>286</sup> *Idem.*

<sup>287</sup> En 1766, le roi Georges III désigne William Pitt Premier ministre. Au sein de ce nouveau gouvernement désigné par Charles TOWNSHEND occupait la fonction de chancelier de l'Échiquier et était à ce titre en charge de l'élaboration du budget. *Ibid.* p. 46.

<sup>288</sup> H.U. FAULKNER, *Histoire économique des États-Unis d'Amérique des origines à nos jours. Du système colonial au lendemain de la guerre de Sécession*, T.1, PUF, 1958, p. 114.

<sup>289</sup> *Idem.*

l'intermédiaire anglais, celui de l'importateur américain et enfin celui du marchand local. L'Angleterre en permettant la vente directe du stock de thé aux colonies supprimait tous les intermédiaires et attribuait de fait un monopole d'importation à la Compagnie des Indes, confinant à la ruine les marchands qui avaient importé du thé et payé tous les droits.

Les colonies américaines ne bénéficiaient pas des mêmes droits et des mêmes protections que les *Englishmen*. Le *Statute of Monopolies* et la *common law* qui limitaient la pratique des monopoles en Grande-Bretagne ne produisaient pas d'effet dans les colonies. Or, les Américains revendiquaient l'application de ces droits et se révoltaient au nom des principes anglais. D'abord en invoquant la règle « *no taxation without representation* »<sup>290</sup> inscrite dans la Grande Charte de 1214, lors du vote des lois *Townshend*, mais aussi en inscrivant dans leurs chartes les protections constitutionnelles britanniques<sup>291</sup>. Comme le résume l'historien Richard Morris, « *nous n'avons pas déclaré notre indépendance à l'égard de George III pour réformer les lois foncières, changer les codes criminels, répandre l'éducation populaire ou séparer l'Église et l'État. Nous avons rompu avec l'Angleterre pour réaliser notre indépendance politique, nous libérer des contrôles extérieurs et émanciper, si vous le voulez, la bourgeoisie des restrictions mercantilistes* »<sup>292</sup>.

---

<sup>290</sup> Selon Élisabeth Zoller, il était admis que les colons américains n'étaient pas soumis à l'impôt. Les droits et les taxes étaient traités comme « *des mesures destinées à régler le commerce, non à alimenter le trésor royal* ». É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, Dalloz, Coll. Précis, 2<sup>e</sup> Ed., p.133.

<sup>291</sup> La colonie du Massachusetts avait par exemple introduit en au sein de sa charte un *Body of Liberties* en 1641 qui interdisait notamment, la création ou l'autorisation d'un monopole en son sein, sauf en cas d'invention et pour une durée limitée. Ce *Body of Liberties* avait été adopté à l'époque des grandes victoires du Parlement anglais sur la Couronne. Cf. M. CONANT, *Antimonopoly Tradition under the Ninth and Fourteenth Amendments : Slaughter-House Case Re-Examined*, *Emory Law Review*, Vol.31, 1982, p.797.

<sup>292</sup> R.B. MORRIS, *The American Revolution Reconsidered*, Harper and Row, New York, 1967, p.83-84. Les théories sur les origines de la révolution américaine sont multiples, les historiens s'accordent tous néanmoins sur la prégnance des causes économiques. Voir, sur ce point particulièrement, Louis HACKER, qui trouve dans les restrictions mercantilistes imposées par gouvernement britannique et l'expansion du capitalisme marchand des colonies, la cause principale de l'indépendance. L. HACKER, *The First American Revolution*, *Columbia University Quarterly*, Vol. 27, pp.259-295 (1935). Voir aussi, M. EGNAL, J. A. ERNST, *An Economic Interpretation of the American Revolution*, *The William and Mary Quarterly*, 3rd Ser., Vol. 29, No. 1 (Janv. 1972), pp. 3-32.



## Section 2. Les origines d'une défiance proprement américaine

Lors de la rédaction de la Déclaration d'Indépendance du 4 juillet 1776, Thomas Jefferson s'était prévalu, en autres, du droit à la résistance<sup>293</sup> (*the right to resistance*) pour justifier l'indépendance des treize colonies. Il faisait référence au *Rule of law*, c'est-à-dire au principe de prééminence du droit qui, avant lui, avait déjà fondé l'opposition du Parlement de Londres aux rois d'Angleterre. L'influence fut structurante pour les États-Unis, pour qui « avoir des droits contre l'État est inhérent à une société de liberté constitutionnelle »<sup>294</sup>.

Les treize colonies devenues des États « libres et indépendants »<sup>295</sup> étaient cependant marquées par les pratiques coloniales subies depuis leur établissement<sup>296</sup>. Dès la fin de la révolution,<sup>297</sup> toutes les institutions économiques et politiques symbolisant l'Empire britannique furent rejetées. L'union des États devait s'inventer à l'écart du modèle anglais, en repoussant à la fois, la souveraineté du Parlement de Georges III, mais aussi celle des États appelés plus tard, en 1787, à réaliser « une union plus parfaite »<sup>298</sup>.

L'indépendance marqua toutefois le début d'une crise économique sévère pour les treize États unis en Confédération<sup>299</sup>. Privés de leurs débouchés commerciaux<sup>300</sup> et en proie à la dette, ils

---

<sup>293</sup> « Le droit à la résistance » est issu à l'origine du droit coutumier germanique. Il aurait fondé le principe du « *Rule of law* » durant la période médiévale, en opposition aux maximes du droit romain tardif qui ont inspiré les monarchies absolutistes. Cf. B. Z. TAMANAHA, *On the Rule of Law : History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, 2004, p.24 et suiv. ; A H. GARRISON, *The Rule of Law and the Rise of Control of Executive Power*, *Texas Review of Law & Politics*, Vol. 18, p.304-355.

<sup>294</sup> L. JAUME, Les droits contre la loi ? Une perspective sur l'histoire du libéralisme, *Vingtième siècle. Revue d'histoire*, N°1, 2005, p.29.

<sup>295</sup> *Declaration of Independence*, 1776. [Disponible en ligne] sur le site internet des archives nationales américaines: [http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration\\_transcript.html](http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration_transcript.html)

<sup>296</sup> Cf. S.E. BALDWIN, *American Business Corporations before 1789*, *The American Historical Review*, Vol. 8, No. 3 (Apr., 1903), p. 449.

<sup>297</sup> La révolution américaine commence selon une chronologie établie à partir de la fin de la guerre de Sept Ans en 1763 au 3 septembre 1783, date de la signature du traité de Versailles reconnaissant l'indépendance des treize colonies. Voir, notamment, pour des éléments de textes historiques et statistiques sur la période, J.R. POLE, *The Revolution in America, 1754-1788*, Londres, Macmillan, 1970. Pour des ouvrages généraux, cf. R.B. MORRIS, *Encyclopedia of American History*, Harper and Row, 2<sup>e</sup> éd., New York, 1965 ; M. JENSEN, *The New Nation. A History of United States During the Confederation, 1781-1789*, Alfred A. Knopf, New York, 1950 ; J.R. ALDEN, *La Guerre d'Indépendance, 1775-1783*, Seghers, coll. Vent d'Ouest, 1965.

<sup>298</sup> Préambule de la Constitution des États-Unis. Disponible en ligne à l'adresse suivante : [http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution\\_transcript.html](http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html)

<sup>299</sup> La Confédération est fondée le 15 novembre 1777.

<sup>300</sup> Le traité de Paix signé le 3 septembre 1783 n'incluait pas de réciprocité dans les relations commerciales avec l'Angleterre. Les *Navigations Acts* qui n'admettaient que des navires britanniques avec des équipages britanniques et imposaient d'importants droits de tonnages aux flottes marchandes américaines mouillant dans

tentèrent de s'extraire de la crise les uns aux dépens des autres, sans que le Congrès continental pût s'interposer. En effet, en vertu de l'article premier de la Confédération « *chaque État conserve sa souveraineté, sa liberté et son indépendance* »<sup>301</sup>. Lever l'impôt ou voter des taxes afin d'établir une cohérence fiscale entre les États n'était pas dans les attributs du Congrès<sup>302</sup>, celles-ci étant « *déterminées et levées sous l'autorité et conformément aux législatures des différents États* »<sup>303</sup>.

Créé pour faire la guerre, le cadre de la Confédération ne s'adaptait plus aux besoins nécessaires à la reconstruction matérielle et politique du pays. Le Congrès convoqua dès lors, le 21 février 1787 une convention à Philadelphie aux fins « *d'adapter la Constitution fédérale aux exigences d'un gouvernement et à la préservation de l'Union* »<sup>304</sup>. Les États confédérés avaient besoin d'un gouvernement central fort afin de contrôler la monnaie<sup>305</sup> et établir un commerce libre entre les États<sup>306</sup>. C'est dans ce cadre que la société (*corporation*) constitua le vecteur d'une opposition franche entre fédéralistes et antifédéralistes<sup>307</sup>.

Quoiqu'encore peu développée au XVIII<sup>e</sup> siècle, elle exacerba la crainte d'un rétablissement « *d'une autorité tyrannique et centralisée qui évoquerait la tutelle de la Couronne britannique* »<sup>308</sup>. James Winthrop, célèbre antifédéraliste connu sous le sobriquet d'Agrippa écrivait en 1788, « *The freedom that every man, whether his capital is large or small, enjoys of entering into any branch that pleases him, rouses a spirit of industry and exertion, that is friendly*

---

leurs ports. En outre, l'Amérique qui dépendait majoritairement des produits manufacturés européens subissait une balance commerciale négative et les accords commerciaux conclus étaient pour la plupart inégalitaires (seules la Suède et la Prusse consentirent des traités garantissant une égalité dans leurs rapports commerciaux). Cf. H.U. FAULKNER, *Histoire économique des États-Unis d'Amérique des origines à nos jours. Du système colonial au lendemain de la guerre de Sécession*, T.1, PUF, 1958, p. 139 ;

<sup>301</sup> Article 1<sup>er</sup> des Articles de la Confédération.

<sup>302</sup> Les États confédérés avaient refusé au Congrès continental créé en 1774, le pouvoir de réglementer le commerce. H.U. FAULKNER, *Histoire économique des États-Unis d'Amérique des origines à nos jours. Du système colonial au lendemain de la guerre de Sécession*, T.1, PUF, 1958, p.140.

<sup>303</sup> Article VIII des Articles de Confédération.

<sup>304</sup> É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, Dalloz, Coll. Précis, 2<sup>e</sup> Ed., ZOLLER, p. 140.

<sup>305</sup> Le dollar américain apparut trois ans après l'entrée en vigueur de la Constitution. Auparavant, chaque État possédait sa propre monnaie, toute sujette à de fortes fluctuations. Cf. F. VERGNOLLE DE CHANTAL, *La Convention de Philadelphie : les fondements du modèle américain*, *Critique internationale*, 2003/4 no 21, p. 123.

<sup>306</sup> Plusieurs assemblées avaient déjà été organisées pour faciliter le commerce entre les États. La Convention d'Annapolis en septembre 1786 appela à l'organisation d'une nouvelle convention afin de résoudre les problèmes causés par la Confédération. *Idem*, p.123.

<sup>307</sup>F. VERGNOLLE DE CHANTAL, L'antifédéralisme américain, diversité et pérennité, *Commentaire*, 2000/3, N° 91, p. 543-548. Voir aussi le recueil complet des œuvres antifédéralistes d'Herbert J. Storing. H.J. STORING, *The Complete Anti-federalist*, University Press of Chicago, 1981 (7 vol.).

<sup>308</sup> F. VERGNOLLE DE CHANTAL, L'antifédéralisme américain, diversité et pérennité, *Commentaire*, 2000/3, N° 91, p. 545.

*to commerce. It prevents that stagnation of business which generally procedes public commotions. Nothing ought to be done to restrain this spirit* »<sup>309</sup>. La question posée aux représentants des États portait plus exactement sur l'opportunité de conférer un pouvoir créateur d'entreprises au gouvernement fédéral dans la Constitution. Confondu à la problématique des monopoles publics (§ 1. La tentative de constitutionnalisation d'un droit des sociétés fédéral), ce débat se poursuivit lors de la création des deux premières banques nationales (§ 2. Le tropisme antifédéraliste).

### *§1. La tentative de constitutionnalisation d'un droit des sociétés fédéral*

Lors de l'élaboration de la Constitution, les États avaient hérité de la suspicion issue de la *common law* anglaise<sup>310</sup> que les entreprises créées par chartes menaient nécessairement à la création de monopoles. La retranscription des débats devant la Convention montre la confusion qui présidait entre l'entité juridique de commerce et le régime exclusif qui y était généralement associé. Les représentants des États devaient convenir des pouvoirs à accorder l'État fédéral et notamment, s'il lui allait être dévolu un pouvoir général de création de sociétés (*general incorporation power*). La création du cadre juridique suprême à l'origine des États-Unis devait néanmoins s'établir dans les limites des besoins de l'Union<sup>311</sup> et dans le respect des États fédérés qui lui préexistaient, or il appartenait jusque-là aux États d'autoriser la création de la société<sup>312</sup> (A). Celle-ci devint l'enjeu d'une bataille entre fédéralistes et antifédéralistes lorsque James Madison proposa de délivrer cette compétence à la fédération, non pour des raisons intrinsèques, mais parce qu'elle constituait le véhicule d'un autre pouvoir, la création de monopoles (B).

---

<sup>309</sup>S.G. CALABRESI, L.C. LEIBOWITZ, *Monopolies and The Constitution: A History of Crony Capitalism*, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 36, No. 3, 2013, p.1013, citant l'ouvrage d'Herbert J. STORING, *The Complete Anti-federalist*, University Press of Chicago, ed. 1981.

<sup>310</sup>J.W. HURST, *The Legitimacy of Business Corporation in the Law of United States : 1780-1970*, (1970), p.24; W. L LETWIN, *The English Common law Concerning Monopolies*, *University of Chicago Law Review*, 355, 356 (1954).

<sup>311</sup>L. HENKIN, *Les droits économiques dans la Constitution américaine*, *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 45, N° 2, Avril-juin 1993, p.424.

<sup>312</sup>En France, le terme « société » est apparu vers 1636 pour désigner en droit « une association de personnes propriétaires d'un patrimoine et qui réalise des opérations commerciales à but lucratif ». A. REY et al., *Le dictionnaire historique de la langue française*, Ed. Le Robert, 1992, p.1958.

## A. Le développement de la société au sein des États

L'organisation des activités économiques s'est structurée autour d'entités juridiques qui permettaient la facilitation des agrégations de capitaux, les *corporations*. Le caractère extraordinaire de l'attribution d'une personnalité juridique autonome de ses constituants, héritée de l'époque monarchique (1), faisait relever leur existence de la compétence exclusive de l'autorité publique étatique (2).

### 1. Le caractère monarchique originel de la corporation

Politique économique encore dominante à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, le mercantilisme fondait sa doctrine sur l'inaptitude du marché à concourir seul efficacement à l'accroissement des richesses nationales<sup>313</sup>. En accord avec cette idée, l'État se reconnaissait un droit naturel d'intervention dans l'économie appliquant ainsi, « *des tarifs douaniers sur les importations des produits manufacturés* », procédait à « *l'interdiction des ventes des métaux précieux aux étrangers* », octroyait des « *subventions aux industries d'exportation* », et favorisait « *la construction d'une flotte puissante* »<sup>314</sup>. Plaçant son action au cœur de l'économie, il était naturel pour l'État d'exercer son contrôle sur les activités entrepreneuriales qui pouvaient *de jure* être soumises à sa direction et placées au service de sa politique<sup>315</sup>. Dans ce contexte juridique, la personnalité morale était attribuée par lettre patente du souverain ou bien *a posteriori* par reconnaissance royale sous réserve de l'accord du Parlement, qui bénéficiait lui aussi de ce pouvoir créateur. La société était le résultat, selon Herbert Hovenkamp, d'un « contrat spécial » (*charter*) avec l'État<sup>316</sup>. Il pouvait exister néanmoins certains corps qui depuis longtemps agissaient en tant que *corporation* et étaient reconnus comme tels « *by prescrip-*

---

<sup>313</sup> H. HOVENKAMPT, *Enterprise and American Law*, Harvard University Press, 1993, p11.

<sup>314</sup> F. TEULON, *Vocabulaire économique*, Coll. Que-sais-je, Ed. Presses Universitaires de France, 3<sup>e</sup> éd., 1996, 128p.

<sup>315</sup> Cf. *supra*, « la politique mercantiliste », p.45 ; Voir, S. WILLISTON, *History of the Law of Business Corporations before 1800*, *Harvard Law Review*, Vol. 2, No. 3, 15 Octobre 1888, pp.105-124.

<sup>316</sup> Selon Kevin R. Kosar, le mot « *charter* » désigne dans la linguistique anglo-américaine plusieurs actes juridiques distincts. Dérivé du latin classique « *charta* », qui signifie « feuille de papyrus préparée pour recevoir l'écriture » ( Cf. Centre Nationale des Ressources Textuelles et Lexicales, <http://www.cnrtl.fr> ), il est utilisé en droit fédéral comme l'acte établissant une société. La charte comprend plusieurs éléments constitutifs au sein desquels : le nom, l'objet, la durée, la structure de gouvernance, les pouvoirs de la société, les pouvoirs fédéraux de contrôle. Voir, K.R. KOSAR, *Congressional or Federal Charters : Overview and Enduring Issues*, *CRS Report for Congress*, Congressional Research Service, April 19, 2013 ; H. HOVENKAMP, *Enterprise and American Law*, Harvard University Press, 1993, p. 13.

tion »<sup>317</sup>. La *common law* accordait de même, le statut de sociétés à certaines organisations en l'absence de tout octroi officiel de la personnalité morale<sup>318</sup>.

## 2. La réception de la corporation dans les localités

Les colonies d'Amérique obéissaient aux mêmes règles et procédures que dans la métropole ; les sociétés les plus anciennes avaient été octroyées par la Couronne, mais le développement des institutions politiques coloniales avait amené une délégation implicite de ce pouvoir aux gouvernements locaux<sup>319</sup>.

Durant la période qui suivit l'indépendance, il n'exista pas de loi générale de création de sociétés (*general incorporation statutes*) qui aurait permis à une entreprise d'acquérir à l'issue d'une procédure normalisée la personnalité morale. L'activité commerçante étant en effet gérée à un niveau individuel ou familial<sup>320</sup>, la société restait une forme exceptionnelle d'organisation juridique. Antérieurement à l'entrée en vigueur de la Constitution américaine<sup>321</sup>, la forme sociétaire était par ailleurs, très souvent utilisée à des fins non commerciales. La plupart possédaient une vocation éducative, religieuse et servaient à l'exercice de la charité<sup>322</sup>.

Permettant une diversification des risques et une levée facilitée de financements, la société était la forme ordinaire de mise en œuvre des grands travaux publics ou des institutions

---

<sup>317</sup> S. WILLISTON, History of the Law of Business Corporations before 1800, *Harvard Law Review*, Vol. 2, No. 3, Oct. 15, 1888, p105-124 ; J. S. DAVIS, *Essays in the Earlier History of American Corporation*, Harvard University Press, 1917, p.6. [Disponible en ligne] : <https://archive.org/stream/essaysinearlierh01daviuoft#page/n5/mode/2up>

<sup>318</sup> Parmi les sociétés reconnues par la *common law* existaient les « Parishioners or Neighbors in a Parish, Village or Town & the Church Wardens of every Parish » in., J. S DAVIS, *Essays in the Earlier History of American Corporation*, Harvard University Press, 1917, p.6. [Disponible en ligne] : <https://archive.org/stream/essaysinearlierh01daviuoft#page/n5/mode/2up>

<sup>319</sup> A.M DAVIES, Corporation in the Days of the Colony, *Col. Soc. Of Mass. Pubs.*, i, 185-190, 1895 ; T. LINZEY, Awakening a Sleeping Giant : Creating a Quasi-Private Cause of Action for Revoking Corporate Charters in Response to Environmental Violations, *Pace Environmental Law Review*, 13, 219-228 (1995).

<sup>320</sup> Les formes des *sole proprietorship* et *partnership* étaient utilisées par les fabricants, les commerçants, les importateurs et exportateurs de biens. Ces formes ne portaient pas création d'une entité juridique distincte de son ou de ses associés. A.D. CHANDLER JR, *The Visible Hand : The Managerial Revolution in American Business*, Harvard University Press, 1977, p.15 et s. E

<sup>321</sup> Le 21 juin 1788 ratifié par huit États. Cf. KASPI, *La révolution américaine, 1763-1789*, Coll. Folio Histoire, Gallimard, 2013, p. 340.

<sup>322</sup> D. CRANE, Antitrust Antifederalism, *California Law Review*, 2007, p.6, disponible en ligne : [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=976711](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=976711).

bancaires<sup>323</sup>. Durant la période coloniale, seule, vingt et une sociétés ont été créées dont treize avaient pour objet la construction de canaux de navigation ou des ponts, six étaient des banques et une seule était une compagnie manufacturière<sup>324</sup>.

Le créateur d'une société devait inscrire sa demande dans le cadre d'une procédure spéciale auprès de l'une des treize législatures, sans que la Constitution ne le prévoie cependant explicitement. Les petites manufactures et les commerçants utilisaient la forme juridique du *sole proprietorship* ou encore du *partnership* qui ne distinguait pas entre la propriété du ou des associé(s) et celle de la société, celle-ci étant « conçue (...) comme la totalité des droits et obligations que les associés se devaient réciproquement »<sup>325</sup>. Les larges avantages qu'offrait la société à la fin du XVIIIe siècle, permettant une persistance de l'existence juridique de la personne morale au-delà de la vie de ses actionnaires, les capitaux importants pouvant être rassemblés, sa capacité à bénéficier d'un patrimoine propre et enfin la responsabilité limitée des associés, n'étaient pas accessibles à la très grande majorité des entrepreneurs de commerce. Le début du XIXe siècle sous la présidence d'Andrew Jackson verra au contraire, favoriser l'expansion des sociétés au sein des États.

## B. Les débats devant la Convention de Philadelphie

Depuis la Déclaration d'Indépendance du 4 juillet 1776, les colonies américaines avaient acquis la suspicion héritée de la common law anglaise que « les entreprises à chartes » menaient en principe à l'établissement de monopoles. Alexander Hamilton, l'un des principaux rédacteurs de la Constitution américaine, souhaitait néanmoins redéfinir le rôle de l'État fédéral en lui attribuant les caractères d'un État mercantiliste, parmi lesquels la compétence de créer des corporations (1). Cette proposition souleva une opposition forte des factions anti-fédéralistes (2).

---

<sup>323</sup> H. FAULKNER, *Histoire économique des États-Unis d'Amérique*, Tome II, Presses Universitaires de France, p tome II, p.416. S. WILLISTON, History of the Law of Business Corporations before 1800, *Harvard Law Review*, Vol. 2, No. 3, Oct. 15, 1888, p.112.

<sup>324</sup> D. CRANE, Antitrust Antifederalism, *California Law Review*, 2007 p.6 ; J.W BRABNER-SMITH, Federal Incorporation of Business, *Virginia Law Review*, n° 24, 137-1938, p.159 ; L.M FREIDMAN, *A History of American Law*, Touchstone, 3d Ed, 2005. ; E.M DODD, *American Business Corporations Until 1860*, Harvard University Press, 1954, p.368.

<sup>325</sup> G. MORRIS, « Droit des sociétés », in A. A. LEVASSEUR (dir.), *Droit des États-Unis*, Précis Dalloz, 2° Ed., 1994, 204.

## 1. La proposition de James Madison

La Convention de Philadelphie réunit cinquante-cinq délégués, conscients de la nécessité d'une réforme des articles de la Confédération sans toutefois posséder de mandat étatique précis<sup>326</sup>. Il existait à cette période, selon le professeur Vergniolle de Chantal, « *un sentiment favorable à l'Union* »<sup>327</sup>. Une tendance centralisatrice apparaissait donc nettement chez les conventionnels avec en tête, l'État de Virginie, qui plaidait pour un renforcement profond de la coopération des États.

Deux conceptions politiques antagonistes se dessinaient toutefois au sein de la convention. À la vision d'une Amérique agraire et locale imaginée par Thomas Jefferson<sup>328</sup> dans ses *Notes on the State of Virginia*<sup>329</sup>, s'opposait celle d'Alexander Hamilton<sup>330</sup>, délégué de l'État de New York, qui désirait promouvoir au contraire, la création d'une structure super étatique puissante, apte à intervenir dans le champ économique en utilisant les outils du mercantilisme.

La première charge vint de James Madison. Le 18 août 1787, le délégué de Virginie proposa au *Committee of detail*<sup>331</sup> l'intégration d'une série de pouvoirs additionnels, parmi lesquels celui « *To grant charters of incorporation in cases where the Public good may require them, and the authority of a single State may be incompetent* »<sup>332</sup>. Il ne s'agissait pas selon Daniel Crane, d'octroyer au gouvernement fédéral le pouvoir de créer des sociétés commerciales, mais de permettre sur le fondement du « *Public good* »<sup>333</sup> l'institution de sociétés organiquement dédiées à l'exécution de tâches d'intérêt public, tel que les transports collectifs. La proposition de Madison ne connut néanmoins pas de suite.

---

<sup>326</sup> Pour une étude détaillée du déroulement de la Convention de Philadelphie voir, F. VERGNIOLLE DE CHANTAL, *La Convention de Philadelphie : les fondements du modèle américain*, *Critique internationale*, 2003/4 no 21, p. 121-134.

<sup>327</sup> *Idem.*

<sup>328</sup> Cf. P.B. THOMSON, *The Agrarian Vision : Sustainability and Environmental Ethics*, The University Press of Kentucky, 2010, p. 186 et s.

<sup>329</sup> T. JEFFERSON, *Notes on the State of Virginia*, Printed for John Stockdale, opposite Burlington-house, Piccadilly, 1787. [Disponible en ligne]: <https://books.google.fr>

<sup>330</sup> D. AMBROSE and R. W. T. MARTIN, *The Many Faces of Alexander Hamilton: The Life and Legacy of America's Most Elusive Founding Father*. New York: New York University Press, 2006. Voir aussi, R. BROOKHISER, *Alexander Hamilton, American*. New York: Free Press, 1999.

<sup>331</sup> Le *Committee of Detail*, ou commission des Écritures, était chargée de mettre en forme les vingt-trois articles de la Constitution. Voir le site internet des archives américaines qui rassemble tous les informations et documents disponibles sur la Convention de Philadelphie : <http://www.archives.gov>

<sup>332</sup> Cette motion fut proposée à l'unanimité des délégués au *Committee of Details*. M. FARRAND, *The Records of the Federal Convention of 1787*, Vol. 2, 1911, p.325, [Disponible en ligne]: <https://memory.loc.gov>

<sup>333</sup> Pour une étude transversale et historique de la conception du « *public good* » dans les pays de *common law* voir, M. LOUGHIN, *Foundations of Public Law*, OxfordUniversityPress, 2012, 528 p. ; *The Idea of Public Law*, Oxford University Press, 2004, 194p.

Le 14 septembre 1787, Benjamin Franklin présenta à son tour une motion consistant en l'attribution du « *power to provide for cutting for canals where deemed necessary* »<sup>334</sup>. Pouvoir destiné selon le délégué Wilson, à prévenir l'éventuelle obstruction d'un État au bien-être commun<sup>335</sup>, aussitôt objecté par Roger Sherman qui considéra que ces dépenses ne profiteraient qu'aux États concernés par les canaux et constitueraient au contraire, une charge pour tous les autres<sup>336</sup>. James Madison trouva l'occasion de réintroduire sa proposition et suggéra un élargissement de la motion de Franklin en accordant le pouvoir « *to grant charters of incorporation where the interest of the U.S. might require & the legislative provisions of individual States may be incompetent* »<sup>337</sup>. Selon lui, le gouvernement fédéral devait pouvoir créer des entreprises à même de supporter les risques et les dépenses liées à la construction de telles infrastructures. Comme le souligne le professeur Crane, Madison venait par la formulation de sa motion ôter la limitation incluse dans sa proposition antérieure<sup>338</sup>. Il ne s'agissait plus de circonscrire ce pouvoir au « *public good* », mais au contraire de lui donner une portée générale.

## 2. L'émergence d'une défiance proprement américaine

Le refus des antifédéralistes fut immédiat. Rufus King, délégué du Massachusetts, s'opposa fermement à l'obtention par le gouvernement fédéral d'un pouvoir « non nécessaire », invoquant la crainte pour certains États qu'une Banque Nationale<sup>339</sup> soit créée et chez d'autres, que puissent être érigés des monopoles mercantiles<sup>340</sup>. Le délégué de Pennsylvanie James Wilson rétorqua « *[... ]mercantile monopolies [... ] are already included in the power to regulate trade* »<sup>341</sup>, ce qui provoqua le rejet de la motion de Madison. George Mason, un des représentants de la Virginie, argua qu'à sa connaissance aucune disposition de la Consti-

---

<sup>334</sup> M. FARRAND, *The Records of the Federal Convention of 1787*, Vol. 2, 1911, p.615, [Disponible en ligne]: <https://memory.loc.gov/ammem/amlaw/lwfr.html>

<sup>335</sup> Cf. E. PARMALEE, *The Federal Power over Carriers Corporations*, Forgotten Books, 1<sup>ère</sup> ed. 1907, réédition, 2015, p. 138.

<sup>336</sup> M. FARRAND, *The Records of the Federal Convention of 1787*, Vol. 2, 1911, p.615, [Disponible en ligne]: <https://memory.loc.gov/ammem/amlaw/lwfr.html>

<sup>337</sup> E. PARMALEE, *The Federal Power over Carriers Corporations*, Forgotten Books, 1<sup>ère</sup> ed. 1907, réédition, 2015, p. 138.

<sup>338</sup> Ibid.

<sup>339</sup> L'État de New York et de Pennsylvanie. *Id.*

<sup>340</sup> M. FARRAND, *The Records of the Federal Convention of 1787*, Vol. 2, 1911, p.616, [Disponible en ligne]: <https://memory.loc.gov/>

<sup>341</sup> Idem.



tution n'impliquait de telles créations et qu'il « *was afraid of monopolies of every sort* »<sup>342</sup>. La motion fut donc restreinte aux cas particuliers des canaux.

La question des monopoles publics restait donc extrêmement sensible. Certains délégués appelaient à leur interdiction explicite dans la Constitution. George Mason et Thomas Jefferson craignaient que sans l'insertion d'une clause antimonopole,<sup>343</sup> la *Commerce clause* et la *Necessity and Proper Clause*, puissent fonder la création de droits exclusifs. Thomas Jefferson avait dans une lettre adressée à James Madison, fait part de ses inquiétudes, dénonçant incidemment l'absence de Bill of Right dans la Constitution et proposant la reconnaissance du droit d'être libre des monopoles du gouvernement<sup>344</sup>.

Ainsi, s'il ne fut politiquement pas soutenable lors de la création des États-Unis d'attribuer un pouvoir général de création de sociétés au Congrès fédéral, les tentatives d'inclure une clause antimonopole furent aussi mises en échec<sup>345</sup>. Trop intimement assimilée aux monopoles mercantiles pour se voir reconnaître explicitement dans la Constitution, la question de l'existence d'un pouvoir créateur implicite ou « impliqué »<sup>346</sup> continua néanmoins d'alimenter les débats juridiques<sup>347</sup>. Certains, par ailleurs, n'envisageaient pas une entreprise sans droit exclusif, alors que d'autres, comme Hamilton avaient essayé postérieurement de présenter la *corporation* comme un simple « *partnership agreement involving no public poli-*

---

<sup>342</sup> *Ib.*

<sup>343</sup> George Mason et Elbridge Gerry refusèrent de signer la Constitution après la Convention de Philadelphie. *Ib.*

<sup>344</sup> « I will now add what I do not like. First, the omission of a bill of rights providing clearly and without the aid of sophisms for freedom of religion, freedom of the press, protection against standing armies, restriction against monopolies, the eternal and unremitting force of the habeas corpus laws, and trial by jury...[...] ». Cf. Letter from Thomas Jefferson to James Madison, December, 20, 1787, [disponible en ligne] : <http://founders.archives.gov/?q=Volume%3AJefferson-01-12&s=1511311112&r=457>

<sup>345</sup> Une fois les négociations terminées, le projet de texte constitutionnel fut voté par des conventions de ratification élues par le peuple des États. Selon, le professeur Vergniolle de Chantal, des propositions d'amendements restaient possibles, mais non la remise en question totale du texte. Or, seuls quatre les États de New York, Massachusetts, North Carolina, New Hampshire recommandèrent l'inscription d'une clause antimonopole au sein de la Constitution. Cf. F. VERGNIOLLE DE CHANTAL, La Convention de Philadelphie : les fondements du modèle américain », *Critique internationale*, 2003/4 no 21, p. 131-132 ; M. CONANT, Antimonopoly Tradition under the Ninth and Fourteenth Amendments : Slaughter-House Cases Re-Examined, *Emory Law Journal*, N° 31, 1982, p. 799.

<sup>346</sup> Voir en particulier le commentaire de l'arrêt de la Cour suprême, *McCulloch vs. Maryland* 17 U.S (4 Wheat.) 316 (7 mars 1819), du professeur Elisabeth Zoller. Cf. E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Dalloz, Ed. Grands Arrêts, 2010, p. 51.

<sup>347</sup>S. E. BALDWIN, American Business Corporations Before 1789, *The American Historical Review*, Vol. 8, no. 3 April 1903, pp. 464-465 ; J.W. BRABNER-SMITH, Federal Incorporation of Business, *Virginia Law Review*, N° 24, 1937-1938, p.159 ; E.M. EPSTEIN, The Historical Enigma of Corporate Legitimacy, *California Law Review*, N° 60, 1972, pp.1701-1717.

cy »<sup>348</sup>. Pour Michael Conant, la reconnaissance d'une garantie contre les monopoles dans la Constitution fédérale s'inscrivait pour beaucoup d'États dans un désir de continuité avec l'héritage constitutionnel anglais<sup>349</sup>. En dépit de cette hostilité, le gouvernement fédéral entreprit de consolider le pouvoir central par la création d'une Banque Nationale qui bénéficierait d'un droit exclusif, ce qui entraîna une vague de contestations majeures des antifédéralistes.

## §2. *Le tropisme antifédéraliste*

Les craintes des délégués antifédéralistes de voir le gouvernement fédéral s'attribuer le pouvoir de légiférer en matière de droit des sociétés, de contrôler ou même d'établir l'existence de ces entités juridiques s'exacerbèrent lorsque la création d'une Banque Nationale fut proposée (A). Révélateur d'un mouvement sous-jacent, la deuxième banque précipita la fin de la vision hamiltonienne de l'État aux États-Unis (B).

### A. La première Banque Nationale

La période qui suivit la ratification de la Constitution allait favoriser la politique fédéraliste. Sur les vingt-quatre sénateurs qui composaient le I<sup>er</sup> Congrès<sup>350</sup> des États-Unis, onze avaient participé à la rédaction de la Constitution<sup>351</sup> et la Chambre des Représentants était contrôlée par James Madison et ses partisans<sup>352</sup>. George Washington élu Président, désigna Alexander Hamilton secrétaire du Trésor. Favorable à un gouvernement central fort et à un État puissant commercialement, la vision hamiltonienne de l'État s'opposait aux idées antifédéralistes qui prônaient une Amérique locale « *pastorale* »<sup>353</sup> « *authentiquement égalitaire, démocrate* »<sup>354</sup>.

---

<sup>348</sup>E. PARMALEE PRENTICE, *The Federal Power over Carriers Corporations*, 1907, p.138. [ouvrage disponible en ligne] : <http://heinonline.org>.

<sup>349</sup> M. CONANT, *Antimonopoly Tradition under the Ninth and Fourteenth Amendments : Slaughter-House Cases Re-Examined*, *Emory Law Journal*, N° 31, 1982, p. 799. Voir aussi, W. LETWIN, *Law and Economics in America. The Evolution of the Sherman Antitrust Act*, The University Chicago Press, 1981, p.59.

<sup>350</sup> Le premier Congrès des États-Unis fut réuni de 1789 à 1791.

<sup>351</sup> H.U. FAULKNER, *Histoire économique des États-Unis d'Amérique des origines à nos jours. Du système colonial au lendemain de la guerre de Sécession*, T.1, PUF, 1958, p.153.

<sup>352</sup> Cf. <http://history.house.gov/Congressional-Overview/Profiles/1st/>

<sup>353</sup>F. VERGNIOLE DE CHANTAL, *L'antifédéralisme américain, diversité et pérennité*, *Commentaire*, 2000/3, N° 91, p. 545.

<sup>354</sup> *Idem*.

## 1. Les incertitudes constitutionnelles

Sa première tâche au sein du gouvernement fédéral fut de rembourser la dette du pays et de faire face aux dépenses courantes<sup>355</sup>. Le 13 décembre 1789, Hamilton publia son quatrième rapport sur l'état des finances des États-Unis préconisant la création d'une Banque Nationale<sup>356</sup>. La Constitution interdisant l'émission de papier-monnaie par les États<sup>357</sup> une banque devait nécessairement être instituée pour émettre le dollar<sup>358</sup>. Le projet d'Hamilton devait prendre la forme d'une société privée où l'État fédéral serait actionnaire à hauteur d'un cinquième du capital<sup>359</sup>. Cette proposition posa des difficultés tant sur le plan juridique que sur le plan politique.

D'un point de vue juridique, l'établissement d'une Banque Nationale impliquait non seulement que le gouvernement fédéral procède à la création d'une société de droit privé, mais aussi qu'il lui accorde un droit exclusif. Or, les débats organisés lors de la convention de Philadelphie avaient révélé l'ambivalence des conceptions entourant ces deux pouvoirs.

Si la Constitution américaine n'avait pas explicitement confié l'exercice d'une telle compétence à la fédération<sup>360</sup>, elle ne l'avait toutefois pas prohibé. L'hypothèse fut même

---

<sup>355</sup> H.U. FAULKNER, Histoire économique des États-Unis d'Amérique des origines à nos jours. Du système colonial au lendemain de la guerre de Sécession, T.1, PUF, 1958, p.153.

<sup>356</sup> Une banque nationale avait déjà été créée sur les plans d'Hamilton à l'époque de la Confédération pour financer la guerre d'Indépendance en 1781. Le 21 juin 1780, 1<sup>er</sup> Congrès avait autorisé la mise en place d'une commission afin d'évaluer les faisabilités de la création d'une banque nationale. La *Bank of North America*, prit la forme d'une *congressional charter* que chaque État dut reconnaître sur son territoire. En 1782, elle fut transformée en *corporation* de droit pennsylvanien avant d'être révoquée. Elle s'établit alors définitivement dans l'État du Delaware. Hamilton exprimait dans son rapport son insatisfaction vis-à-vis de cette institution, dont le stock monétaire avait été limité à deux millions de dollars par le gouvernement de Pennsylvanie, contre les dix millions initialement prévus. Voir, D.A. HALL, M. SAINT CLAIR, *Legislative and Documentary History of the Bank of the United States : Including the Original Bank of North America*, 1832, [disponible en ligne] : <https://fraser.stlouisfed.org> ; J. WILSON, *The Bank of North America and Pennsylvania Politics : 1781-1787*, *The Pennsylvania Magazine of History and Biography*, Vol. 66, No. 1 (Jan., 1942), pp.3-28 ; J.S. DAVIES, *Essays in the Earlier History of American Corporations*, Cambridge Harvard University Press, 1917, p.10, [disponible en ligne] : <https://archive.org>.

<sup>357</sup> Constitution des États-Unis, Article 1, Section 10. [disponible en ligne] : <http://www.archives.gov>.

<sup>358</sup> Le dollar fut adopté comme monnaie officielle le 6 juillet 1785. M. AGLIETTA, V. COUDERT, *Le dollar et le système monétaire international*, Coll. Repère, Ed. La Découverte, p.8. ; F. GRUBB, *Creating the U.S. Dollar Currency Union, 1748-1811 : A Quest for Monetary Stability or a Usurpation of State Sovereignty for Personal Gain ? The American Economic Review*, Vol. 93, No. 5 (Dec., 2003), pp. 1778-1798.

<sup>359</sup> La banque fut capitalisée à hauteur 10 millions de dollars, 2 millions fut souscrit par l'État fédéral et 8 millions par des investisseurs privés. *The First Bank on the United States. A Chapter in the History of Central Banking*, Federal Reserve Bank of Philadelphia, June 2009, [disponible en ligne] : [www.philadelphiafed.org](http://www.philadelphiafed.org) ; H.U. FAULKNER, *Histoire économique des États-Unis d'Amérique des origines à nos jours. Du système colonial au lendemain de la guerre de Sécession*, T.1, PUF, 1958, p.153.

<sup>360</sup> Voir *supra*.

avancée que le droit d'*incorporation charter* était déjà inclus dans l'*Interstate Commerce Clause*. Cet article qui confère au Congrès le pouvoir « *To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes* »<sup>361</sup> expliquerait pourquoi la proposition de Madison aurait pu être perçue comme redondante<sup>362</sup>. Les travaux publiés d'Alexander Hamilton illustrent cette position :

*[... ]a corporation may not be erected by Congress for superintending the police of the City of Philadelphia, because they are not authorized to regulate the police of that city. But one may be erected in relation to the collection of the taxes, or the trade with foreign countries, or to the trade between the State, or with the Indian tribes; because it is the province of the Federal government to regulate those objects, and because it is incident to a general sovereign or legislative power to regulate a thing, to employ all the means which relate to its regulation to the best and greatest advantage*<sup>363</sup>.

## **2. La question de l'octroi d'un droit exclusif**

L'absence de clause explicite aurait ainsi été préférée pour ne pas heurter les délégués les plus réticents à l'Union. Mais qu'en était-il de l'octroi d'un monopole ? Il existait jusqu'alors trois banques aux États-Unis, la Banque du Massachusetts à Boston, la Banque d'Amérique du Nord à Philadelphie et la Banque de New York. L'établissement d'une Banque Nationale aurait mené nécessairement, selon Jefferson, à la création d'un monopole financier au profit du pouvoir fédéral. Or, si Hamilton arguait qu'il ne fallait pas considérer la

---

<sup>361</sup> Constitution des États-Unis, Article 1, Section 8, Paragraphe 3. Adoptée par la Convention le 17 septembre 1787, entrée en vigueur le 4 mars 1789. [disponible en ligne] : <http://www.archives.gov>.

<sup>362</sup> Les heurts économiques apparus entre les États à l'issue de la guerre d'Indépendance avaient soulevé un questionnement sur le niveau d'intégration économique à adopter par l'Union des États. La Convention d'Annapolis organisée en 1786 avait ainsi appelé « *to take into consideration the trade of the United States, to consider how far a uniform system in their commercial regulations may be necessary to their common interest and other permanent harmony* ». James Wilson, cité par J.W. BRABNER-SMITH, *in* Federal Incorporation of Business, *Virginia Law Review*, 1938-1939, p.161.

<sup>363</sup> Travaux d'Alexander Hamilton, Vol.3, cité *in*. E. PARMALEE PRENTICE, *The Federal Power over Carriers Corporations*, 1907, p.139. [ouvrage disponible en ligne] : <http://heinonline.org>.

société comme « *a political engine* »<sup>364</sup>, certains représentants se servaient de l'absence de clause antimonopole pour justifier l'attribution à la Banque Nationale d'un droit exclusif<sup>365</sup>. Les opposants à la banque tentèrent de supprimer la clause monopolistique lors du passage de la *bill* devant le Sénat, en vain. James Jackson de l'État de Géorgie dénonça « *a monopoly, such a one as contravenes the spirit of the constitution* »<sup>366</sup>. Hamilton objecta que le droit exclusif en question ne constituait pas un monopole en tant que tel, celui-ci impliquant « *a legal impediment to carrying on the trade by others than those to whom it was granted* »<sup>367</sup>.

La loi portant création de la première banque des États-Unis fut donc promulguée le 25 février 1791<sup>368</sup> par George Washington avec un privilège de vingt ans<sup>369</sup>. Les antifédéralistes virent ainsi leurs prédictions se réaliser, des entreprises monopolistiques pouvaient être créées par l'État fédéral.

À l'expiration de son terme en 1811, le vent politique n'était plus à l'entière faveur des fédéralistes. La deuxième banque des États-Unis allait donc devenir le terrain d'une riposte féroce de Thomas Jefferson et de ses partisans.

## B. La deuxième Banque Nationale

En 1808, la première banque des États-Unis présentait des résultats satisfaisants. Les actionnaires décidèrent de requérir auprès du Congrès le renouvellement de sa charte. Le Sénat transmit la requête au Secrétaire du Trésor, Albert Gallatin, pour avis<sup>370</sup>. Favorable à son prolongement, celui-ci attendit toutefois la fin du mandat du Président Thomas Jefferson en mars 1809, pour se prononcer. L'ère n'était plus au fédéralisme des premières années et

---

<sup>364</sup> Si l'État fédéral ne possédait qu'un cinquième des actions de la Banque Nationale, il était évident, selon Harold Faulkner, qu'il resterait les maîtres de la banque. Cf. H.U. FAULKNER, *Histoire économique des États-Unis d'Amérique des origines à nos jours. Du système colonial au lendemain de la guerre de Sécession*, T.1, PUF, 1958, p.153.

<sup>365</sup> Voir, Rep. Lawrence, in., *Debates and Proceedings in Congress of United States*, II, p.1965, [ouvrage disponible en ligne] : <https://memory.loc.gov>.

<sup>366</sup> W. LETWIN, *Law and Economic Policy in America. The Evolution of the Sherman Antitrust Act*, The University of Chicago Press, 1965, p.61.

<sup>367</sup> Opinion d'Hamilton soumis au Président Washington, le 23 février 1791, cité par W. LETWIN, *Law and Economic Policy in America. The Evolution of the Sherman Antitrust Act*, The University of Chicago Press, 1965, p. 61.

<sup>368</sup> Act of Feb. 25, 1791, ch. 10, 1 Stat. 188, 191.

<sup>369</sup> *The First Bank on the United States. A Chapter in the History of Central Banking*, Federal Reserve Bank of Philadelphia, June 2009, disponible en ligne : [www.philadelphiafed.org](http://www.philadelphiafed.org)

<sup>370</sup> Idem.

l'anticonstitutionnalité supposée de la première banque avait porté à la victoire le parti politique créé par Thomas Jefferson pour les élections de 1800<sup>371</sup>.

Au Congrès, la loi portant création d'une deuxième banque des États-Unis fut mise en échec au Sénat par une voix. La crise économique qui suivit, provoquée en grande partie par l'inflation<sup>372</sup> et aggravée par la guerre de 1812<sup>373</sup>, conduit à préconiser toutefois la création d'une nouvelle banque. En 1816, un privilège de vingt ans fut accordé à la deuxième Banque Nationale des États-Unis.

La question de la constitutionnalité n'était pourtant pas réglée. Le Congrès fédéral avait-il la capacité à créer une entreprise de droit privé monopolistique ? Cette question fut tranchée par l'arrêt *McCulloch vs. Maryland*<sup>374</sup> du 6 mars 1819. Dans cette affaire, l'État du Maryland avait tenté de soumettre à l'impôt une division de la Banque Nationale sise sur son espace territorial. La Cour suprême saisit, s'interrogea sur la nature du pouvoir créateur du gouvernement fédéral:

*« the power of creating corporations, tho appertaining to sovereignty, is not, like the power of making war or levying taxes or of regulating commerce, a great substantive and independent power which cannot be implied as incidental to other powers or used as a means of executing them. It is never the end for which other powers are exercised but a means by which other objects are accomplished... The power of creating a corporation is never used for its own sake, but for the purpose of effecting something else. No sufficient rea-*

---

<sup>371</sup> Voir en particulier, S. DUNN, *Jefferson's Second Revolution: The Election Crisis of 1800 and the Triumph of Republicanism*, Houghton Mifflin Cie, 2004.

<sup>372</sup> À l'expiration de la charte de 1791, le nombre des banques d'État augmenta hautement. De 101 en 1811, leur nombre fut multiplié par deux en cinq ans. En 1816, il existait 205 banques d'État. La monnaie en circulation passa de 45 000 000 dollars à 100 000 000 de dollars. Cf. *The First Bank on the United States. A Chapter in the History of Central Banking*, Federal Reserve Bank of Philadelphia, June 2009, disponible en ligne : [www.philadelphiafed.org](http://www.philadelphiafed.org) ; H.U. FAULKNER, *Histoire économique des États-Unis d'Amérique des origines à nos jours. Du système colonial au lendemain de la guerre de Sécession*, T.1, PUF, 1958, p.156.

<sup>373</sup> La guerre de 1812 (1812-1814) opposa les États-Unis à la Grande-Bretagne sur la frontière canadienne. <http://www.encyclopediecanadienne.ca/fr/article/guerre-de-1812/>

<sup>374</sup> *McCulloch v. Maryland*, decision, March 6, 1819, Minutes of the Supreme Court of the United States, Record Group 267 ; National Archives. disponible en ligne: <https://www.ourdocuments.gov>.

*son is therefore perceived why it may not pass as incidental to those powers which are expressly given if it be a direct mode of executing them. »*<sup>375</sup>

Ainsi, selon la Cour, si un tel pouvoir existe, il doit être limité à la mise en œuvre des missions prescrites au Congrès par la Constitution. Pour que l'*Interstate commerce clause*<sup>376</sup> ait un effet utile, la Cour suprême permit la création de sociétés privées au niveau fédéral malgré le rejet originel des constituants. Cependant, à la question de savoir si le pouvoir de régir le commerce interétatique était un pouvoir exclusif ou partagé avec les États, la Cour suprême reconnut un pouvoir concurrent<sup>377</sup>. La reconnaissance adjacente d'une compétence des États sur le commerce interétatique légitimera implicitement leur pouvoir créateur d'entreprises, réduisant presque à néant toute capacité juridique pour l'État fédéral à intervenir dans cette matière.

L'arrêt *McCulloch* qui semble marquer l'échec des antifédéralistes, préparerait en réalité, leur succès politique à plus long terme. Comme le remarque Daniel Crane, l'idée d'intégrer une nouvelle Banque Nationale n'apparaîtra que sous l'ère progressiste<sup>378</sup>. La *Federal Reserve* ne sera créée en effet, qu'après 1913<sup>379</sup>. Jusque-là, le XIXe siècle aura été tenu par l'idée d'une politique économique classique incarnée par Andrew Jackson qui refusera en 1836 de reporter le terme de la Banque Nationale. Au contraire, les États se saisiront du domaine bancaire, multipliant les autorisations de création de banques en leur sein et se réservant la compétence pour mener à bien les projets de transports interétatiques<sup>380</sup>. Sous la prési-

---

<sup>375</sup> *McCulloch v. Maryland* decision, March 6, 1819, Minutes of the Supreme Court of the United States, Record Group 267; National Archives. disponible en ligne : <https://www.ourdocuments.gov>.

<sup>376</sup> Constitution des États-Unis, Article 1, Section 8, Paragraphe 3. Adoptée par la Convention le 17 septembre 1787, entrée en vigueur le 4 mars 1789. disponible en ligne : <http://www.archives.gov>.

<sup>377</sup> Voir, *Gibbons vs. Ogden*, 22 U.S. (9 Wheat.) 1, 24-25 (1824). Seul le juge Story se déclara en faveur d'un pouvoir exclusif. Le juge Marshall, qui présida la Cour de 1801 à 1836, pourtant d'inclination fédéraliste, employa dans cette arrêt la théorie dite du « *coterminous power* », dégagé par le professeur White dans son article, *Recovering Coterminous Power Theory*, qui explore le rôle « consolidateur » de la Cour suprême au sein de la fédération. Cf. G.E. WHITE, *Recovering Coterminous Power Theory*, *Nova Law Review*, Vol.14, N° 155, 1989.

<sup>378</sup> D. CRANE, *Antitrust Antifederalism*, *California law Review*, 2007, p.12.

<sup>379</sup> Le *Federal Reserve Act* a été signé par le Président Wilson le 23 décembre 1913. disponible en ligne : <http://www.federalreservehistory.org/Media/Material/Event/10-58>.

<sup>380</sup> Un projet fédéral de coordination du transport national fut proposé en par John C. Cahloun au Congrès et mis en échec par le président Madison qui opposa son veto. Les *Congressmen* discutaient, en effet, la question de savoir si ce projet était conforme à l'article 1<sup>er</sup>, Section 8 de la Constitution qui limite l'action de l'État fédéral (« *To make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or in any Department or Officer thereof* »). Voir, C. SELLERS, *The Market Revolution, Jacksonian America 1815-1846*, Oxford University Press; First PB Edition, 2d Ed., 1994, p. 76 à 78.

dence de Jackson, la conception de la société va changer. Attaquée comme constituant par elle-même un privilège contraire aux libertés, la procédure de création de la société va finalement être rendue accessible au plus grand nombre<sup>381</sup>. Son usage simplifié produira une multiplication des *incorporation charter*, facilitant corrélativement l'accumulation et l'agrégation des capitaux qui contribuera à la formation de concentrations anticoncurrentielles à la fin du XIXe siècle.

**Conclusion.** L'inclination première des États-Unis pour un système de contrôle des entreprises *ex post* plutôt que pour un modèle *ex ante*, a donc été motivée par des raisons historiques explicites : le refus sans équivoque d'accorder à la fédération une emprise sur l'initiative économique individuelle, mais aussi la volonté de se protéger des prérogatives des États en matière de réglementation du commerce. L'étude des sources historiques a pu éclairer les conditions d'émergence et le développement de cette défiance envers le pouvoir administratif-exécutif, dont les origines remontent à l'aversion pour la politique mercantiliste britannique. Dans ce cadre, les racines anglaises ont agi à la fois comme une source d'inspiration et d'opposition. Une source d'inspiration, car le Parlement anglais lutta contre le pouvoir monarchique de création de droits exclusifs et une source d'opposition dans la mesure où celui-ci une fois saisi de ce pouvoir n'esquissa pas d'évolution politique en faveur de ses colonies d'outre-mer. L'expression de la primauté pour un modèle *ex post* se réalisa pour la première fois lors de l'édition du *Sherman Act* en 1890, dont la promulgation mit fin aux propositions de contraindre les législations permissives des États en matière de droit des sociétés. Face à un État fédéral faible et une Cour suprême ayant adopté une vision qualifiée « d'évolutionniste »<sup>382</sup>, l'introduction d'une telle réglementation par le Congrès fédéral était devenue extrêmement improbable, voire impossible<sup>383</sup>.

---

<sup>381</sup> W. LETWIN, *Law and Economics in America. The Evolution of the Sherman Antitrust Act*, The University Chicago Press, 1981, p.65 ; J. W. CADMAN, *The Corporation in New Jersey. Business and Politics, 1791-1875*, Harvard University Press, 1949.

<sup>382</sup> Selon le professeur Page, la conception « évolutionniste » tend à regarder le marché comme un mécanisme facilitant la liberté des échanges entre les individus dans la poursuite du meilleur intérêt, encadré par la seule *common law* et le contrat de propriété. W.H. PAGE, *The Ideological Origins and Evolution of U.S. Antitrust Law, Issues in Competition Law and Policy*, Chap. 1 (ABA Section of Antitrust Law 2008), p. 3 ; T. SOWELL, *A Conflict of Visions : Ideological Origins of Political Struggles*, Library Journal, 1987 ; H. DEMSETZ, *Two Systems of Belief About Monopoly*, in, H.J. GOLDSCHMID, H. MANN (dir.), *Industrial Concentration : the New Learning*, Little Brown & Co, 1974 ; W. H. PAGE, *Ideological Conflict and the Origins of Antitrust Policy*, 66, *Tulane Law Review*, 1, 15-18, 1991, W. H. PAGE, *Legal Realism and the Shaping of Modern Antitrust*, *Emory L.J.*, 44, 1, 29-42, 1995.

<sup>383</sup> Nous reviendrons en détail sur le contexte d'élaboration, de publication et d'exécution du *Sherman Act* dans le Chapitre 2, du présent titre p.135.



## Chapitre 2. L'inefficacité structurelle du modèle *ex post*

**Une fédéralisation de la *common law*.** La construction des États-Unis au XIX<sup>e</sup> siècle ne s'est pas caractérisée par le déploiement de l'État<sup>384</sup>, mais du marché. La concentration des capitaux et la recherche du profit par le développement des moyens privés de production et d'échange se sont établies sans limitation, jusqu'à l'apparition des premiers rapprochements entre entreprises et son déferlement subséquent de fusions menaçant de manière durable la structure concurrentielle de l'économie américaine.

La réponse de l'État fédéral à cet envahissement progressif du marché prit la forme d'une loi de sanction des monopoles et des comportements anticoncurrentiels lors du vote de la *Sherman Antitrust Act* en 1890. Le dispositif mis en place était bien connu. Il s'agissait d'étendre à tout le territoire des États-Unis les principes de *common law* appliqués de manière inhomogène dans chaque État et de les adapter aux nouvelles conditions de marché.

Ce mode d'intervention *ex post* par l'édiction d'une sanction n'est pas neutre<sup>385</sup>. Dans ce système libéral, le marché se porte en « concurrent implicite » de l'État<sup>386</sup>. Le libéralisme économique tend en effet comme l'explique Pierre Rosanvallon à « l'avènement d'une société civile immédiate à elle-même, autorégulée »<sup>387</sup>. Dès lors, le corps social ferait appel à « un univers purement procédural »<sup>388</sup> et « juridicisé »<sup>389</sup> se détournant de tout modèle hiérarchique et centralisé. C'est pour cela que selon Graham Wilson, « l'État aux États-

---

<sup>384</sup> L'État est ici entendu dans son acception politique et sociale, en tant que « *modèle paradigmatique d'organisation et d'exercice du pouvoir* ». Il correspond selon le professeur Elisabeth Zoller dans un sens presque anagogique à « *the community of the permanent interests of the nation* » dans sa conception française de l'État. Voir, O. BEAUD, La notion d'État, in « Vocabulaire fondamental du droit », *Archives de philosophie du droit*, t. 35, (1990) Sirey, p. 119-141 ; occurrence « L'État » in., *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (sous la dir. de), Éd. Presses Universitaires de France, Coll. Quadrige Dicos Poche, 2003, p.642 et s. ; É. ZOLLER, *Public Law as the Law of the Res Publica*, Faculty Publications. Paper 146. <http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/146> .

<sup>385</sup> Voir en particulier l'ouvrage dirigé par Marie-France Toinet en 1989 : *L'État en Amérique* (Paris, Presses de Sciences Po) dans lequel on peut lire le chapitre de Denis Lacorne, « Aux origines du fédéralisme américain : l'impossibilité de l'État », p. 38-53. Louis Hartz, *The Liberal Tradition in America: An Interpretation of American Political Thought Since the Revolution*, Harcourt, Brace & World, 1955 (*Histoire de la pensée libérale aux États-Unis*, Economica, 1990), John W. Yolton (dir.), *John Locke: Problems and Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, Jerome Huyler, *Locke in America. The Moral Philosophy of the Founding Era*, Lawrence, University Press of Kansas, 1995. L. BOUVET, La fin du libéralisme américain ?, *Raisons politiques*, 2004/4, N°16, p. 25-44.

<sup>386</sup> P. ROSANVALLON, *Le capitalisme utopique. Histoire de l'idée de marché*, Ed. Du Seuil, Coll. Point, 1989, p. II.

<sup>387</sup> Idem.

<sup>388</sup> Ibid.

<sup>389</sup> *Ib.*

Unis est notoirement plus faible que dans d'autres pays »<sup>390</sup>. Sur un plan constitutionnel, sa souveraineté « partagée »<sup>391</sup> ou « fragmentée »<sup>392</sup> participerait de cet inaboutissement<sup>393</sup>. Cette faiblesse s'exprimerait d'autant qu'elle souffrirait de la comparaison avec le modèle européen de l'État wébérien<sup>394</sup>.

Certaines études historiques et sociologiques de la fin du XXe siècle<sup>395</sup> sont venues souligner le manque de nuance de ce thème usé du « désir de liberté » décrite par l'historiographie américaine de l'après-guerre<sup>396</sup>. La portée absolue de ce « mythe », que les Américains, selon William Novak, ont eux-mêmes fondé, est à relativiser<sup>397</sup>. L'historien du droit précise que « *the myth (...) of the 'weak' American state is to the history of American politics what the Lochner court is to American constitutional law and what laissez-faire is to American political economy* »<sup>398</sup>.

Il est néanmoins indubitable que la politique de *laissez-faire* économique fut appliquée aux États-Unis durant la seconde moitié du XIXe siècle et que la Cour suprême reconnut un temps le caractère inviolable de la liberté contractuelle dans son arrêt *Lochner v. New York*<sup>399</sup>

---

<sup>390</sup> G. WILSON, L'État américain : images et réalités, in. *L'État en Amérique*, M-F. TOINET (sous la direction de), Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1989, p. 21.

<sup>391</sup> É. ZOLLER, La justice comme contre-pouvoir : regard croisé sur les pratiques américaine et française, *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 53, N° 3, Juillet-Septembre 2001.

<sup>392</sup> Le libéralisme à l'américaine, l'État et le marché, p.2.

<sup>393</sup> S. SKOWRONEK, *Building a New American State. The Expansion of National Administrative Capacities, 1877-1920*, Cambridge, Cambridge University Press, 7e éd., 1995 (1re éd. : 1982), p. 4.

<sup>394</sup> Pour une critique de cette comparaison voir en particulier, W.J. NOVAK, The Myth of the « Weak » American State », *American Historical Review*, 113, juin 2008, p. 752-772 ; S. SKOWRONEK, *Building a New American State. The Expansion of National Administrative Capacities, 1877-1920*, Cambridge, Cambridge University Press, 7e éd., 1995 (1re éd. : 1982), p. 4. Voir aussi, L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, Presses Universitaires de France, Paris, 2015, ouvrage numérique Kindle, Emplacement 275-276 sur 3980.

<sup>395</sup> Les années 1980 ont vu émerger une lecture nouvelle de l'histoire politique américaine, dénonçant les conceptions théoriques fondées sur un modèle eurocentré et affirmant l'existence sous des formes particulières propres aux États-Unis, de l'État. Les professeurs D. BÉLAND et F. VERGNIOLLE DE CHANTAL, distinguent deux courants, « *l'institutionnalisme historique* » et « *l'American Political Development* », voir pour une analyse approfondie. D. BÉLAND et F. VERGNIOLLE DE CHANTAL, *L'État en Amérique. Entre invisibilité politique et fragmentation institutionnelle*, *Revue française de science politique*, 2014/2, Vol.64, p.195 et s.

<sup>396</sup> L'individualisme américain, l'anti-collectivisme, cette « *tradition de libéralisme* » décrite par Louis Hartz<sup>396</sup> qui repousseraient naturellement « l'État » aux États-Unis, à sa portion la plus congrue.

Voir A.M. SCHLESINGER, *Paths to the Present*, Houghton Mifflin, Ed. 1964 ; D.J. BOORSTIN, *The Genius of American Politics*, Walgreen Foundation Lectures, 1953 ; L. HARTZ, *The Liberal Tradition in America. An Interpretation of American Political Thought Since the Revolution*, Harcourt Brace, New York, 1955 ; J. HIGHAM, *Changing Paradigms : The Collapse of Consensus History*, *The Journal of American History*, Vol. 76, No. 2 (Sep. 1989), 460-466.

<sup>397</sup> W.J. NOVAK, The Myth of the « Weak » American State », *American Historical Review*, 113, juin 2008, p. 752-772

<sup>398</sup> *Idem*, p. 754.

<sup>399</sup> *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 75 (1905). Cet arrêt déclare contraire à la Constitution américaine une loi réglementant le temps de travail des boulangers dans l'État de New York. La Cour suprême affirme que la limitation des heures travaillées à 60 heures par semaine était contraire à la liberté des contrats. Le précédent

de 1905. En réalité, l'influence du libéralisme économique et du *Rule of law*<sup>400</sup> ne peut être niée, mais l'État fédéral a, lui aussi, toujours existé « *ailleurs et autrement* » comme l'exprime Marie-France Toinet dans son ouvrage, *Le libéralisme à l'américaine. L'État et le marché*<sup>401</sup> ; son intervention a été cependant plus diffuse, moins directe que dans les États européens centralisés.

Ces deux conceptions de l'État coexistent depuis la création des États-Unis et constituent comme les deux faces de Janus, l'identité américaine. Le professeur William H. Page décrit et théorise parfaitement cette dualité dans la sphère de l'antitrust, terrain le plus éclatant et parfois le plus controversé de l'intervention publique. Selon cet auteur, deux visions sociales et économiques ont influencé la formation, l'intégration et l'interprétation du droit antitrust, l'une est dite « évolutionniste » (*evolutionary*), l'autre intentionnelle (*intentional*)<sup>402</sup>. Ces deux idéologies<sup>403</sup> se sont retrouvées et se sont intégrées historiquement à chaque époque du droit de la concurrence américain. Alors que la vision *intentionnelle* regarde « *the market as a mechanism within which powerful interests can coerce consumers, labor, and small business* »<sup>404</sup>, pour la vision *évolutionniste*, « *the market, framed by common-law rules of property and contract, as a mechanism for facilitating free exchanges among countless individuals in the pursuit of their best interests* »<sup>405</sup>.

C'est cette dernière vision qui a prévalu à l'issue de la guerre de Sécession et durant la période dite « de la conquête de l'Ouest »<sup>406</sup>. Dans le cadre de la politique du *laissez-faire*

---

*Lochner* fut renversé en 1937 par l'arrêt *West Coast Hotel Co. V. Parrish*. Cf. D. E. BERNSTEIN, *The Story of Lochner v. New York*, in *Constitutional Law Stories* (Michael Dorf ed., 2003).<sup>[1]</sup>

<sup>400</sup> B.Z. TAMANAHA, *On the Rule of Law – History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, 2004;

<sup>401</sup> M-F TOINET, H. KEMPF, D. LACORNE, *Le libéralisme à l'américaine. L'état et le marché*, Coll. Publique comparée, Ed. Economica, 1989, p.1.

<sup>402</sup> Cf. W.H. PAGE, Ideological Conflict and the Origins of Antitrust Policy, *Tulane Law Review*, Vol.66, Nov. N° 1, 1991 ; W.H. PAGE, Legal Realism and the Shaping of Modern Antitrust, *Emory Law Journal*, Vol.44, N° 1, 1995 ; W.H. PAGE, The Ideological Origins and Evolution of U.S. Antitrust Law, *Issues in Competition Law and Policy - ABA Section of Antitrust*, 2008.

<sup>403</sup> W.H. PAGE se réfère à la définition de l'idéologie comme « a system of belief that shapes perceptions of social policy by determining, 'what we sense or feel before we have constructed any systematic reasoning that could be called a theory, much less deduced any specific consequences as hypotheses to be tested against evidence' ». W.H. PAGE, citant T. SOWELL, A Conflict of Visions : Ideological Origins of Political Struggles, Basic Books, Ed. révisé (2007) in, *The Ideological Origins and Evolution of U.S. Antitrust Law, Issues in Competition Law and Policy - ABA Section of Antitrust*, 2008, p. 2.

<sup>404</sup>H. PAGE, *The Ideological Origins and Evolution of U.S. Antitrust Law, Issues in Competition Law and Policy - ABA Section of Antitrust*, 2008, p.2.

<sup>405</sup> Idem.

<sup>406</sup> S. SKOWRENEK, *Building a New American State. The Expansion of National Administrative Capacities, 1877-1920*, Cambridge, Cambridge University Press, 7e éd., 1995 1re éd.: 1982

économique, les litiges commerciaux étaient généralement résolus par la voie judiciaire<sup>407</sup>. Afin que l'activité économique se développe librement, les entreprises n'étaient pas contraintes par des prescriptions générales ou particulières. L'État fédéral avait perdu de fait plus que de droit, toutes compétences en matière de contrôle institutionnel sur les sociétés. Le droit de la responsabilité et le droit des contrats façonnés par les juges constituaient les modes favorisés de régulation du marché. Cette politique dite « évolutionniste » qui trouva opportunément un fondement juridique dans l'article 1<sup>er</sup> du quatorzième amendement de la Constitution américaine<sup>408</sup>, généra un processus de concentrations qui permit l'émergence de pouvoirs de marché (**Section 1 — La prédominance du triptyque cours – États – marché**). Leur impact sur la concurrence exacerba dans les sphères économiques et sociales un réel sentiment de haine<sup>409</sup> dont l'intensité dans l'expression est comparable à celui qui eut cours deux siècles et demi auparavant en Angleterre contre les monopoles lors du vote du *Statute of Monopolies*. Les principes de *common law* et le pouvoir judiciaire n'ayant pu apporter de remède, le Congrès décida de confier aux cours fédérales lors du vote du *Sherman Act* la charge de poursuivre les entreprises qui contreviendraient à ses dispositions, inscrivant la première loi anti-trust dans la continuité de la *common law* (**Section 2 — L'adoption de l'adjudicatory model**).

### *Section 1. La prédominance du triptyque cours — états — marché au XIXe siècle*

**Le recul fédéraliste.** L'entrée des États-Unis dans le XIXe siècle fut marquée par l'élection à la présidence de Thomas Jefferson, chef de file des antifédéralistes, pour qui, comme pour ses successeurs « *the best government is that which governs least* »<sup>410</sup>. L'État fédéral opéra alors un recul en faveur de deux pouvoirs politiques particuliers, les États fédé-

---

<sup>407</sup> E.L. GLAESER, A. SHLEIFER, The Rise of the Regulatory State, *Journal of Economic Literature*, Vol. XLI, Juin 2003, p.401.

<sup>408</sup> 1866 : « (...) *No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.* ». Article 1<sup>er</sup>, 14<sup>e</sup> amendement, Constitution des États-Unis. <https://ourdocuments.gov/doc.php?doc=43>

<sup>410</sup> Cette citation a été attribuée à Thomas Jefferson par les héritiers de sa pensée. Cf. <https://www.monticello.org>

rés et le marché, sous l'assentiment de la Cour suprême qui limita strictement les compétences dévolues au Congrès en matière de commerce par l'interprétation très stricte qu'elle fit de la Constitution<sup>411</sup>.

L'élection d'Andrew Jackson en 1829 prolongea et accentua cette dynamique. Élu grâce aux voix des États du Sud, de l'Ouest et du *Middle Atlantic*<sup>412</sup>, premier Président des États-Unis issu du peuple, héros de la guerre de 1812 contre l'Angleterre, Andrew Jackson s'attacha à retrouver « l'esprit de 1798 » et ses « *plain republican principles* »<sup>413</sup> après la présidence jugée très centralisatrice de John Quincy Adams. Partisan des résolutions du Kentucky et de la Virginie de 1797-1798, qui interprétaient la Constitution comme un *compact*, c'est-à-dire un simple accord entre les États, sa politique contribua indirectement à l'émergence d'un pouvoir informel, le marché. Bénéficiant de conditions juridiques et économiques favorables à leurs développements (§1. Des conditions juridiques et politiques favorables à la mise en place de stratégies d'intégration industrielle) les entreprises américaines engagèrent à partir de 1870 un vaste mouvement de concentrations (§ 2. Le développement des concentrations anticoncurrentielles).

### *§1. Des conditions juridiques et politiques favorables à la mise en place de stratégies d'intégration industrielle*

Les concentrations de la fin du XIXe seraient le résultat d'une inadaptation entre le cadre juridique et les nouvelles pratiques socio-économiques qui ont fait suite à la guerre de Sécession. Les États-Unis sont marqués à cette époque par une intensification de la concu-

---

<sup>411</sup> Les successeurs du *Chief Justice* Marshall étaient de fervents défenseurs des droits des États. Ils rejetteront à cet égard, toute justification fondée sur une « *national purposes* » qui aurait permis au Congrès d'exercer au titre de la clause de commerce des pouvoirs *impliqués* sur le commerce. Cf. *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 9 *Wheat*. 1 1 (1824). Voir le commentaire sous cet arrêt du professeur Zoller : É. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Dalloz, Ed. Les grands arrêts, 2010, p. 72 et s. ; « *Laissez faire constitutional* » Roger Brooke Taney (1836-1864), nommé par le président Jackson, succéda au *Chief Justice* Marshall (1801-1835). Ce dernier était connu pour ses positions conservatrices. Voir en particulier l'arrêt, *Dred Scott vs. John F.A. Sandford* 1857.

<sup>412</sup> Selon une acception commune, sont compris comme appartenant à la région Middle Atlantique, les États de Virginie, Virginie de l'Ouest, du Maryland, du Delaware, du New Jersey, la Pennsylvanie et l'État de New York. Cf. F. LERICHE (sous la direction de), *Les États-Unis, géographie d'une grande puissance*, Armand-Collin, 2016

<sup>413</sup> R.E. ELLIS, *Andrew Jackson*, C.Q Press, Coll. American Presidents References Series, 2003, p. 18.

rence au sein du marché national. Le recours à l'arme fiscale de la protection tarifaire a permis la montée en force d'une centralisation et d'une concentration du capital. L'accroissement de la rivalité entre les entreprises confina alors à une véritable guerre économique. Cela nous amène à étudier les facteurs économiques (A) et juridiques (B) propres au « *long Nineteenth Century* »<sup>414</sup> qui ont permis l'émergence de cartels, puis de trusts monopolistiques.

## A. Le contexte économique

En réaction au mercantilisme anglais, l'Amérique du XIXe siècle s'inscrit dans la foi que le libre marché est le moyen d'organisation sociale le plus efficace. S'appuyant à l'origine principalement sur la pensée d'Adam Smith, les États-Unis s'engageront peu à peu dans l'application d'une politique de *laissez-faire* économique, teintée de darwinisme social (1). L'exaltation de ces valeurs et l'essor de la révolution industrielle générèrent une croissance économique sans précédent (2).

### 1. Le cadre théorique du *laissez-faire* économique

« *Thus God and Nature link'd the gen'ral frame,  
And bade Self-love and Social be the same* »<sup>415</sup>.

**Le paradigme économique classique.** Par ces quelques vers tirés de son recueil de poésie philosophique *An Essay on Man: Moral Essays and Satires*, Alexander Pope<sup>416</sup> exprime l'idée particulière à son temps, que rechercher son intérêt propre servirait *in fine*, l'intérêt collectif. Ils rappellent le célèbre et postérieure *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des Nations* d'Adam Smith où il n'est point question « *d'humanité* » du « *boucher, boulanger ou du marchand de bière* » dans l'exécution de ses tâches, mais bien

---

<sup>414</sup> L'expression aujourd'hui consacrée, trouve son origine dans l'ouvrage en trois tomes de l'historien Eric Hobsbawm, *The Long Nineteenth Century*, constitué de « L'ère des révolutions 1789-1848 », « L'ère du capital 1848-1875 », « L'ère des empires 1875-1914 » publiés entre 1962 et 1987. L'historien fait commencer le siècle en 1789 et l'achève lors de l'entrée en guerre avec l'Allemagne en 1914. Cf. *Histoire des sciences et des savoirs : modernité et globalisation*, Éditions Du Seuil, 2015, p.1.

<sup>415</sup>A. POPE, *An Essay on Man : Moral Essays and Satires*, Epistle III, publié en 1733, disponible en ligne <http://www.gutenberg.org/files/2428/2428-h/2428-h.htm>

<sup>416</sup> A. POPE, poète anglais, 1688-1744.

d'égoïsme<sup>417</sup>. Cette idée fut cependant d'abord évoquée dans le cadre de l'ordre moral et politique du philosophe Pierre Nicole, repris et appliqué à l'économie politique par Pierre de Boisguilbert<sup>418</sup>. La course du monde est dirigée par l'addition d'intérêts individuels, plus encore « (...) *les hommes étant vides de charité par le dérèglement du péché demeurent néanmoins pleins de besoins, et sont dépendants les uns des autres dans une infinité de choses. La cupidité a donc pris la place de la charité pour remplir ces besoins* »<sup>419</sup>. Selon Boisguilbert, parce que les agents économiques ont par nature un comportement « égoïste », « *une concurrence entièrement libre peut, seule, faire entendre raison aux contractants, « il n'est donc pas question d'agir il est nécessaire seulement de cesser d'agir avec une très grande violence que l'on fait à la nature, qui tend toujours à la liberté et à la perfection* ». Vincent de Gournay serait quant à lui à l'origine de l'expression « *laissez-faire, et laissez-passer !* »<sup>420</sup>. La pensée d'Adam Smith, figure de proue des libéraux, condense les influences des philosophies de Locke et de Hume, de Rousseau, Montesquieu, des économistes physiocrates précédemment cités et de Turgot<sup>421</sup>. Pour lui, le système de la liberté naturelle permet d'atteindre spontanément l'augmentation des richesses nationales. L'individu mû par son propre intérêt est « *conduit naturellement à préférer le genre d'emploi qui est le plus avantageux à la société* »<sup>422</sup>. Le marché libre, dans la théorie smithienne, tend à l'émergence « *d'un prix naturel* », celui-ci correspondrait « *au coût de production* » ajouté d'un profit raisonnable en adéquation avec « *la demande effective* » et la quantité de marchandise présente sur le marché<sup>423</sup>. Dans ce

<sup>417</sup> A. SMITH, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, (1776), trad. G. Garnier, 1843, Livre 1, Chapitre 2.

<sup>418</sup> P. DE BOISGUILBERT, in., J. HECHT, *Pierre de Boisguilbert : ou la naissance de l'économie politique*, Vol.2, INED, Paris, 1966, 748-749. Pour une introduction à l'œuvre de Boisguilbert, Cf. G. FACCA-RELLO, *Aux origines de l'économie politique libérale : Pierre de Boisguilbert*, Anthropos, Paris, 1986 ; *The Foundations of 'Laissez-Faire': The Economics of Pierre de Boisguilbert*, Routledge Studies in the History of Economics, 2013 ; I. E. HORN, *L'Économie politique avant les physiocrates*, Guillaumin, Paris, 1867.

<sup>419</sup> P. DE BOISGUILBERT, in., J. HECHT, *Pierre de Boisguilbert : ou la naissance de l'économie politique*, Vol.2, INED, Paris, 1966, 748-749.

<sup>420</sup> Cette expression lui serait, plus exactement, attribuée par la postérité. Cf. *Nouvelle histoire de la pensée économique*, p. 201. Voir également, D. BOAZ, *Libertarianism : A Primer*, Free Press, Ed. 2010.

<sup>421</sup> A. BÉRAUD, *Nouvelle histoire de la pensée économique, Des scolastiques aux classiques*, La Découverte, Tome 1, 1992, p.313 ; Adam Smith aurait intégré, en particulier dans sa pensée les notions lockéennes du droit naturel de travailler pour soi et de posséder un droit de propriété sur le fruit de son travail. Cf. H. HOVENKAMPT, *The Political Economy of Substantive Due Process*, *Stanford Law Review*, No. 40, 1987-1988, p.403.

<sup>422</sup> L. BAUDIN, *Précis d'histoire des doctrines économiques*, Domat-Montchestien, 1942, p.72. Alain Béraud ajoute que pour Smith, les hommes n'agissent pas selon des schémas rationnels, mais sont guidés par leurs passions. « *La main invisible* » les conduit à poursuivre des fins qui n'entrent pas dans leurs intentions. Seule la providence corrige le fonctionnement du marché. Cf. A. BÉRAUD, *La contribution fondatrice. Origine et développement de la pensée économique d'Adam Smith*, in., *Nouvelle histoire de la pensée économique. Des scolastiques aux classiques*, La Découverte, Tome 1, 1992, p. 357-358.

<sup>423</sup> A. SMITH, *La richesse des nations* ; A. J. MEESE, *Liberty and Antitrust in the Formative Era*, *Boston University Law Review*, Vol. 79 :1, 1999, p.15 et s. ; S. FINE, *Laissez-Faire and the General-Welfare State*, The University of North Carolina Press, 1996.

cadre, deux situations sont envisagées, soit le marché fonctionne sans entrave et il est dit « de libre concurrence », soit il existe « un monopole ». Le monopole dans l'acception smithienne sous-tend l'existence d'obstacles à l'entrée du marché. À l'inverse, dans le cas de la libre concurrence, les capitaux sont libres d'entrer et de sortir et un prix naturel de marché peut s'établir.

Dans ce « paradigme classique », les pouvoirs de marché ne peuvent ainsi prospérer que sur décisions étatiques<sup>424</sup>. Ainsi, une intervention extérieure au marché, selon Alan J. Meese, ne se justifiait pas du seul fait qu'un contrat ou qu'une pratique limiterait la liberté des agents, tant que cet accord n'élevait pas les prix à un niveau supra concurrentiel<sup>425</sup>. Comme l'indique Rudolph Peritz, « *competition, as understood by classical economists, was produced by freedom of contract* »<sup>426</sup>. La théorie économique et la philosophie morale d'Adam Smith furent fondatrices pour les cent années qui suivirent la publication de la *Théorie morale des sentiments* et la *Richesse des nations*<sup>427</sup> aux États-Unis.

**L'évolutionnisme économique.** À la fin du XIXe siècle, la doctrine économique classique était regardée à travers le prisme de ce qui fut appelé le *darwinisme social* ou *spencerisme*, qui utilisait « les lois sociales » comme de simples « extensions » des lois naturelles. La biologie permettait de justifier certaines théories des sciences humaines alors en formation<sup>428</sup>. S'ajouta l'idée d'une croissance potentielle illimitée institutionnalisée par « l'École améri-

---

<sup>424</sup> H. HOVENKAMPT, *Enterprise and American Law*, Harvard University Press, 1993, p.283. ;

<sup>425</sup> A. J. MEESE, Liberty and Antitrust in the Formative Era, *Boston University Law Review*, Vol. 79 :1, 1999, p.17.

<sup>426</sup> R. PERITZ, *Competition Policy in America. History, Rethoric, Law*, Oxford University Press, 1996, p.33.

<sup>427</sup> Il existe une influence du réalisme écossais et un rejet des théories utilitaristes. H. HOVENKAMPT, The Political Economy of Substantive Due Process, *Stanford Law Review*, No. 40, 1987-1988, p.404. George Stigler, rappelle que les travaux d'Augustin Cournot et de Jules Dupuit repris par les économistes anglo-saxons, Francis Edgworth, Alfred Marshalls et Henri Sidgwick, mirent fin à « la tradition » smithienne du monopole. G.J. STIGLER, The Economists and the Problem of Monopoly, *University of Chicago Law Occasional Paper*, No. 19, 1983, p.3-4 ; G.J. STIGLER, Perfect Competition, Historically Contemplated, *The Journal of Political Economy*, Vol. LXV, No. 1, Feb. 1957, p.3. En effet, l'économiste Alfred Marshall synthétisa dans son traité *Principles of Economics*, les travaux de Ricardo et de Jevons, détournant l'économie des préoccupations tournées vers la liberté individuelle et de l'équilibre du marché entre l'offre et la demande, en faveur du concept du « marginalisme ». Cf. J.R. PERITZ, *Competition Policy in America. History, Rethoric, Law*, Oxford University Press, 1996, p.33.

<sup>428</sup> Le professeur Hovenkamp cite l'exemple de l'économiste Jeremiah W. Jenks qui dans un ouvrage glorifia les trusts et les monopoles en raison de leur « efficacité ». L'industriel Andrew Carnegie dans son livre « *Wealth* » compare le marché à la sélection naturelle des espèces. H. HOVENKAMP, The Classical Corporation in American Legal Thought, *The Georgetown Law Journal*, Vol. 76, p.1676. Cf. D. BECQUEMONT, Une régression épistémologique : « le darwinisme social », *Espace Temps*, 2004, p. 92.



caine » d'économie politique avec à sa tête, Henry C. Carey<sup>429</sup>. Selon Francis Wayland le droit de propriété et le fruit qui en résultent s'établissent sur des fondements moraux tant qu'économiques. De fait, la puissance publique est limitée à son pouvoir de police. Comme le résume l'économiste John F. Henry<sup>430</sup>,

*« with the development of private productive property, individuals are freed from the arbitrary rule of despotic authority. Now in control of their own resources, they are free to make decisions based on their own interests and to advance those interests by dint of their own efforts, intelligence and cunning. Those interests must be subjected to the scrutiny of others, each attempting to promote her own objectives in something of a contest with all others. This contest is played out in what is termed "the market." Victors are those who practice greater intelligence, a better work-effort, and greater efficiency. There may be losers, but all have the same freedom to seek gain and all play the contest by the same rules. In this contest, government has no place beyond setting the rules and adjudicating disagreements among the players. »*

Cette vision classique du marché aura une influence dominante tant sur le raisonnement des juges et leur appréhension des comportements de marché, que sur la politique du Congrès, toutefois de façon plus indirecte, jusqu'à l'ère progressiste<sup>431</sup>.

## ***2. L'essor de la croissance industrielle***

**Un développement économique rapide.** De la guerre de Sécession à l'ère Rooseveltienne<sup>432</sup>, l'Amérique connut durant cinquante ans « l'Âge d'or de sa croissance ». À partir du 1812, un processus de développement industriel très rapide va s'engager, emportant dans un

---

<sup>429</sup> L. HANEY, *History of Economic Thought. A Critical Account of the Origin and Development of the Economic Theories of the Leading Thinkers in the Leading Nations*, Macmillan, 1<sup>ère</sup> Ed, 1911, p. 238 et s., disponible en ligne : <https://archive.org>

<sup>430</sup> J.F. HENRY, *The Historic Roots of the Neoliberal Program*, *Journal Of Economic Issues*, Vol. XLIV, No. 2, June 2010, p.543.

<sup>431</sup> H. THORELLI, *The Federal Antitrust Policy Origination of An American Tradition*, Johns Hopkins, 1955, p. 565 et s.

<sup>432</sup> Cette période allant de la fin de la Guerre de Sécession (1860-1865) à la présidence de Théodore Roosevelt (1901-1909) porte le chrononyme de « *Gilded Age* » en référence au premier roman de Mark Twain publié en 1873. Le verbe « *to gild* » précise Jame O'Hara, serait le reflet de cette époque où la brillance ne serait que d'apparences. J. O'HARA, *The Gilded Age and the Supreme Court: An Overview*, *Journal of Supreme Court History*, 30 mai 2008, p.124 et s.

pays encore en construction<sup>433</sup> bouleversements politiques et transformations sociales<sup>434</sup>. Passant d'une économie agraire et locale à une économie fondée sur l'industrie, l'essor économique américain fut aidé par le très fort accroissement de la demande et le développement du papier-monnaie<sup>435</sup>. L'embargo sur les produits anglais<sup>436</sup>, la guerre de Sécession et les taxes protectionnistes<sup>437</sup> vont jouer un rôle notable dans la mise en place d'industries sur le territoire américain<sup>438</sup>. D'abord centrées au début du siècle sur l'agriculture et le bois, les industries du fer et de l'acier gagnent la première place à la fin du siècle<sup>439</sup>. Entre 1869 et 1899, la valeur ajoutée pour l'industrie passe de 1 milliard de dollars (en dollars courants) à plus de 6 milliards<sup>440</sup>. L'expansion de ce secteur va entraîner corrélativement une augmentation du produit national brut (PNB ci-après) des États-Unis qui était entre 1869-1873 de 6,7 milliards à 13, 5 milliards de 1889 à 1893<sup>441</sup>. L'investissement des capitaux dans l'industrie a été multiplié par dix, de 2,7 milliards en 1879, ils atteindront 20,8 milliards de dollars en 1899<sup>442</sup>.

---

<sup>433</sup> Les États-Unis comptent en 1812 dix-neuf États : Delaware, Pennsylvanie, New Jersey (1787), Virginie, Maryland, Connecticut, Massachusetts, New Hampshire, New York, Caroline du Sud, Géorgie (1788), Caroline du Nord (1789), Rhode Island (1790), Vermont (1791), Kentucky (1792), Tennessee (1796), Ohio (1803), Louisiane (1812). Tout l'ouest du continent reste à acquérir ou à conquérir.

<sup>434</sup> Voir, A.M. SCHLESINGER JR, *The Age of Jackson*, Little Brown and Company, 1945, p. 30 ; C. SELLERS, *The Market Revolution, Jacksonian America 1815-1846*, Oxford University Press; First PB Edition, 2d Ed., p.163 ; T.A. FREYER, *Producers Versus Capitalists : Constitutional Conflict in Antebellum America*, University of Virginia Press, 1994, p.20.

<sup>435</sup> National Bank Act de 1864, ch. 106, 13 Stat. 99, créait un système national utilisant le papier-monnaie.

<sup>436</sup> Le *Non-importation Act* du 18 avril 1806 fit cesser tout commerce avec l'Angleterre, fut suivi de l'*Embargo Act* du 21 décembre 1807 qui mit fin à toutes les importations des États-Unis avec les puissances extérieures. Ces mesures avaient été prises afin de protéger les pavillons américains cernés par les conflits entre français et anglais. B. SPIVAK, *Jefferson's English Crisis: Commerce, Embargo and the Republican Revolution*, University Press of Virginia, 1979, p.49.

<sup>437</sup> La guerre de 1812 avait stimulé l'industrie américaine qui avait profité de l'embargo sur les produits britanniques imposé par le président Jefferson (*Embargo Act* du 22 décembre 1807). Le rétablissement des voies de commerce à la fin de la guerre avait permis le retour des marchandises anglaises à meilleur marché que les produits américains. Pour parer la crise, le Congrès décida en 1816 le vote de tarifs protectionnistes sur les produits manufacturés fabriqués à partir de coton, laine et fer. Cf. S.L. ENGERMAN, K.L. SOKOLOFF, *Technology and Industrialization, 1790-1914, in., The Cambridge Economic History of the United States. The Long Nineteenth Century*, Vol. II, Cambridge University Press, 2000, p. 372 et s.

<sup>438</sup> Dès la fin du XVIIIe siècle, des artisans britanniques vont clandestinement installer des machines à filer et à tisser la laine. La manufacture de Pawtucket dans le Rhode Island a été créée de cette manière en 1790. L'industrie mécanique se développe à la même époque, de même que les méthodes de production. Cf. H. TROCME, J. ROVET, *Naissance de l'Amérique moderne, XVI<sup>e</sup> — XIX<sup>e</sup>*, Hachette, Coll. Supérieur, p.117

<sup>439</sup> H.U. FAULKNER, *Histoire économique des États-Unis d'Amérique*, Tome II, Presses Universitaires de France, 1958, p. 405 et s.

<sup>440</sup> Idem.

<sup>441</sup> R. E. GALLMAN, *Economic Growth and Structural Change in the Long Nineteenth Century*, in, *The Cambridge Economic History of the United States* (sous la direction de), S. L. ENGERMAN, R.E. GALLMAN, Vol. II, Cambridge University Press, 2000, p. 1-55 ; Y.-H. NOUAILHAT, *Évolution économique des États-Unis du milieu du XIXe siècle à 1914*, Société d'édition d'enseignement supérieur, Coll. Regard sur l'histoire, 1982 p. 223.

<sup>442</sup> Y.-H. NOUAILHAT, *Évolution économique des États-Unis du milieu du XIXe siècle à 1914*, Société d'édition d'enseignement supérieur, Coll. Regard sur l'histoire, 1982, p. 220-274.

Tous ces chiffres montrent l'accroissement spectaculaire dont a fait l'objet l'économie américaine au XIXe siècle.

Les États-Unis vont inventer, développer et perfectionner les techniques existantes<sup>443</sup>. La diversité des produits permet l'introduction ininterrompue de nouvelles marchandises et la création de nouveaux marchés. Les milliers d'immigrants<sup>444</sup> assurent une consommation de masse aux producteurs et aux marchands qui luttent pour attirer la clientèle. La production de série est mise au point, permettant de produire en quantité et de réduire les coûts<sup>445</sup>, elle pourvoit à l'augmentation régulière et rapide de la population qui atteint 80 millions d'habitants entre 1865-1914<sup>446</sup>. Selon les historiens Robert Fogel, Stanley Engerman, Hollis Chenery et William P. Travis, les facteurs essentiels de l'industrialisation reposent sur l'extraordinaire levier de l'offre et de la demande. Ils observent que la proportion du revenu dépensé pour l'achat de produits non alimentaires augmente lorsque la proportion du revenu dépensé pour l'achat de produits alimentaires diminue<sup>447</sup>. Or, la forte augmentation du revenu sur la période provoque une forte demande en produits manufacturés. Les États-Unis s'imposeront sur les marchés mondiaux de manière pérenne<sup>448</sup>.

L'augmentation de la taille des établissements industriels en matière de production et l'accroissement des capitaux investis sont favorisés par le *laissez-faire* économique. Émerge après la guerre de Sécession un marché national des capitaux<sup>449</sup> qui va permettre le dévelop-

---

<sup>443</sup> Parmi les innovations les plus importantes après 1865, doivent être cités, la bobine de Michael Pupin pour le télégraphe et le téléphone à longue distance, l'acier à outil ultrarapide de Taylor et White, les résines synthétiques de Leo Baekland, l'embouteilleuse automatique de Mickael Owens, la lampe à filament de tungstène de William Coolidge ou le moteur à courant alternatif de Nicola Tesla. H.U. FAULKNER, *Histoire économique des États-Unis d'Amérique*, Tome II, Presses Universitaires de France, p. 391 et s.

<sup>444</sup> 1820-1830 : 150 000 entrées, puis 1840-1850 : 1,7 million de migrants avec un pique entre 1847 et 1857 où l'Amérique accueille 3 millions d'entrées. *Historical statistics of the united states colonial times to 1857*, P.105 et s. ; H. TROCMÉ, J. ROVET, *Naissance de l'Amérique moderne, XVI<sup>e</sup> - XIX<sup>e</sup>*, Hachette, Coll. Supérieur, p.114

<sup>445</sup> S.L. ENGERMAN, K.L. SOKOLOFF, Technology and Industrialization 1790-1914, in, *The Cambridge Economic History of the United States* (sous la direction de), S. L. ENGERMAN, R.E. GALLMAN, Vol. II, Cambridge University Press, 2000, p.387.

<sup>446</sup> P. MELANDRI, *Histoire des États-Unis contemporains*, André Versailles Éditeur, 2008, p.30. Un recensement est organisé tous les dix ans depuis 1790. Cf. H. TROCMÉ, J. ROVET, *Naissance de l'Amérique moderne, XVI<sup>e</sup> - XIX<sup>e</sup>*, Hachette, Coll. Supérieur, p.114.

<sup>447</sup> H.G. VATTER, *The Drive to Industrial Maturity : The U.S. Economy, 1860-1914*, Greenwood Press, 1975, p.140.

<sup>448</sup> idem.

<sup>449</sup> Système monétaire stabilisé pendant la guerre de Sécession grâce à la création de billets garantis par l'État fédéral et identique sur tout le territoire. Le non-renouvellement de la Banque des États-Unis par Andrew Jackson avait permis la libéralisation et donc la multiplication des banques d'État. 9000 billets différents ont été mis en circulation à cette période. H. TROCMÉ, J. ROVET, *Naissance de l'Amérique moderne, XVI<sup>e</sup> — XIX<sup>e</sup>*, Hachette, Coll. Supérieur, p.183.

pement de la société anonyme par actions. Celle-ci constituera alors, la technique courante de mobilisation du capital pour le commerce. Des années 1887 à 1904, plus de 3000 entreprises fusionnèrent<sup>450</sup> encouragées par la naissance des nouveaux marchés apparus grâce à la facilitation des nouveaux moyens de communication<sup>451</sup>, à la construction des canaux et au développement du chemin de fer. Ce mouvement de concentrations prit plusieurs formes juridiques successives, mais les énormes masses de capitaux furent rassemblées par facilité sous le terme de « trust »<sup>452</sup>. Dominant leurs marchés pour la plupart, les instruments de régulation sociale traditionnels, en l'occurrence les cours des États et la *common law* se trouvèrent dans l'impossibilité de les contrôler.

## B. Le contexte juridique

L'essor économique de la seconde moitié du XIXe siècle fut soutenu par la libéralisation des *incorporations charters*, qui contribua à faciliter l'agrégation des capitaux et l'intégration industrielle des entreprises (1). Nous avons vu en effet que depuis 1787, l'État fédéral n'était pas parvenu à imposer sa légitimité en matière de droit des sociétés, le principal mécanisme de contrôle institutionnel sur les entreprises était donc détenu par les États. Ces derniers avaient le pouvoir d'intervenir pour sanctionner les entreprises en cas de manquement à leur charte par la procédure du *quo warranto*.

Ne disposant pas d'autres moyens d'intervention directe pour faire face à l'accroissement du degré de concentration, cette procédure fut employée comme instrument de contrôle. Détournée de sa fonction originelle, elle se révéla peu efficace pour endiguer leurs effets anticoncurrentiels (2).

---

<sup>450</sup> Ce mouvement de concentration de l'industrie américaine s'est étendu principalement sur une période comprise entre 1887 et 1904, touchant près de 15% des capacités de production du secteur manufacturier. Voir. F. SOUTY, *La politique de concurrence aux États-Unis*, P.U.F, Coll. Que sais-je ?, 1995, p.97.

<sup>451</sup> Le XIXe siècle a vu le développement de nombreuses inventions utiles au développement commercial des tel que le télégraphe électrique (créé 1837 par Samuel Morse) et le téléphone (créé en 1876 par Alexander Grahame Bell).

<sup>452</sup> Les débats parlementaires lors du vote du *Sherman Act* utilisent le terme de « trust » pour désigner les monopoles.

## 1. La libéralisation des state charter incorporation

**Le développement des personnes morales de droit privé.** Si les États ne puisent pas la source de leur pouvoir dans la Constitution américaine, ils ont accepté cependant, de voir limiter leur action en vue « *de former une union plus parfaite* »<sup>453</sup>. Dès lors, à l'exception des cas où la Constitution a accordé la suprématie à l'État fédéral, les États fédérés maintiennent leur souveraineté<sup>454</sup>. Cette lecture stricte de la Constitution était celle adoptée par Andrew Jackson et ses partisans : les pouvoirs du gouvernement fédéral devaient être limités et les États devaient surveiller son action en jouant leur rôle de « sentinelle »<sup>455</sup>.

Andrew Jackson fut élu en 1829, sur un programme de rupture avec la politique de son prédécesseur, John Quincy Adams. Qualifié de « populiste » par ses adversaires, il se présentait comme un homme venu du peuple, de l'Ouest de surcroît, pour répondre à l'exaspération de ses concitoyens face aux inégalités et aux abus des gouvernants<sup>456</sup>. Sans rechercher la protection de l'État fédéral, les Américains demandaient que cessent les injustices dont ils se disaient victimes. Andrew Jackson engagea donc les États-Unis dans un large mouvement de réformes tendant à réduire ces insatisfactions.

Lorsqu'il opposa son veto à la seconde banque des États-Unis, il déclara dans une note rédigée<sup>457</sup> en 1832 que le gouvernement devait « *confine itself to equal protection, and, as*

---

<sup>453</sup> « *a more perfect union* », Préambule de la Constitution américaine de 1787 disponible en ligne : <https://www.archives.gov/founding-docs/constitution-transcript>

<sup>454</sup> Le Xème amendement du Bill of Rights voté le 25 septembre 1789 par le Congrès dispose que « The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people. ».

<sup>455</sup> Cette interprétation de la Constitution « *pacte* » a été balayée par le *Chief Justice* Marshall dans l'arrêt *McCulloch v. Maryland* (1819). Dans cet arrêt, Marshall avance que la Constitution « *a été adoptée par le peuple et pour le peuple* ». Celle-ci fait donc loi et ne peut être considérée comme un simple contrat. La théorie de la « *Constitution pacte* » continuera de faire débat jusqu'à la fin de la guerre de Sécession, avec la reddition de général Lee, général en chef des troupes confédérées. Cf. E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême*, Dalloz, Ed. Les grands arrêts, 2010, p. 50 ; R.E. ELLIS, *Andrew Jackson*, C.Q Press, Coll. American Presidents References Series, 2003, p. 18.

<sup>456</sup> Les Américains demandent l'élargissement du suffrage, la rotation des emplois administratifs, l'emprisonnement pour dette, et surtout l'abolition des *incorporations by special charter*. Ce mouvement s'accroît à la suite de la crise de 1819, lorsque les Britanniques se tournèrent vers le coton d'Inde moins cher que celui américain. Cette perte du marché anglais coïncida avec une baisse généralisée de la demande européenne pour les produits américains, aggravée par la politique laxiste d'octroi de crédits des banques, les États-Unis plongèrent dans une dépression économique importante. Cf. R.E. ELLIS, *Andrew Jackson*, C.Q Press, Coll. American Presidents References Series, 2003, p. 37 ; G. DANGERFIELD, *The Era of Good Feelings*, Harbinger Book, 1952, p. xii.

<sup>457</sup> Selon Arthur M. Schlesinger Jr., cette note aurait été coécrite par l'*Attorney General* Roger B. Taney, qui devint plus tard *Chief Justice* à la Cour suprême. A. M. SCHLESINGER, JR., *The Age Of Jackson*, Little Brown and Company, 1945, p. 365-366. H. HOVENKAMP, précise que Roger B. Taney, était un farouche libéral dont les conceptions économiques classiques ont influencé grandement jusqu'au XXe siècle à la fois la théorie constitutionnelle fédérale et les constitutions étatiques par les cours locales. H. HOVENKAMP, *Inventing the Classical Constitution*, *Iowa Law Review*, Vol. 101, 2015-2016, p. 5.

*Heaven does its rains, shower its favors alike on the high and the low, the rich and the poor* »<sup>458</sup>. L'opposition de Jackson à la Banque des États-Unis, très largement partagée par ses contemporains, résultait en grande partie du fait qu'elle était une personne privée dont les attributions et les pouvoirs dépassaient ceux des banques traditionnelles<sup>459</sup>. Il refusait la subsistance d'un système fondé sur le privilège accordé à certaines personnes ou à certaines « classes » de personnes<sup>460</sup>. Lui-même s'était opposé aux monopoles dévolus par voie législative lorsqu'il était sénateur. Méfiant de l'entreprise comme forme juridique d'exception, il impulsa une « démocratisation » de la procédure d'*incorporation charter*<sup>461</sup>.

L'existence des sociétés reposait en effet, sur le caractère discrétionnaire de l'octroi de la charte de constitution des entreprises, favorisant de cette manière les entrepreneurs riches et bien établis aux dépens des nouveaux entrants<sup>462</sup>. Dans le même temps, Roger Taney, nouveau président de la Cour suprême nommé par Jackson en 1836, allait s'appliquer à modérer l'héritage laissé par John Marshall et notamment l'interprétation par ce dernier de la clause de commerce<sup>463</sup>.

Au début du XIXe siècle, une entreprise pouvait adopter deux types de formes juridiques : le « *general partnership* », qui ne commandait pas de formalité particulière et la « *corporation* », qui nécessitait une reconnaissance par une procédure officielle de l'autorité publique étatique<sup>464</sup>. Durant la période coloniale et postrévolutionnaire, la *corporation* s'était développée au sein des États, comme nous l'avons précédemment exposé<sup>465</sup> sur le modèle existant en Angleterre. D'abord réservée aux opérations commerciales d'ampleur ou aux financements complexes, tels que la construction de voies navigables, des chemins de fer, ou de

---

<sup>458</sup> A. M. SCHLESINGER, JR., *The Age Of Jackson*, Little Brown and Company, 1945, p. 365-366

<sup>459</sup> Selon Richard E. ELLIS, Andrew Jackson aurait des griefs personnels contre les banques, ayant été touché dans l'affaire Allison, où il aurait accepté des billets à ordre d'un marchand en faillite. Les dirigeants de la Banque des États-Unis auraient de plus, soutenu financièrement ses opposants politiques durant les élections de 1828. Cf. R.E. ELLIS, *Andrew Jackson*, C.Q Press, 2003, p. 128 et s. ; S.C. CALABRESI, L. C. LEIBOWITZ, Monopolies and the Constitution : A History of Croony Capitalism, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 36., p. 1026.

<sup>460</sup> M.L. SAUNDERS, Equal Protection, Class Legislation, and Colorblindness, *Michigan Law Review*, N° 96, 1997-1998, p.256.

<sup>461</sup> H. HOVENKAMP, *Enterprise and American Law, 1836-1937*, Harvard University Press, 1991, p. 36.

<sup>462</sup> H. HOVENKAMP, *Enterprise and American Law, 1836-1937*, Harvard University Press, 1991, p. 37 ; T.A. FREYER, *Producers Versus Capitalists. Constitutional Conflict in Antebellum America*, University Press of Virginia, 1994, p.25 ; A. M. SCHLESINGER, *The Age of Jackson*, Little Brown and Company, 1945, p. 175.

<sup>463</sup> Voir l'interprétation de la clause de commerce par la Cour Marshall dans l'arrêt *Gibbons vs. Ogden* 22 U.S. (9 Wheat) 1 (2 mars 1824) qui permet d'habiliter le Congrès à régir les problèmes d'intérêts communs, en limitant les compétences des États. Cf. H. HOVENKAMP, *Enterprise and American Law, 1836-1937*, Harvard University Press, 1991, p.80 ; H. HOVENKAMP, Inventing the Classical Constitution, *Iowa Law Review*, N° 1, 2015-2016, p.5 ; A. MATHIOT, Le rôle est l'influence de la Cour suprême dans la vie économique des États-Unis au XXe siècle, *Revue française d'Études Américaines*, N° 53, Fev. 1988, pp. 27-36.

<sup>464</sup> S.P. HAMILL, The Origins Behinds the Limited Liability Company, *Ohio State Law Journal*, Vol. 59, N° 5, 1998, p. 1484.

<sup>465</sup> Voir, *supra* p.102 et s.

banques, la procédure d'*incorporation*, c'est-à-dire l'octroi de la personnalité morale par l'autorité publique revêtait un caractère exceptionnel<sup>466</sup>. La création d'une société était un acte formel, correspondant en quelque sorte à une « Constitution », à laquelle l'État venait donner force<sup>467</sup>.

Durant les années 1820, les États-Unis engendrèrent un très grand nombre de sociétés. Les guerres européennes<sup>468</sup> et les taxes protectrices sur les biens importés avaient fortement encouragé la production intérieure<sup>469</sup>. Pour James Kent, « *The demand for charters of incorporation is not merely for municipal purposes, but usually for the more private and special object of assisting individuals in their joint stock operations and enterprising efforts directed to the business of commerce, manufactures and the various details of internal improvement* »<sup>470</sup>. Ainsi, sous l'impulsion des partisans d'Andrew Jackson, entre 1830 et 1850 des *general incorporation laws* furent établis en réaction à « *the confusion, corruption, partial and inequitable legislation that was the result of allowing parties to go before the legislature and ask for a special charter* »<sup>471</sup>. Le professeur William Hurst parle de véritable « libéralisation » des lois d'*incorporation* au niveau des États<sup>472</sup> qui débutèrent en 1811 dans l'État de New York, puis en Pennsylvanie en 1836, suivis par le Connecticut en 1837<sup>473</sup>. Dans les années 1860<sup>474</sup> les lois de *general incorporation* ont été étendues à toute l'Amérique : sur les quarante-sept États fédérés que comptaient les États-Unis, trente-neuf avaient adopté cette législation. En 1875, 90 % des États avaient libéralisé leurs procédures<sup>475</sup>. Parmi les États

---

<sup>466</sup> Pour créer une société, une *licence* devait être obtenue auprès de l'une des treize législatures. Cf. J.W. HURST, *The Legitimacy of the Business Corporation in the Law of the United States*, The University Press of Virginia, p.13 et s.

<sup>467</sup> L'arrêt de la Cour suprême *Dartmouth College v. Woodward* (17 U.S.518, 1819), reconnaît la *corporate charter*, comme un contrat passé entre l'État et l'entreprise et de ce fait, devait être protégé par l'Article 1, Section 10., de la Constitution américaine « *No State shall (...) law impairing the Obligation of Contracts* ». <https://www.archives.gov/founding-docs/constitution-transcript>.

<sup>468</sup> Voir, S. VENAYRE, Les guerres lointaines du dix-neuvième siècle *Arts & sociétés*, N°66, en ligne : <https://www.sciencespo.fr/artsetsocietes/fr/archives/938>.

<sup>469</sup> Voir *supra*, p.102.

<sup>470</sup> J. KENT, *Commentaries on American Law*, O. Halsted, Vol.II, New-York, 1832, p. 271.

<sup>471</sup> H. LAFAYETTE WILGUS, Need of a National Incorporation Law, *Michigan Law School*, 1904, p. 363.

<sup>472</sup> J.W HURST *The Legitimacy of the Business Corporation in the Law of the United States*, The University Press of Virginia, 1ere Ed. 1971, 2010, pp.37-38.

<sup>473</sup> G. ATKINSON, S. P. PASCHALL, *Law and Economics from an Evolutionary Perspective*, Elgar, 2016, p.72. ; J.L. ROSENBLOOM, *Quantitative Economic History : The Good of Counting*, Routledge, Taylor & Francis Group, 2008, p.62 ; S.P. HAMILL, From Special Privilege to General Utility : A Continuation of Willard Hurst's Study of Corporations, *American University Law Review*, 1999, p. 101

<sup>474</sup> S.P. HAMILL, From Special Privilege to General Utility : A Continuation of Willard Hurst's Study of Corporations, *American University Law Review*, 1999, p. 104.

<sup>475</sup> Certains États comme New York, l'Illinois, le Wisconsin, le Maryland et la Caroline du Nord, maintinrent un double système, où la création d'entreprises avec des chartes spéciales restait possible. D'autres comme l'Alabama et la Louisiane les interdirent. L.M. FRIEDMAN, *A History of American Law*, Simon and Schuster, Edition révisée 15 juin 2010, p.512-513.

nouvellement créés, l'Indiana, la Californie et le Minnesota adoptèrent des Constitutions interdisant aux législatures « *from creating private corporation in any other way* »<sup>476</sup>. Seules certaines activités commerciales étaient par nature exclues<sup>477</sup>. Par exemple, le vote à la majorité des deux tiers qui était requis pour la création d'une *corporation* dans l'État de New York avait été remplacé par « *a general incorporation excepted where 'the objects of the corporation cannot be attained under general laws'* »<sup>478</sup>.

**Limites.** Si la procédure de création avait été facilitée, de nombreuses restrictions subsistaient néanmoins. Les entreprises devaient à titre liminaire, définir avec précision le champ de leurs activités, réunir un nombre suffisant de constituants et fournir un capital minimum. Il existait de plus, des limites strictes concernant l'objet de la société et les modifications pouvant être apportées durant sa vie. Les règles sur la responsabilité des actionnaires vis-à-vis de la dette sociale dépendaient de l'appréciation de chaque État<sup>479</sup>. Le non-respect de ces réglementations était sanctionné par la doctrine de l'*ultra vires* : tous les actes qui n'étaient pas explicitement prévus par la *charte* étaient interdits et considérés comme nuls. Le principal moyen de contrôle des États sur ces nouvelles entités juridiques consistait, en cas de dépassement ou de mauvais usage de leur *charte*, d'introduire une procédure devant le juge, appelée *quo warranto*.

## 2. L'insuffisance des procédures de *quo warranto* étatiques

**Les procédures en *quo warranto* et pour *ultra vires*.** Le *quo warranto*<sup>480</sup> est une procédure de *common law* utilisée par les monarques anglais pour enquêter sur les prétentions ou

---

<sup>476</sup> E.M. DODD, *American Business Corporation until 1860 : with special reference to Massachusetts*, Harvard University Press, 1954, p. 317.

<sup>477</sup> Parmi lesquelles, les banques, les sociétés d'assurance, les entreprises de chemins de fer. Cf. S.P. HAMIL, *From Special Privilege to General Utility : A Continuation of Willard Hurst's Study of Corporations*, *American University Law Review*, 1999, p.102.

<sup>478</sup> H. HOVENKAMP, *Enterprise and American Law, 1836-1937*, Harvard University Press, 1991, p.38.

<sup>479</sup> J.L. ROSENBLOOM, *Quantitative Economic History : The Good of Counting*, Routledge Taylor & Francis Group, 2008, p.63 ; J. W. CADMAN, *The Corporation in New-Jersey : business and politics, 1791-1875*, Harvard University Press, 1949.

<sup>480</sup> J. WHISHAW, *A New Law Dictionary : Containing a Concise Exposition of the Mere Terms of art, and Such Obsolete Words as Occur in Old Legal, Historical, and Antiquarian Writers*, J.& W.T. Clarke, law booksellers and publishers, 1829, p.259. Voir aussi : W.S. HOLDSWORTH, *History of English Law*, Methuen & Co. LTD, 1938, p.437 et s. disponible en ligne : <https://archive.org/details/historyofenglish12holduoft> ; C.



l'usurpation de personnes qui se revendiquaient propriétaire d'un office ou d'un privilège royal (*liberty, franchise*)<sup>481</sup>. Au XIXe siècle, elle servit à sanctionner par le retrait de chartes les entreprises coupables de manquements, d'abus ou autres activités délictueuses, entraînant ainsi leur dissolution<sup>482</sup>. Cette procédure ne pouvait être mise en œuvre que par le *State Attorney General* de l'État dont la loi avait investi la société de la personnalité morale, qui requérait alors par ordonnance (*writ*), l'ouverture d'une enquête devant le juge.

Comme nous l'avons vu, avant la libéralisation des *states charters incorporation*, une relation contractuelle unissait l'État aux *corporations*. Celles-ci étaient créées afin de remplir une mission particulière souvent d'intérêt public et de ce fait, étaient soumises à certaines obligations spéciales<sup>483</sup> : l'entreprise ne pouvait exercer son activité que dans la mesure où l'État lui en avait donné la permission<sup>484</sup>. Selon Herbert Hovenkamp, beaucoup d'entreprises créées au XVIIIe siècle comprenaient une clause « d'autodissolution » en cas de non-accomplissement de leurs missions dans le nombre d'années qui leur était imparti<sup>485</sup>.

Les entreprises à but lucratif, comme les manufactures, n'étaient toutefois pas soumises à de tels contrôles des États. Ils n'avaient pas à formuler d'appréciation sur leurs tenues ou à évaluer leurs résultats<sup>486</sup>. Ces tâches étaient confiées aux actionnaires, et ce, à plus forte raison lorsque l'attribution facilitée des chartes se généralisa. Au contraire de la *common law* anglaise, selon les auteurs Angel et Ames, les cours des États avaient maintenu l'application de la procédure de *quo warranto* aux entreprises commerciales, durant la première partie du XIXe siècle tout au moins<sup>487</sup>. Peu à peu, en effet, les cours commencèrent à favoriser un autre

---

FISK BEACH, *A Treatise On The Law Of Monopolies and Industrial Trusts, as Administered in England and The United States of America*, The Lawbook Exchanges LTD, 1st Ed. 1898, 2007, p. 217 et s.

<sup>481</sup> L.M. FREIDMAN définit la franchise qui est aussi appelée *liberty*, comme « *a grant to the private sector, out of the inexhaustible reservoir of state power* ». Cf. L.M. FREIDMAN, *A History of American Law*, Simon & Schuster Inc., Revisited ed., 1985, p. 179.

<sup>482</sup> *State v. Minn. Thresher Mfg. Co.*, 40 Minn. 223, 42 N. W. 2020 (1839); Voir aussi, G.E. BUCHANAN (sous la direction de), *Quo Warranto and Private Corporations*, *Yale Law Journal*, N° 37, 1927-1928, p.239.

<sup>483</sup> H. HOVENKAMP, *Enterprise and American Law, 1836-1937*, Harvard University Press, 1991, p. 56 et s.

<sup>484</sup> H. HOVENKAMP, *The Classical Corporation in American Legal Thought*, *Georgetown Law Journal*, (1988), p. 1658.

<sup>485</sup> J.S. DAVIS, *Essays in the Earlier History of American Corporation*, Cambridge Harvard University Press, 1917, p.227.

<sup>486</sup> Sauf si celle-ci avait perçu une subvention de l'État.

<sup>487</sup> J. K. ANGELL, S. AMES, *A Treatise on the Law of Private Corporations Aggregate*, (1832). disponible en ligne : <https://archive.org/details/cu31924019342140>

type d'action, l'*ultra vires action*<sup>488</sup> et s'agissant des entreprises à but lucratif à borner l'applicabilité du *quo warranto* aux abus portant atteinte à l'intérêt public<sup>489</sup>.

Lorsque les marchés commencèrent à s'organiser et à se structurer en monopoles, certains États se saisirent de cette procédure afin de contraindre les entreprises à respecter leur charte, en sanctionnant tout commerce interétatique lorsque celui-ci n'était pas autorisé par la charte ou par la loi de l'État et surtout, interdire l'achat des actions d'une autre société<sup>490</sup>. Le *quo warranto* et la doctrine de l'*ultra vires* constituaient alors les seuls outils d'intervention publique pour contrôler ces pratiques. Les cours avaient adapté leur doctrine en accordant une présomption d'atteinte à l'intérêt public lorsque la constitution du monopole résultait d'un accord exécuté par les parties<sup>491</sup>. Néanmoins, comme le rappelle Herbert Hovenkamp, le pouvoir des cours n'était pas illimité. L'atteinte à la concurrence ne pouvait suffire à justifier une procédure de *quo warranto* par elle-même, il était nécessaire que la charte de l'entreprise n'ait pas été respectée ou qu'une loi ait été violée<sup>492</sup>.

Le premier succès d'envergure mettant en œuvre cette procédure concerna le *Standard Oil Trust*. Créé en 1882<sup>493</sup> par la *Standard Oil of Ohio*, le *Standard Oil Trust* avait éveillé l'attention de l'autorité publique par ses pratiques contestables envers ses concurrents et la

---

<sup>488</sup> La doctrine d'*ultra vires* correspond selon le dictionnaire juridique Black's Law à « The modern technical designation, in the law of corporations, of acts beyond the scope of the powers of a corporation, as defined by its charter or act of incorporation. State ex rel. v. Holston Trust Co., 168 Tenn. 546, 79 S.W.2d 1012, 1016. The term has a broad application and includes not only acts prohibited by the charter, but acts which are in excess of powers granted and not prohibited. State ex rel. Supreme Temple of Pythian Sisters v. Cook, 234 Mo.App. 898, 136 S.W.2d 142, 146, and generally applied either when a corporation has no power whatever to do an act, or when the corporation has the power but exercises it irregularly. People ex rel. Barrett v. Bank of Peoria, 295 Ill.App. 543, 15 N.E.2d 333, 335. Act is "ultra vires" when corporation is without authority to perform it under any circumstances or for any purpose. Orlando Orange Groves Co. v. Hale, 107 Fla. 304, 144 So. 674, 676. ». Black's Law dictionary, Fourth ed. 1968. Voir, L. FREIDMAN, A History of American Law, Simon & Schuster Inc., Revisited ed., 1985, Chapitre VII.

<sup>489</sup> *People v. Bank of Hudson*, 6 Cow. 217 (N. Y. 1826) ; *State v. Milwaukee Ry.*, 45 Wis. 579 (1878) ; *State v. Madison City Ry.*, 72 Wis. 612, 40 N. W. 487 (1888) ; *Tate v. Pipher*, 28 Kan. 127 (1882).

<sup>490</sup> *Sumner vs. Marcy*, 23 F. Cas. 384 (C.C.D. Me.1847) (No. 13 609) ; *Franklin Co. Vs. Lewiston Inst.* For savings, 68 Me. 43, 45 (1877) ; *Franklin Bank of Cincinnati v. Commercial Bank of Cincinnati*, 36 Ohio St. 350 (1881) ; Voir aussi, L.M. FRIEDMAN, *A History of American Law*, Simon and Schuster, Edition révisée 15 juin 2010, p.519-521. Avant 1888, les statuts ouvrant expressément la souscription d'actions à des entreprises tiers étaient rares. Cf. W.R. COMPTON, Early History of Stock Ownership by Corporations, *The George Washington Law Review*, Vol. 9, N° 2, Dec. 1940.

<sup>491</sup> T. C. SPELLING, *A Treatise On Injunctions and Other Extraordinary Remedies*, Little Brown and Company, 2d Ed., Vol. 2, 1901, p. 1587. Disponible en ligne] : <https://archive.org/details/atreatiseoninju00spelgoog> ; voir de même, *Richardson v. Buhl* 43 N.W. 1102 (Mich. 1898), *W. Wooden Ware Ass'n vs. Starkey*, 47 N.W. 604 (Mich.1890).

<sup>492</sup> H. HOVENKAMP, The Classical Corporation in American Legal Thought, *Georgetown Law Journal*, (1988), p. 1670.

<sup>493</sup> Selon James May, un *trust* secret créé en 1879 aurait précédé cette création. J. MAY, The Story of Standard Oil Co., v. United States, in, E.M. FOX, D.A. CRANE, *Antitrust Stories*, Foundation Press, 2007, p. 13.

position monopolistique qu'il avait acquis au sein de l'industrie pétrolière grâce au rachat de nombreuses raffineries dans de multiples États<sup>494</sup>.

Dans une requête déposée le 8 mai 1890 par l'Attorney General de l'Ohio David Watson, la dissolution du Trust fut demandée pour avoir « transferred substantially all of its shares to the officers of the Standard Oil Trust, most of them non-resident of Ohio, and that these trustees selected the directors of the Standard Oil of Ohio, and managed its affairs. As such management by outsiders violated the State law, he asked that the company be held to have forfeited its corporate rights and powers, and be dissolved »<sup>495</sup>. Ainsi, l'opération confiant le contrôle stratégique de la Standard Oil of Ohio à des tiers, les trustees, était considérée comme contraire à la charte de l'entreprise.

Dans l'arrêt du 2 mars 1892, la Cour suprême de l'Ohio reconnut que la *Standard Oil Company of Ohio*, avait « exercised a power for which it had non authority under the laws of this state »<sup>496</sup>, mais ne retira pas sa charte, elle demanda le simple retrait de l'accord liant l'entreprise au trust, sans toutefois imposer de limite de temps<sup>497</sup>.

L'utilisation et la déformation relative de ces procédures marquent à la fois une volonté des pouvoirs étatiques de contrôler ces opérations de croissance externe et leur impuissance au regard des moyens dont ils disposent pour parvenir à un tel contrôle. À partir des années 1870-1880 les entreprises commencèrent à s'organiser de manière à échapper aux lois des États et à la procédure de *quo warranto*. Elles s'appuyèrent sur plusieurs formes sociales. Le *trust* n'était pas sans faiblesse, mais se trouvait passablement protégé par l'inertie des États. D'autres structures furent inventées pour permettre aux sociétés d'échapper aux limitations imposées par leurs chartes.

---

<sup>494</sup> L.D. MANNS, *Dominance in The Oil Industry : Standard Oil From 1865 to 1911*, in, *Market Dominance : How Firms Gain, Hold, Or Lose it and the Impact on Economic Performance*, Praeger, D.I. ROSENBAUM (sous la direction de), 1998, p. 22.

<sup>495</sup> L.D. MANNS, *Dominance in The Oil Industry : Standard Oil From 1865 to 1911*, in, *Market Dominance : How Firms Gain, Hold, Or Lose it and the Impact on Economic Performance*, Praeger, D.I. ROSENBAUM (sous la direction de), 1998, p. 23, citant l'ouvrage de Bruce BRINGHURST, *Antitrust Oil cases, 1890-1911*, Greenwood Press, 1979, p. 133.

<sup>496</sup> *State ex rel. Attorney General v. Standard Oil Co.*, 49 Ohio St. 137 30 N.E. 279, Supreme Court of Ohio. March 2, 1892.

<sup>497</sup> Le conseil d'administration du Trust ordonna son autodissolution lors d'une décision du 21 mars 1892. Il fut divisé en vingt entreprises avant de se réorganiser en *holding* en 1899. Cf. J. MAY, *The Story of Standard Oil Co., v. United States*, in, E.M. FOX, D.A. CRANE, *Antitrust Stories*, Foundation Press, 2007, p. 13.

## §2. Le développement des concentrations anticoncurrentielles

Les premiers phénomènes concentratifs<sup>498</sup> apparurent durant la seconde moitié du XIXe siècle à la suite de la période d'expansion qui caractérisa la reconstruction. Les *corporations* se multiplièrent poussées par le développement d'un marché national, des innovations technologiques et bancaires qui permettaient de financer et d'accroître leur expansion. Émergent à cette époque les grandes entreprises nationales multidivisionnaires telles que la *Standard Oil Company of Ohio* créé par John D. Rockefeller, *l'American Tobacco*, *Dupont de Nemours*, *U.S. Steel* et plus tard la *Northern Securities Company*. Comme le constate le professeur Lamoreaux, « *nothing like it had ever seen before, or has been seen since* »<sup>499</sup>.

Or, les seuls concepts juridiques connus pouvant constituer un fondement légal d'opposition à ces phénomènes, avant le passage du *Sherman Antitrust Act*, étaient issus de la *common law* : le *contract in restraint of trade* et la *combination in restraint of trade* B). Il convient de présenter tout d'abord, les différentes coordinations d'entreprises, qui ont pris les formes d'entente, mais aussi de fusions à l'achèvement du chemin fer en 1870<sup>500</sup> constituant la première vague de concentrations (A).

---

<sup>498</sup> Sur le plan terminologique, il est important de souligner que la notion de « concentration » aux États-Unis ne désigne pas les phénomènes concentratifs au sens européen du terme. Comme le remarque Louis Vogel, « *en droit de l'antitrust américain, le concept juridique de concentration n'existe pas* ». Au sens strict ce processus coïncide davantage avec le terme de « *business combination* » qui est défini comme « *a transaction in which the acquirer obtains control of another business* », mais qui appartient néanmoins à la lexicologie de la comptabilité. Selon le dictionnaire juridique de l'Université de Cornell, constituent des *business combinations* : l'opération d'absorption (*merger*) défini comme « *the absorption of one corporation into another. The surviving corporation acquires all the assets and liabilities of the corporation getting absorbed*, de consolidation (« *a new corporation is created and the consolidating corporations are extinguished*. ») et d'acquisition (*acquisitions*). La littérature juridique n'utilise que très peu l'expression de *business combinations* en raison de l'existence d'une homonymie en droit antitrust, la « *combination* » qui peut en effet, qualifier l'entente collusive entre opérateurs (Blackstone). Pour cette raison les commentateurs utilisent plus communément le terme de « *merger* » qui *lato sensu* renvoie à l'opération juridique de la concentration.

<sup>499</sup> N.R. LAMOREAUX, *The Great Merger Movement in American Business, 1895-1904*, Cambridge University Press, 1985, p. 1.

<sup>500</sup> Selon la majeure partie des historiens du droit et d'économie, la première vague de concentrations d'ampleur nationale débute en 1895, pour s'achever en 1904. Cf. R. LAMOREAUX, *The Great Merger Movement in American Business, 1895-1904*, Cambridge University Press, 1985 ; R.L. NELSON, *The Merger Movements in American Industry, 1895-1956*, Princeton University Press, 1959 ; N. COUTINET, D. SAGOT-DUVAUROUX, *Économie des fusions et acquisitions*, La Découverte, Paris, 2003 ; F.M. SCHERER, D. ROSS, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Houghton Mifflin Company, 1990 ; R.B. DU BOFF, E.S. HERMAN, *The Promotional-financial dynamic of Merger Movements : A Historical Perspective*, *Journal of Economic Issues*, Vol. 23, issue 1, March, p.107-133 ; H. C. LIVESAY, G. PORTER, *Vertical Integration in American Manufacturing, 1899-1948*, 29/. *Econ. Hist.* 494 (1969) ; Y.-H. NOUAILHAT, *Évolution économique des États-Unis du milieu du XIXe siècle à 1914*, Société d'édition d'enseignement supérieur, Coll. Regard sur l'histoire, 1982 ;

## A. Les vagues de concentrations de la fin du XIXe siècle

La recherche du profit par la coordination administrative, l'abaissement des coûts de production, l'augmentation de la productivité, de même que la volonté de domination du marché ont conduit de 1887 à 1904 à l'absorption d'au moins trois cent cinquante entreprises par an<sup>501</sup>. Les concentrations économiques ne se sont toutefois pas formées immédiatement par la fusion-acquisition. En effet, les *corporations* suivirent plusieurs stratégies en adoptant notamment certaines formes de cartellisation telles que les *pools* et les *trusts* (1) avant de s'organiser en entités juridiquement intégrées (2).

### 1. Les stratégies d'entente horizontale

Les États-Unis subirent durant les années 1873 à 1879 une période de crise économique intense connue en sciences économiques comme la première « grande dépression »<sup>502</sup>. Les bourses cotant les valeurs agricoles, telles que le blé, le maïs et le coton s'effondrèrent, affectant le développement du chemin de fer vers l'Ouest et provoquant de multiples faillites<sup>503</sup>. La période de récession économique qui suivit mena à une baisse des prix persistante. Selon, les professeurs Fox et Sullivan, cette baisse de prix était due à une contraction du marché liée à la baisse de la demande, combinée à l'afflux constant de nouveaux entrants. L'importance des coûts fixes engagés et la rigidité de la structure productive empêchaient tout arrêt temporaire qui aurait pu réduire la surproduction<sup>504</sup>. Les opérateurs économiques les mieux installés vont alors pratiquer une politique de prix prédateurs<sup>505</sup> afin de réduire la concurrence<sup>506</sup>. Pour y

---

<sup>501</sup>R.L. NELSON, *Merger Movements in American Industry, 1895-1956*. Voir également, H. HOVENKAMP, *Antitrust's Protected Classes*, *Michigan Law Review*, N° 88, 1989.

<sup>502</sup>Idem.

<sup>503</sup>M. DEBOUZY, *Le Capitalisme « sauvage » aux États-Unis, 1860-1900*, Edition du Seuil, 1972, p.79.

<sup>504</sup>E. FOX, L.A. SULLIVAN, *Antitrust – Retrospective and Prospective: Where are we Coming From? Where are we Going ?*, *New York University Law Review*, Nov. 1987, p. 938.

<sup>505</sup>Un prix prédateur s'entend selon la Federal Trade Commission comme la décision « *using low prices to drive smaller competitors out of the market in hopes of raising prices after they leave are rare.* ». Cf. <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/single-firm-conduct/predatory-or-below-cost>.

<sup>506</sup>Selon le rapport publié par The Industrial Commission « most of the witnesses were of the opinion that competition, so vigorous that profits of nearly all competing establishments were destroyed, is to be given first place » cité par H.U. FAULKNER, *The Decline of laissez-faire 1897-1917*, Vol. VII, M. E. Sharpe Inc., Routledge, 1977, p.157. FOX, L.A. SULLIVAN, *Antitrust – Retrospective and Prospective : Where are we Coming From ? Where are we Going ?*, *New York University Law Review*, Nov. 1987, p. 938. ; A.D. CHANDLER, *The Visible Hand. The Managerial Revolution in American Business*, Harvard University Press, 2002, p.317 ; Y.-H. NOUAILHAT, *Évolution économique des États-Unis du milieu du XIXe siècle à 1914*, Société d'édition d'enseignement supérieur, Coll. Regard sur l'histoire, 1982, p. 3012.

échapper, de nombreux acteurs, plus particulièrement les fabricants, vont former des ententes nationales afin de s'accorder sur le niveau de production et maintenir les prix<sup>507</sup>.

Afin d'échapper au droit des sociétés des États et préserver leurs ententes horizontales (*horizontal combinations*), les entreprises vont s'unir à travers deux formes successives, d'abord au sein des associations professionnelles (a), puis par le *trust* (b).

### a. Les associations professionnelles

Les associations professionnelles rassemblaient les professionnels d'un secteur afin de développer et promouvoir les activités de leurs membres. Déjà présentes en 1830, elles se multiplièrent de manière très importante à partir de 1880.

Les associations furent utilisées de manière généralisée pour organiser la production : tous les domaines manufacturiers étaient concernés<sup>508</sup>, mais elles se révélèrent particulièrement présentes dans les secteurs de l'industrie mécanique, tel que dans le bois, le cuir, la pétrochimie et la fonderie<sup>509</sup>.

Leurs méthodes pour déterminer les quotas de production et parvenir à une uniformité des prix prirent des formes de plus en plus sophistiquées. Le 4 août 1896, la *General Electric Company* et six autres entreprises se réunirent au sein d'une association connue sous le nom de « *The Incandescent Lamp Manufacturers* »<sup>510</sup> dans le but de fixer les prix, se répartir les marchés et les consommateurs<sup>511</sup>. Chaque membre de l'association devait envoyer quotidiennement au « directeur des statistiques » toutes les ventes effectuées, avec des détails montrant à qui les ampoules avaient été vendues, à quel prix et dans quels termes. Les factures prouvant l'exactitude de ces informations devaient obligatoirement accompagner ces déclarations. Ainsi, l'association était à même de communiquer mensuellement à tous les membres les données

---

<sup>507</sup> CHANDLER, *The Visible Hand. The Managerial Revolution in American Business*, Harvard University Press, 2002, p.317. Déjà en 1830, les producteurs de sels de Virginie de l'Ouest avaient initié une baisse de la production afin de contrôler les prix. Cf. H.U. FAULKNER, *Histoire économique des États-Unis d'Amérique*, Tome II, Presses Universitaires de France, p. 419.

<sup>508</sup> Seules les associations intervenant dans les secteurs de l'imprimerie, de l'édition et du textile ont connu moins d'ampleur. Voir la liste détaillée de ces associations durant les années 1870-1880 : W.H. BECKER, *American Wholesale Hardware Trade Associations, 180-1900*, *Business History Review*, Vol. XLV, No. 2 (Summer 1971), p.183.

<sup>509</sup> *Idem*, p.182 et s.

<sup>510</sup> Le slogan de cette association était « *Cooperation, not Competition, is the Life of Trade* ». Cf. G.W. STOCKING, *The Rule of Reason Workable Competition and the Legality of Trade Association Activities*, *The University of Chicago Law Review*, Vol.21, p.544.

<sup>511</sup> W.S. STEVENS, *A Group of Trusts and Combinations*, *The Quarterly Journal Of Economics*, Vol. 26, No. 4, Aug. 1912, p. 594.

répertoriant la production, les stocks disponibles et la liste officielle des prix<sup>512</sup>. Il en fut de même dans l'industrie bouchère avec la *Butcher' National Protective Association*<sup>513</sup> ou encore laitière à travers l'association « *Milk Exchange* »<sup>514</sup>. Ces associations adoptèrent les pratiques utilisées par les compagnies de chemins de fer, notamment en créant des fonds de péréquation, permettant une redistribution des fonds au bénéfice des membres qui avaient le moins vendu<sup>515</sup>.

Comme l'explique Chandler, il devint de plus en plus difficile pour les membres de ces ententes de faire respecter des accords auxquels les cours ne pouvaient donner force<sup>516</sup>. Il était aisé pour les entreprises associées de sortir du cartel<sup>517</sup> en utilisant les informations collectées pour leur propre intérêt et ainsi, augmenter leurs bénéfices en fixant leur prix au-dessous de ceux de leurs concurrents ou en négociant des rabais<sup>518</sup>. Certaines ententes étaient affectées par l'arrivée de nouveaux entrants sur leurs marchés<sup>519</sup>. La difficulté résidait dans l'impossibilité de contrôler efficacement les entreprises membres. De même, les prises de participation dans le capital des sociétés ou l'organisation en *holding* constituaient des stratégies coûteuses à exécuter et dangereuses sur le plan juridique, ces opérations pouvant en effet, faire l'objet d'une procédure de *quo warranto* pour *ultra vires* par les États<sup>520</sup>. Ainsi, beaucoup d'industriels ne se satisfaisaient plus de ces « *ropes of sand* »<sup>521</sup>, une évolution vers une organisation décisionnelle encadrée via une structure plus intégrée était devenue nécessaire. Le trust constitua alors l'alternative privilégiée par les membres des cartels.

---

<sup>512</sup> La *Hardwood Lumber Manufactures Association*, se transformera en *corporation* en 1901 sous la législation du New Jersey. G.W. STOCKING, *The Rule of Reason Workable Competition and the Legality of Trade Association Activities*, *The University of Chicago Law Review*, Vol.21, p.544.

<sup>513</sup> E. VON HALLE, *Trusts or Industrial Combinations and Coalitions in the United States*, The Macmillan Company, 1900, p. 19.

<sup>514</sup> *Idem*.

<sup>515</sup> *Ibid*, p. 24.

<sup>516</sup> W.D. COLLINS, *Trusts and the Origins of Antitrust Legislation*, *Fordham Law Review*, vol. 81, Issue 5, 2013, p. 2294.

<sup>517</sup> Le cartel est « une entente temporaire regroupant des entreprises d'une même branche, juridiquement et financièrement autonomes, en vue de limiter la concurrence et éventuellement d'obtenir ou de défendre des positions monopolistiques ». Cette expression fut utilisée pour la première fois en 1879 par Eugen Richter, député au Reichstag pour désigner les ententes entre industriels qui agissaient depuis 1869 dans le secteur de la métallurgie en Allemagne. Cf. <http://www.cnrtl.fr/definition/cartel>.

<sup>518</sup> CHANDLER, *The Visible Hand. The Managerial Revolution in American Business*, Harvard University Press, 2002, p. 317.

<sup>519</sup> Le pool de l'emballage de viande créé en 1886 s'effondra à l'arrivée du Cudahy Packing Company. Cf. M. YEAGER, *Competition and Regulation : the Development of Oligopoly in the Meat Packing Industry*, Greenwich : JAI Press, 1981, p. 115-117.

<sup>520</sup> Voir *supra*, p. 107.

<sup>521</sup> G. PORTER, *The Rise of Big Business, 1860-1920*, Wiley-Blackwell, 1973, cité par E. FOX, L.A. SULLIVAN, *Antitrust – Retrospective and Prospective : Where are we Coming From ? Where are we Going ?*, *New York University Law Review*, Nov. 1987, p. 939.

## b. Les trusts

Le trust est l'institution de droit anglais<sup>522</sup> « par laquelle le propriétaire de certaines valeurs transmet en propriété à un trustee avec cette restriction que, économiquement, une tierce personne — celui que trust — en bénéficie »<sup>523</sup>. Plus particulièrement, selon la définition de du fameux juriste britannique Frederic Maitland « lorsqu'une personne a des droits qu'elle est tenue d'exercer a) pour le compte d'une autre personne ou b) pour l'accomplissement de quelques fins particulières, elle est dite avoir ces droits en trust (en confiance) pour cette autre personne où à cette fin : et on l'appelle trustee »<sup>524</sup>. Le trust fut utilisé à des fins de contrôle des marchés pour la première fois par le conseiller juridique de John Rockefeller, Samuel Calvin Tate Dodd. Les quarante compagnies membres de l'alliance dirigée par Rockefeller signèrent un accord, le 2 janvier 1882, et la Standard Oil Trust fut créée<sup>525</sup>.

Cette institution permettait de contourner les limitations imposées par le droit des sociétés des États. En effet, la plupart n'autorisaient pas l'acquisition d'actions d'une autre société, et peu autorisait l'organisation en holding<sup>526</sup>. Il constituait aussi un moyen de contrainte légale sur les membres sans modification structurelle des entreprises. Les membres des compagnies échangeaient leurs actions contre des certificats du trust (trust certificate) et confiaient à un conseil composé de trustees, la supervision des affaires des sociétés membres du trust<sup>527</sup>. Représentant l'ensemble des actionnaires, ils pouvaient coordonner l'ensemble des politiques pour fixer les prix et limiter la production ou encore utiliser leur pouvoir à des fins de prédation ou de coercition sur les entreprises concurrentes<sup>528</sup>, mais aussi ordonner des investisse-

---

<sup>522</sup> La création relève de l'*equity, i. e.*, du chancelier de l'Échiquier. Pour une étude historique du trust, cf. B.A. WORTLEY, Le trust et ses applications modernes en droit anglais, *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 14 N° 4, octobre-décembre 1962, p. 703.

<sup>523</sup> E. WOLF, La législation antitrust des États-Unis et ses effets internationaux, *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 2 N° 3, Juillet-Septembre 1950, p. 442.

<sup>524</sup> F. W. Maitland cité par B.A. WORTLEY, Le trust et ses applications modernes en droit anglais, *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 14, N° 4, octobre-décembre 1962, p. 699 ; F.W. MAITLAND, *State, Trust and Corporation*, Cambridge University Press, 2003.

<sup>525</sup> A.D. CHANDLER, Jr., *Scale and Scope : The Dynamics of Industrial Capitalism*, Harvard University Press, 1990, p. 325.

<sup>526</sup> La possession d'actions entre entreprises était en principe non autorisé par les lois des États. Par exception certains États l'autorisaient au cas par cas, par la mise en œuvre de *special charter*. Ainsi, l'Alabama, donna à la Wetumpke Bridge Company, La législation antitrust des États-Unis et ses effets internationaux, *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 2, N° 3, Juillet-Septembre 1950, p.442.

<sup>527</sup> W. U. FAULKNER, Histoire économique des États-Unis d'Amérique des origines à nos jours, P. U.F, T.II, 1954, p. 420.

<sup>528</sup> Voir, G. PORTER, *The Rise of Big Business, 1860-1920*, Wiley-Blackwell, 1973, p.56-57.



ments en lieu et place des entreprises constituantes<sup>529</sup>. La direction de chaque entreprise qui composait le trust avait l'obligation d'appliquer les décisions des trustees. Comme le souligne Herbert Hovenkamp, aucune modification des statuts n'était nécessaire pour intégrer le trust<sup>530</sup>. À l'échelle du marché national américain, seuls huit trusts ont véritablement prospéré : le trust du cordage<sup>531</sup>, le trust du bétail et du whisky<sup>532</sup>, de l'huile de lin<sup>533</sup>, du coton<sup>534</sup>, du sucre<sup>535</sup>, du pétrole<sup>536</sup> et du plomb<sup>537</sup>.

Le contrat instituant le trust entre les entreprises n'était néanmoins pas invulnérable sur le plan du droit des sociétés. Le professeur Wahne D. Collins, résume les trois fondements juridiques principaux pour contester l'existence d'un trust. D'abord, comme membre d'un trust désigné contraire à l'intérêt public ou à la common law, ce membre pourrait être jugé avoir abusé de sa charte constitutive. Ensuite, selon Collins, il était courant que dans un souci d'optimisation, les trusts se défassent de certains sites de production. Dans ce cas, les entre-

---

<sup>529</sup> A.D. CHANDLER, Jr., *Scale and Scope : The Dynamics of Industrial Capitalism*, Harvard University Press, 1990, p.323 et s.

<sup>530</sup> H. HOVENKAMP, H. HOVENKAMP, *The Antitrust Enterprise: Principle And Exécution*, Harvard University Press, 2005, p. 250.

<sup>531</sup> Le National Cordage Association, créé en 1887 capitalisé à 500 000 dollars. Cf. A.S. DEWING, A history of the National Cordage Company, with a supplement containing copies of important documents, Harvard University Press, 1913, disponible en ligne : <https://archive.org/details/historyofnacion00dewi>, cité in, W.D. COLLINS, Trusts and the Origins of Antitrust Legislation, *Fordham Law Review*, vol. 81, Issue 5, 2013, p. 2317.

<sup>532</sup> Le *Distillers and Cattle Feeders Trust*, a été créé en 1887 avec un capital de 30 726 millions de dollars. Cf. E.E. EAST, The Distillers and Cattle Feeders Trust, 1887-1895, *Journal of the Illinois State Historical Society (1908-1984)*, Vol. 45, No. 2 (Summer, 1952), pp. 101-123 ; E. VON HALLE, *Trusts or Industrial Combinations and Coalitions in the United States*, The Macmillian Company, 1900, p.60 et s. ; K. CLAY, W. TROESKEN, Exclusive Dealing and the Whiskey Trust, 1890-1895, *Journal of Economic History*, N° 58, 1998, p.755; cité in, W.D. COLLINS, Trusts and the Origins of Antitrust Legislation, *Fordham Law Review*, vol. 81, Issue 5, 2013, p. 2317.

<sup>533</sup> Le *Linseed Oil Trust* a été créé en 1885 avec une capitalisation autorisée de 18 millions de dollars. Cf. J. MOODY, *The Truth about the Trust*, Moody Publishing Company, 1904, p. 54 et s. disponible en ligne : <https://archive.org/> cité in, W.D. COLLINS, Trusts and the Origins of Antitrust Legislation, *Fordham Law Review*, vol. 81, Issue 5, 2013, p. 2317.

<sup>534</sup> L'*American Cotton Oil Trust*, a été créé en 1884, avec une capitalisation de 40 millions de dollars. Cf. Report of the Committee on General Laws on the Investigation Relative to Trusts : Transmitted to the Legislature, 6 mars 1888, New York, p. 6 et s., cité in, W.D. COLLINS, Trusts and the Origins of Antitrust Legislation, *Fordham Law Review*, vol. 81, Issue 5, 2013, p. 2317.

<sup>535</sup> Le Sugar Refineries Company, a été créé en 1887, avec un capital de 50 millions de dollars. Report of the Committee on General Laws on the Investigation Relative to Trusts : Transmitted to the Legislature, 6 mars 1888, New York, p. 5 et s.

<sup>536</sup> Le Standard Oil Trust, a été créé en 1882. Voir pour une description approfondie, Report of the Committee on General Laws on the Investigation Relative to Trusts : Transmitted to the Legislature, 6 mars 1888, New York, p. 8 et s. ; I.M. TARBELL, *The History of the Standard Oil Company*, Vol. I et II, réédité par Cosimo Classics, 1904.

<sup>537</sup> *National Lead Trust* a été créé en 1887 avec une capitalisation de 90 millions de dollars. Cf. D. KNERR, *Eagle-Picher Industries. Strategies for Survival in the Industrial Market Place, 1840-1980*, Ohio State University Press, 1992, p. 33 et s.

prises victimes de ces fermetures pouvaient être présumées avoir abandonné leurs chartes<sup>538</sup>. Enfin, les États pouvaient refuser que la direction de l'entreprise s'exerce en vertu d'un contrôle extérieur qui n'irait pas dans le sens de l'intérêt social de l'entreprise<sup>539</sup>. Plusieurs procédures en quo warranto furent mises en œuvre avec succès sur ces trois fondements. Peuvent être cités l'État de Louisiane en 1887 contre un membre de l'American Cotton Oil Seed Trust<sup>540</sup>, New York en 1889<sup>541</sup> suivi en 1890 de la Californie en contre le Sugar trust<sup>542</sup>, l'Ohio contre le Standard Oil trust<sup>543</sup> et le Nebraska contre Whiskey trust en 1890<sup>544</sup>. Ainsi, comme le souligne Herbert Hovenkamp, durant la dernière décennie du XIXe siècle, la plu-

---

<sup>538</sup> Wahne D. Collins observe que dans le cas du trust du Whiskey, sur les 75 distilleries intégrées au trust, seules 14 ont été conservées. Dans l'arrêt *State v. Neb. Distilling Co.*, 46 N.W. (Supreme court of Nebraska 1890), la cour a reconnu que la *Nebraska Distilling Company* avait violé sa charte constitutive en acceptant la fermeture de sa distillerie ordonnée par la direction du trust. Cf. W.D. COLLINS, *Trusts and the Origins of Antitrust Legislation*, *Fordham Law Review*, vol. 81, Issue 5, 2013, p. 2323, note 205.

<sup>539</sup> *Whittenton Mills v. Upton*, 76 Mass. (10 Gray) 582 (1858). Cf. W.D. COLLINS, *Trusts and the Origins of Antitrust Legislation*, *Fordham Law Review*, vol. 81, Issue 5, 2013, p. 2322.

<sup>540</sup> *State v. American Cotton Oil Trust*, 1 RY. & Corp. L.J. 509 (La. Civ. Dist. Contrat. 1887). La cour reconnut qu'en l'absence de réglementation, l'*American Cotton Oil Trust* agissant au sein de l'État comme une entreprise, sans en avoir obtenu l'autorisation, constituait une menace suffisamment sérieuse pour les cocontractants du trust comme pour les possesseurs de ses certificats, justifiant l'ouverture d'un procès civil. Cité in, W.D. COLLINS, *Trusts and the Origins of Antitrust Legislation*, *Fordham Law Review*, vol. 81, Issue 5, 2013, p. 2317.

<sup>541</sup> *People v. North River Sugar Refining Co.*, 3 N.Y.S. 401 (Cir. Ct. 1889). Dans cette affaire, la *North River Sugar Refining* était une entreprise de droit new-yorkais participant aux côtés des seize autres entreprises au « *Sugar Trust* », en vertu d'un acte signé le 16 août 1887, rendu effectif le 1<sup>er</sup> octobre 1887. Les actionnaires du *North River Sugar Refining* avaient vendu leurs actions au trésorier du trust, John Searles qui transféra au trust ses actions en échange de certificats. Un nouveau comité de direction entreprit de fermer les installations de production. L'*Attorney General* de New York déposa alors une *petition* en vue d'obtenir la révocation de la charte de la *North River Sugar Refining*. La cour d'appel décida que la *North River Sugar Refining* avait contrevenu au droit des sociétés new-yorkais en autorisant illégalement l'abandon des droits de vote des actionnaires à une entité tierce. Les décisions stratégiques ayant été orientées dans un intérêt contraire à l'entreprise, celle-ci selon la cour, ayant cessée de se comporter en entreprise, et n'existait plus que dans le but de diminuer l'offre du marché. Sans se prononcer sur les moyens renvoyant à la *combination for restraint of trade*, la cour décida la dissolution de l'entreprise. Voir, W.D. COLLINS, *Trusts and the Origins of Antitrust Legislation*, *Fordham Law Review*, vol. 81, Issue 5, 2013, p. 23.

<sup>542</sup> *People ex rel. Attorney General v. American Sugar Refining Company*, 7 RY. & CORP. L.J. 83 (Cal. App. Dep't Super. Ct. 1890). Le Sugar Trust ayant appliqué les mêmes procédés à l'*American Sugar Refining Company*, l'*Attorney General* de Californie demanda la *forfeiture* de la charte de cette dernière. En *common law*, la *forfeiture*, correspond à « *something to which the right is lost by the commission of a crime or fault or the losing of something by way of penalty*. *Ridgeway v. City of Akron, Ohio App.*, 42 N.E.2d 724, 726 ». Voir, W.D. COLLINS, *Trusts and the Origins of Antitrust Legislation*, *Fordham Law Review*, vol. 81, Issue 5, 2013, p. 2317 et s.

<sup>543</sup> L'*Attorney General* Watson accusait la Standard Oil of Ohio d'avoir, « (...) transferred substantially all of its shares to the officers of the Standard Oil Trust, most of them non-residents of Ohio, and that these trustees selected the directors of the Standard Oil of Ohio, and manage dit affairs. As such management by outsiders violated the State law, he asked that the company be heked to have forfeited its corporate rights and poxers, and be dissolved », cité in, ROSENBAUM D.I., (sous la direction de), *Market Dominance: How Firms Gain, Hold, Or Lose it and the Impact on Economic Performance*, Praeger, 1998, p. 23.

<sup>544</sup> *State v. Nebraska Distilling Company*, 46 N.W. 155 (Neb.1890).

part des États étaient parvenus à condamner les trusts sur le fondement du droit des sociétés<sup>545</sup>.

## ***2. Les stratégies d'intégration menant à une modification structurelle des entreprises***

Pour contourner la réglementation du droit des sociétés des États, les entreprises pouvaient se concentrer grâce à la stratégie de l'achat d'actifs (a) et enfin, par la création de holdings (b).

### **a. Les concentrations par transferts d'actifs**

Si le rachat d'actions était interdit au sein des États, les entreprises en tant que personnes morales, avaient la capacité selon le *Chief Justice* Marshall « *to manage its own affairs and to hold property without the perplexing intricacies, the hazardous and endless necessity, of perpetual conveyances for the purpose of transmitting it from hand to hand* »<sup>546</sup>. Elles peuvent ainsi, être propriétaires, vendre et acheter des biens.

La stratégie du transfert d'actifs permettait à une entreprise de centraliser l'achat ou la location des actifs de production tels que les usines, les brevets industriels ou les équipements, en échange d'un paiement en actions<sup>547</sup>.

Les concentrations avec transfert d'actifs permettaient un plus haut degré d'intégration que le trust, d'autant que cette technique n'était pas véritablement contestable sur le plan juridique. Les cours refusaient de considérer ces actes comme *ultra vires* lorsque l'achat ou la vente des actifs de production étaient « *useful or convenient* »<sup>548</sup> au regard de l'objet de la

---

<sup>545</sup> Le professeur Hovenkamp cite une série d'arrêts, qui reprennent en substance les motivations rencontrées dans les arrêts attaquant les principaux trusts, parmi lesquels, *Bishop v. American Preservers Co*, 157 111. 284, 41 N.E. 765 (1895) ; *American Preservers Trust v. Taylor Mfg. Co.*, 46 F. 152 (C.C.E.D. Mo. 1891) ; *Mallory v. Hanaur Oil Works*, 86 Tenn. 598 (1888). Cf. H. HOVENKAMP, *The Antitrust Enterprise: Principle And Exécution*, Harvard University Press, 2005, Note 27, p.412.

<sup>546</sup> *Dartmouth College v. Woodward* (17 U. S. 518, 1819). disponible en ligne : <https://www.law.cornell/>

<sup>547</sup> *Bi-Spool Sewing Machine Company v. Acme Manufacture Company*, Suprême. Court Mass., Marc. 2, 1891 ; L. BOISOT, *The Legality of Trust Combinations*, *The American Law Register*, N° 39, January to December 1891, p.763.

<sup>548</sup> W. C. NOYES, *A Treatise on the Law of Intercorporate Relations*, Little Brown, 1909, p. 202. ) [Disponible en ligne] : <https://archive.org/details/cu31924019215775>

société<sup>549</sup>. Dès lors, l'acquisition de la totalité des actifs d'un concurrent potentiellement monopolistique était légale au regard du droit des sociétés des États. Tel n'était pas forcément le cas des intégrations verticales, à moins que les statuts le prévoient.

L'intégration verticale<sup>550</sup> qui permettait pourtant une meilleure coordination administrative des unités d'exploitation, comme les concentrations conglomérales<sup>551</sup> qui conféraient des compétences additionnelles à l'entreprise, pouvait donc être une limite à cette forme de concentration.

Ainsi, la cour qui avait condamné le trust du coton autorisa l'acquisition par une société de bateaux à vapeur l'entier actif de ses trois concurrents<sup>552</sup>. Dans l'arrêt *Diamond Match Co. V. Roeber*<sup>553</sup>, la Cour d'appel de New York refusa de condamner un monopole qui s'était constitué entre deux producteurs. Les sociétés avaient fusionné par l'acquisition par l'une de tous les actifs de son concurrent. Selon la cour, le droit de propriété dont jouissait l'entreprise ne contrevenait en aucune façon à la *common law*, à la loi, ou à sa charte constitutive<sup>554</sup>. Le droit de propriété et la liberté contractuelle constituaient selon l'auteur contemporain de cette époque, Thomas Spelling, « *le facteur le plus important de la vie commerciale* »<sup>555</sup>.

Les entreprises vidées de « leurs substances » étaient dans un premier temps attaquées en *quo warranto* par les États pour *non user*<sup>556</sup>, puis à la fin du siècle, délaissées. Les cours considéraient alors que l'absence d'activité sociale ne constituait pas un intérêt public<sup>557</sup>.

Les législations particulières à chaque État en matière de droit des sociétés évoluèrent cependant vers une interdiction de l'acquisition des biens matériels et immatériels par des entreprises extérieures à leur État<sup>558</sup>.

---

<sup>549</sup> La législation de nombreux États a évolué de 1880 à 1890, de l'exigence d'une autorisation à l'unanimité des actionnaires pour toute cession d'actifs de la société à une majorité simple. Cf. T. R. NAVIN, M.V. SEARS, *The Rise of a Market for Industrial Securities, 1887-1902*, *Business History Review.*, 29, (1955), p. 105-110.

<sup>550</sup> L'intégration verticale renvoie « à des opérations entre entreprises qui interviennent dans des activités en amont ou en aval ou complémentaires l'une de l'autre ». Cf. D. BERLIN, *Contrôle des concentrations*, Ed. de l'Université de Bruxelles, 2009, p. 476.

<sup>551</sup> La concentration conglomérale, « associe a priori des activités qui n'entretiennent aucun lien horizontal ou vertical ». D. BERLIN, *Contrôle des concentrations*, Ed. de l'Université de Bruxelles, 2009, p. 477.

<sup>552</sup> H. HOVENKAMP, *The Antitrust Enterprise: Principle And Execution*, Harvard University Press, 2005, p. 252.

<sup>553</sup> *Diamond Match Co. V. Roeber*, 106 N.Y. 473, 486 (1887). La véritable problématique de l'arrêt porte sur la légalité d'une clause restrictive de concurrence.

<sup>554</sup> *Diamond Match Co. V. Roeber*, 106 N.Y. 473, 486 (1887).

<sup>555</sup> T. C. SPELLING, *A Treatise On Injunctions and Other Extraordinary Remedies*, Little Brown and Company, 2d Ed., Vol. 2, 1901, p. 1568. Disponible en ligne] : <https://archive.org/details/atreatiseoninju00spelgoog>.

<sup>556</sup> *Idem*.

<sup>557</sup> H. HOVENKAMP, *The Antitrust Enterprise: Principle And Execution*, Harvard University Press, 2005 p.252.

<sup>558</sup> *Idem*.

Les concentrations interétatiques par transferts d'actifs furent vite remplacées grâce à l'initiative inédite de l'État du New Jersey, qui réforma opportunément son droit des sociétés en faveur des entreprises, en autorisant et en facilitant pour la première fois la création de holdings.

## b. Les holdings

La forme juridique du *holding*, déjà utilisée par les compagnies de chemins de fer constitua entre 1897 et 1914 le moyen pour les *corporations*, d'établir véritablement leur emprise sur les marchés à une échelle nationale. La holding « est une organisation créée pour dominer d'autres sociétés en détenant ou en contrôlant une partie de leurs actions »<sup>559</sup>. Les États ne consentaient qu'à de très rares exceptions la prise de participation dans une autre entreprise<sup>560</sup>. Or, la mise en place d'une direction stratégique commandait une centralisation des organes décisionnels, seule condition d'un contrôle contraignant sur la production et la gestion des usines. L'innovation juridique que constituait le trust en matière de commerce interétatique avait trouvé ses limites, de même que les achats avec transferts d'actifs.

À la veille de l'adoption du *Sherman Antitrust Act*, le gouverneur de l'État du New Jersey, Leon Abbet, sur le conseil d'un avocat new-yorkais, James B. Dill, introduisit en 1888, la première loi permettant de remédier à l'interdiction généralisée de détenir des actions d'une autre société, prenant ainsi au dépourvu l'ensemble des États fédérés<sup>561</sup>. Le *New Jersey Holding Company Act*<sup>562</sup>, accordait la possibilité à toute personne de constituer une entreprise sans délimitation stricte d'objet<sup>563</sup> et surtout en leur offrant la possibilité d'acquérir sans limites, les actifs et les actions de sociétés locales ou étrangères à l'État, à condition que leurs

---

<sup>559</sup> FAULKNER, p. 420 ; Y.-H. NOUAILHAT, *Évolution économique des États-Unis du milieu du XIXe siècle à 1914*, Société d'édition d'enseignement supérieur, Coll. Regard sur l'histoire, 1982, p. 307.

<sup>560</sup> *Idem.*

<sup>561</sup> En réalité, le New Jersey avait dès 1888 promulgué un *Holding Company Act*. Cependant, comme l'explique Herbert Hovenkamp, cette loi était rendue ineffective en raison de l'impossibilité pour les entreprises du New Jersey d'utiliser leurs propres actions en paiement des actions des autres entreprises. Cf. HOVENKAMP, *The Antitrust Enterprise: Principle And Execution*, Harvard University Press, 2005 p.258. Plusieurs amendements modifièrent cette loi, d'abord en 1892, puis en 1893. Cf. Act of Apr. 4, 1888 N.J. Laws 385-386 ; Act of Mar. 10, 1892, ch.56, § 1, 1892, N.J. Laws 90 ; Act of Mar. 14, 1893, ch. 171, §1, 1893 N.J. Laws 301 ; Act of Mar. 8, 1893, ch. 67, §1, 1893 N.J. Laws 121 (législations citées par W.D. COLLINS, *Trusts and the Origins of Antitrust Legislation*, 81, *Fordham Law Review*, 2013, 2329) ; H. W. STROKE, *Economic Influences Upon the Corporation Laws of New Jersey*, *Journal of Political Economy*, Vol. 38, No. 5 (Oct., 1930), pp. 551-579.

<sup>562</sup> M.I. UROFSKY, *Proposed Federal Incorporation in the Progressive Era*, *The American Journal of Legal History*, Vol. XXVI, 1982, p.164.

<sup>563</sup> C'est en 1896 que la législature du New Jersey décida de déroger aux principes de *common law* régissant la structure, la vie et l'objet de la société. Cf. Act of Apr. 21, 1896, ch. 185, 1896 N.J. Laws 277.

sièges sociaux soient établis dans le New Jersey<sup>564</sup>. Qualifié de « *Traitor State* »<sup>565</sup>, le New Jersey tira de substantiels revenus des frais d'enregistrement des chartes et des impôts prélevés sur elles<sup>566</sup>, attirant corrélativement en son sein « une avalanche de capitaux »<sup>567</sup>.

Le succès du New Jersey poussa de nombreux États à suivre son exemple. Comme Christopher Grandy le souligne, « *the charter mongering strategy was simple* » il suffisait à un État d'ajuster sa loi afin d'encourager la relocalisation des sociétés sur son territoire. La technique était aisée et « *potentially, any state could offer itself as a haven to corporations —the « winning » state therefore had to offer more liberal laws, lower tax rates, or both* »<sup>568</sup>. Ainsi, les législations complaisantes fleurirent sur la côte Est : le Maryland, la Virginie de l'Ouest, le Maine<sup>569</sup>, New York<sup>570</sup>, le Connecticut<sup>571</sup>, la Pennsylvanie<sup>572</sup>, le Delaware<sup>573</sup> adoptèrent le holding, en plus d'un régime fiscal avantageux pour les entreprises<sup>574</sup>. Entraînant ce qui fut appelé une « *race to bottom* » c'est-à-dire un nivellement des réglementations juridiques vers le standard le plus faible.

Face à la multiplication des entreprises, beaucoup comptaient sur le droit des sociétés des États pour contrôler leurs opérations financières. Ils avaient en effet, le pouvoir d'exclure les entreprises « étrangères » en empêchant l'acquisition d'actifs mobiliers et immobiliers sur

---

<sup>564</sup> W.D. COLLINS, Trusts and the Origins of Antitrust Legislation, *Fordham Law Review*, 81, 2013, 2329)

<sup>565</sup> L'expression trouve sa paternité dans le célèbre article du journaliste Lincoln Steffens, publié dans la revue *McClures's Magazine*, « New Jersey : A Traitor State ». Cf. L. STEFFENS, New Jersey : A Traitor State. Part I. The Conquest, *McClure's Magazine*, April 1905, pp. 649-664. disponible en ligne : <http://www.unz.org/Pub/McClures-1905apr-00649>

<sup>566</sup> Selon Urofsky, le New Jersey enregistra en 1896, 834 sociétés pour 800 000 dollars de taxes et d'impôts cumulés. M.I. UROFSKY, Proposed Federal Incorporation in the Progressive Era, *The American Journal of Legal History*, Vol. XXVI, 1982/1982, p.164. Voir aussi, pour un tableau récapitulatif, C. GRANDY, New Jersey Corporate Chartermongering, 1875-1829, *The Journal of Economic History*, Vol. 49, No. 3 (Sep. 1989), p. 682.

<sup>567</sup> Selon Hovenkamp, sur les 121 entreprises créées en 1899 pour une capitalisation totale de 10 millions de dollars, 61 entreprises étaient enregistrées dans l'État du New Jersey, HOVENKAMP, *The Antitrust Enterprise: Principle And Execution*, Harvard University Press, 2005 p.258. Voir aussi, R.H. LIMBAUGH, Historic Origins of Anti-Trust Legislation, *Missouri Law Review*, Vol. XVIII, June 1953, N° 3, p. 234.

<sup>568</sup> C. GRANDY, New Jersey Corporate Chartermongering, 1875-1829, *The Journal of Economic History*, Vol. 49, No. 3 (Sep. 1989), p. 682

<sup>569</sup> *Idem*.

<sup>570</sup> Act of May 18, 1892, ch. 1892 N.Y. Laws 1834. New York s'était cependant, doté dans le même temps d'une législation antimonopole. Cf. F. H. COOKE, *The Law of Combinations, Monopolies, and Labor Unions* 422-423 (2d ed. 1909).

<sup>571</sup> Act of May 17, 1895, ch. 138, 1895 Conn. Pub. Acts.

<sup>572</sup> Act of June 26, 1895, ch. 261, 1895 Pa. Laws.

<sup>573</sup> Act of Mar. 10, 1899, ch. 273, 21 Del. Laws 445 (1899).

<sup>574</sup> 42 États reproduiront la législation du New Jersey, permettant des chartes sans limites de temps, les fusions, les capitalisations non contrôlées. Cf. M.I. UROFSKY, Proposed Federal Incorporation in the Progressive Era, *The American Journal of Legal History*, Vol. XXVI, 1982/1982, p.164.

leur territoire<sup>575</sup>. Une large union des États pour empêcher les acquisitions de leurs entreprises locales aurait pu freiner considérablement l'expansion des entreprises monopolistiques. Cette voie ne fut néanmoins pas empruntée par les États, entièrement habités par la perspective d'étendre et d'accroître leurs économies respectives. Chacun voulait se soustraire aux effets produits par les monopoles, tout en désirant attirer leurs capitaux<sup>576</sup>.

La structure du holding jetait un voile opaque sur la nationalité des sociétés. Les actionnaires pouvaient jouer avec la nationalité du holding, déterminée par le critère du siège social.

Il n'était plus possible pour un État de s'opposer à l'acquisition d'une société ou à un transfert d'actifs, par une société dont les actionnaires n'appartenaient pas à leur État, puisque la société y possédait son siège social. À moins que la restriction n'eût été dans les statuts de l'entreprise, qui ne pouvaient être modifiés par l'État de manière rétroactive, les fusions interétatiques étaient désormais légales sans que les États ne puissent s'y opposer<sup>577</sup> sur le fondement en tout cas du droit des sociétés<sup>578</sup>. L'arrêt *United States v. E.C Knight*<sup>579</sup> témoigne de la confusion régnant à l'époque sur cette question. *L'American Sugar Refining Company*, holding enregistré dans l'État du New Jersey avait acquis quatre entreprises pennsylvaniennes. La problématique qui se posait aux juges dans cet arrêt consistait à savoir si les actionnaires des raffineries sucrières pouvaient légalement vendre leurs actions à une personne morale non résidente de l'État — *L'American Sugar Refining Company* — et acquérir en échange des actions de cette société. Les juges de la Cour suprême décidèrent que l'État de Pennsylvanie ne pouvait faire obstacle à l'acquisition ou à la vente d'actions d'actionnaires, quand bien même l'acquéreur ou le vendeur serait une personne étrangère à l'État<sup>580</sup>.

À l'instar de *L'American Sugar Refining Company*, beaucoup d'anciens trusts virent dans ces nouvelles législations une opportunité et une voie pour se réorganiser. Protégés par des droits permissifs, ces trusts pouvaient librement exercer le contrôle sur leurs filiales et leurs marchés. Ainsi, à l'aube du XXe siècle, quelques années avant la promulgation du Sherman Act, tous les grands trusts se muèrent en *corporations* ou en holdings: la *National*

---

<sup>575</sup> La Cour suprême n'opérera un virement de jurisprudence qu'en 1910. Cf. *Pullman Co. v. Kansas* 216 U.S. 56 (1910). Elle commença néanmoins à sanctionner les discriminations arbitraires entre États dès 1876, pour le commerce de biens interétatiques sur le fondement de la *Commerce Clause*. Voir, *Welton v. Missouri*, 01 U.S. 275 (1875) ; *Robbins v. Shelby County Taxing District*, 120 U.S. 489 (1887).

<sup>577</sup> Les cours ont uniformément reconnu que l'achat d'actions d'entreprises locales par des entreprises non étatiques était légal dans la mesure où la législation des États n'interdisait pas explicitement la constitution de tels holdings.

<sup>578</sup> Selon les lois antitrusts en vigueur dans les États.

<sup>579</sup> *United States v. E.C Knight Company*, 60 F. 306, 307 (C.C.E.D. Pa. 1894).

<sup>580</sup> *United States v. E.C Knight Company*, 60 F. 306, 307 (C.C.E.D. Pa. 1894). disponible en ligne : <https://archive.org/details/trustprobleminu00jonegoog>

*Cordage Company* en 1887, *l'American Cotton Company* en 1889, *l'American Tobacco Company*, la *Diamond Match Company*, la *National Starch Manufacturing Company* et la *Distilling and Cattle Feeding Company* en 1890, la *Standard Oil Company* en 1899<sup>581</sup>.

## B. L'inefficacité de la common law

**L'appréhension des monopoles par la common law.** Parallèlement à la procédure de *quo warranto* qui veillait au respect de l'objet social des entreprises ainsi qu'à la mise en œuvre des règles de droit des sociétés organisant la création et les activités des sociétés, dont l'initiative et l'exercice appartenaient aux États fédérés, les phénomènes de marché des années 1870-1880 pouvaient également être saisis par la *common law* des États. Bien que considérée comme possédant une nature exclusivement « privée », c'est-à-dire indifférente à la politique économique publique<sup>582</sup>, ce corps de règles qui organise depuis le XIe siècle la vie sociale et économique des Anglais, puis par réception, celle des Américains, n'était pas ignorante des problématiques du commerce. Au titre de la *common law*, plusieurs types de *crimes* pouvaient être sanctionnés en matière commerciale<sup>583</sup> : les *forestalling*, *engrossing* et *regrating*, tombés en désuétude en Angleterre et aux États-Unis<sup>584</sup> et les règles relatives aux *contracts* et *combinations in restraint of trade*.

Malgré la perception contemporaine véhiculée par les économistes néo-classiques, la *common law* n'a pas toujours protégé l'idée d'un marché libre<sup>585</sup>. Épousant les principes et les

---

<sup>581</sup> E. JONES, *The Trust Problem in the United States*, Mcmillan Company, 1921, p.40.

<sup>582</sup> H. HOVENKAMP, *The Sherman Act and the Classical Theory of Competition*, *Iowa Law Review*, N° 74, 1988-1989, p. 1029.

<sup>583</sup> Il existe une quatrième branche qui vise le droit des monopoles, *i.e.*, le contentieux entourant l'octroi de monopoles légaux délivrés par chartes ou par *patent*. Voir l'arrêt *Darcy v. Allen*, (1572) Eng. Rep. 398, (1572-1616) 11 Co Rep 84, (1572) 77 ER 1260), connu sous le nom de « *Case of Monopolies* ». Cf. LETWIN, p.33 ; G. MINDA, *The common law, Labor and Antitrust*, *Industrial Relations Law Journal*, Vol.11, N° 4, p.468.

<sup>584</sup> Le crime de *forestelling* se définit comme l'acte de vendre en dehors des marchés (dont les organisations étaient réglementées). Il s'agissait en substance de vendre des produits dont le commerce était réglementé ou octroyé par *patent*. Le crime d'« *engrossing* » consistait à vendre des aliments avant leur maturité et « *regrating* » celui de vendre des biens achetés en gros, au détail. La *common law* traitant des actes de *forestalling*, *engrossing* et *regrating* a été cependant, rendue inapplicable par les lois du 13 mars 1772 et des 6 et 20 mai 1772 en Angleterre (*House of Commons Journal*, Mar. 13, May 6, May 20, 1772). Le crime de *forestalling* a persisté dans quelques États d'Amérique. Voir par exemple, *Raymond v. Leavitt*, 9 N.W. 525, 526 (Mich. 1888). Cf. ADLER, *Monopolizing at common law*, *Harvard Law Review*, N° 31, 1917, p. 246 ; SULLIVAN, HOVENKAMP, SHALANSKI, *Antitrust Law, Policy and Procedure : Cases, Materials, Problems*, Lexis Nexis, 6th Ed., 2009, p. 18.

<sup>585</sup> La *common law* n'a remis en question les monopoles des guildes qu'à la fin du XVIe siècle (*Davenant v. Hurd* [1599], Moore 576, 72 ER 769 ; *Ipswich Tailors Case*, 11 Co. Rep. 53 a, 77 ER 1218), puis ceux de la



mœurs propres à leurs temps, les cours du XIXe ont d'abord jugé sous l'influence de la théorie classique du *laissez-faire* économique que la liberté contractuelle devait prévaloir sur tout autre intérêt<sup>586</sup>. Les concepts de *common law* s'accordaient mal à la compréhension des monopoles, encore souvent conçus comme les fruits d'une intervention étatique plutôt que comme la résultante d'une agglomération incontrôlée du marché<sup>587</sup>. Ainsi, les effets anticoncurrentiels d'une concentration étaient appréhendés par préférence, du point de vue du droit des sociétés (par le *quo warranto*), la procédure de *contracts and combinations in restraint of trade* étant soumise à l'unique action des parties<sup>588</sup>.

Le résultat des concentrations sur l'économie américaine permit l'émergence de monopoles et une multiplication de comportements anticoncurrentiels. En raison des risques politiques, économiques et sociaux que de telles structures étaient susceptibles de causer, les cours américaines furent appelées à se prononcer et ainsi répondre au besoin de contrôle que ces mouvements impliquaient.

Bien que ces pratiques commerciales restrictives étaient difficilement assimilables aux catégories juridiques de la *common law* existantes alors, les cours développèrent et interprétèrent ces deux doctrines tout au long du XIXe siècle au cours du processus d'« accumulation créatrice »<sup>589</sup> caractéristique de ce droit, sans atteindre toutefois une réelle efficacité. Seront donc examinées d'une part, la doctrine du *contract in restraint of trade* (1) et d'autre part, celle des *combinations in restraint of trade* (2).

---

prérogative royale au début du XVIIe siècle (Cf. *Darcy v. Allen*, [1572] Eng. Rep. 398, [1572-1616] 11 Co Rep 84, [1572] 77 ER 1260). Le fondement de cette remise en cause reposait sur la liberté de commerce, comprise cependant comme le droit de subvenir à ses besoins par le travail. Cf. W. ILLINGWORTH, *An inquiry into the laws, antient (sic) and modern respecting forestalling, regrating and ingrossing : together with adjudged cases, copies of original records and proceedings in Parliament relative to those subjects*, Luke Hansard, for E. Brooke and J. Rider, J. Sewell and J. Hatchard, 1800 ; W. LETWIN, *The English common law Concerning Monopolies*, *University of Chicago Law Review*, N° 21, 1954, p. 355 ; D. DEWEY, *Monopoly in Economics and Law*, Greenwood Press, 1976 ; J. HAYDON, *The Restraint of Trade Doctrine*, LexisNexis Butterworths, 1976, 3d Ed. 2008.

<sup>586</sup> La doctrine américaine a appelé « *laissez-faire constitutionalism* » le mouvement judiciaire conservateur. Voir, J. MAY, *Antitrust in the Formative Era : Political and Economic Theory in Constitutional and Antitrust Analysis, 1880-1918*, *Ohio State Law Journal*, p. 277 ; P. S. ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford Scholarship Online, First Ed. 1985, Ed. 2012. Les décisions des juges américains n'ont cependant jamais atteint l'extrémité idéologique des décisions anglaises rendues à la même époque. Cf. *Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt guns & Ammunition Co.*, 1894 Application. Cas. 535, 552.

<sup>587</sup> William Letwin cite l'éditeur d'une revue juridique contemporaine des trusts: « *the word, 'monopoly', in its only legal sense means an exclusive right to deal in and sell certain articles, ... guaranteed...by positive law.* ». 27 *Cen. Law Journal*. 205 (1888), cité par W. LETWIN, *Law and Economic Policy in America. The Evolution of Sherman Antitrust Act*, The University of Chicago Press, 1981, Note 6, p. 78.

<sup>588</sup> Voir, *People v. North River Sugar Refining Co.*, 3 N.Y.S. 401, 409-13, *affd.*, 7 N.Y.S. 401 (1889), *affd.*, 24 N.E. 834 (1890); *McCutcheon v. Mertz Capsule Co.*, 71 F. 787, 792 (6th Cir. 1896). Dans ces arrêts, les juges n'examinent même pas les moyens fondés sur le *restraint of trade*.

<sup>589</sup> P. LEGRAND, G. SAMUEL, *Introduction à la common law*, P.U.F., Coll. Repères, 2008, p. 59 et s. ; G. CALABRESI, *A common law for the Age of Statutes, Oliver Wendell Holmes Lectures*, Harvard University Press, 1982.

## 1. *Le Contract in restraint of trade*

La doctrine du contract in restraint of trade considère comme nuls les contrats, « agreements restricting a party from engaging in a particular trade or occupation or restricting the time, place, or manner in which that trade or occupation could be engaged »<sup>590</sup>.

**Les ancillaries et non-ancillaries restraints of trade.** Apparue pour la première fois en 1414, dans le Case of John Dyer<sup>591</sup>, la doctrine du contract in restraint of trade se perfectionna au XVIIe siècle à l'occasion de l'arrêt *Michel v. Reynolds*<sup>592</sup> où le juge Lord Macclesfield dégagea les principes nécessaires à légalité de tels accords. À cette fin, il élaborait une typologie des bonnes et des mauvaises restrictions qui pouvaient être faites au commerce. Une distinction devait d'abord être effectuée entre les restrictions volontaires et les restrictions involontaires. Dans le cas où la restriction était volontaire, il devait être déterminé ensuite si celle-ci était générale (non-ancillary) ou accessoire (ancillary). Tout accord imposant une restriction générale sur le territoire du Royaume devait être considéré comme nul. Au contraire, si la restriction n'était qu'accessoire, Lord Macclesfield précisait que pour être légal, il convenait alors de déterminer s'il existait une considération, c'est-à-dire, une contrepartie à l'accord<sup>593</sup>. L'intérêt public fut lui aussi intégré au « test » de « raisonabilité » de l'atteinte à la liberté du commerce : il devait être démontré que le contrat était raisonnable au regard du but poursuivi, et non contraire à l'intérêt public<sup>594</sup>. La jurisprudence n'évolua pas jusqu'à la deuxième moitié du XIXe siècle où elle connut un important revirement. Dans un arrêt *Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co.*<sup>595</sup>, Thorsten Nordenfelt

---

<sup>590</sup> SULLIVAN, HOVENKAMP, SHALANSKI, *Antitrust Law, Policy and Procedure : Cases, Materials, Problems*, p. 15.

<sup>591</sup> *Case of John Dyer*, Y.B. 2 Hen. V, 5f.5 (1414). L'arrêt concernait un accord entre deux parties, où l'une s'engageait auprès de l'autre à ne pas exercer la profession de teinturier dans la ville de Dale durant six mois. Voir, aussi *Rogers v. Perrey*, 1614, 80 Eng. Rep. 1012 (K.B), déclarant contraire au droit un contrat de non-concurrence au regard des circonstances, celui-ci étant limité « *for a time certain, and in a place certain* ».

<sup>592</sup> Eng. R 38, (1711) 1 P. Wms 181, (1711) 24 ER 347. Dans cette affaire, un boulanger avait loué ses locaux pour une durée de cinq ans à un autre boulanger, s'engageant à ne pas exercer sa profession au sein de la paroisse durant la durée du contrat. Le bailleur continua néanmoins son activité. Il fut donc poursuivi par la locataire. La cour reconnut la validité de l'accord passé par les parties et condamna le boulanger bailleur. Ce type de pacte était courant dans la mesure, comme l'explique W. D. Collins, chaque profession était organisée en guildes. L'apprentissage étant obligatoire, les maîtres redoutaient que leurs apprentis une fois formés ne leur fassent concurrence. Ce type d'accords étaient alors connus sous le nom d'*ancillary restraints*. Cf. D. DEWEY, *The Common-Law Background of Antitrust Policy*, *Virginia Law Review*, N° 4, 1955, p. 772 ; W.D. COLLINS, *The Origins of Antitrust Legislation*, *Fordham Law Review*, 2013, p. 2294. Voir aussi, G. MINDA, *The common law, Labor and Antitrust*, *Industrial Relations Law Journal*, Vol. 11, N° 4, 1989, p. 474.

<sup>593</sup> Eng. R 38, (1711) 1 P. Wms 185-186.

<sup>594</sup> *Hornor v. Graves* (1831) 131 Eng. Rep. 284 (CP).

<sup>595</sup> *Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co.*, [1894] Application. Cas. 535.

s'était engagé par contrat à ne pas concurrencer l'activité de Maxim Nordenfelt, sauf à s'associer à lui, sur tout le territoire anglais et au-delà, pour une durée de vingt-cinq ans. En dépit de la nature clairement absolue de la restriction, la Chambre des Lords refusa d'annuler le contrat au nom du respect de la liberté contractuelle, considérant que l'atteinte était « raisonnable »<sup>596</sup>. Sans jamais adopter l'entière position des cours anglaises, les juges américains hissèrent en principe toutefois le respect de l'autonomie de la volonté comme garantie de la liberté individuelle des parties. Ils considéraient, en effet, que ces dernières étaient les mieux à même de protéger leurs intérêts<sup>597</sup>. L'appréciation de ces accords de non-concurrence appelés « ancillary restraints »<sup>598</sup> variait d'ailleurs, très souvent d'un État à l'autre. Le critère de l'atteinte raisonnable à la liberté du commerce constitua pour certains juges le critère déterminant lors de l'examen de la légalité de ces contrats. L'arrêt *Diamond Match*<sup>599</sup> illustre bien cette tendance. William Roeber avait vendu son entreprise de fabrication d'allumettes au *Diamond Match*, en s'engageant par convention à ne fabriquer ni ne vendre d'allumettes à friction sur le territoire américain, à l'exception des États du Montana et du Nevada, pour une période de 99 ans. N'ayant pas respecté son obligation de non-concurrence, Roeber fut poursuivi par le *Diamond Match*, qui réclama l'application du contrat. La Cour d'appel de New York sans opérer un complet revirement, remit en cause la distinction entre « atteinte accessoire » et « atteinte générale » dégagée par l'arrêt *Michel v. Reynolds*, considérant que les circonstances économiques présentes étaient bien différentes de celles du XVIIIe siècle. Le juge Andrew, dans son opinion<sup>600</sup> invoqua que la restriction en l'espèce n'était pas absolue puisque deux États échappaient à l'accord de non-concurrence. Aucun privilège exclusif ni

---

<sup>596</sup> « All interference with individual liberty of action in trading, and all restraints of trade of themselves, if there is nothing more, are contrary to public policy, and therefore void. That is the general rule. But there are exceptions : restraints of trade and interference with individual liberty of action may be justified by the special circumstances of a particular case. It is a sufficient justification, and indeed it is the only justification, if the restriction is reasonable — reasonable, that is, in reference to the interests of the parties concerned and reasonable in reference to the interests of the public, so framed and so guarded as to afford adequate protection to the party in whose favour it is imposed, while at the same time it is in no way injurious to the public. ». Voir, *Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co.*, [1894] App. Cas. 535, 565, cité in, W. LETWIN, *The English common law Concerning Monopolies*, *University of Chicago Law Review*, N° 21, 1954, p. 376.

<sup>597</sup> Dans l'arrêt *Chicago Gas Light*, de 1887, la cour refusa d'appliquer un contrat dans lequel deux entreprises s'étaient partagé le marché de la ville de Chicago. L'accord n'était pas illégal au regard de la doctrine du *contract in restraint of trade*, car l'atteinte la liberté du commerce fut reconnue comme partielle, mais il contrevenait à aux chartes constitutives et qu'ils avaient de ce fait, obligation de fournir du gaz sur tout le territoire<sup>597</sup>. *Chicago Gas Light & Coke Co. v. People's Gas-Light & Coke Co.*, 121 Ill. 530, 13 N.E. 169 (1887) :

*Beal v. Chase*, 31 Mich. 490 (1875).

<sup>598</sup> W.D. COLLINS, *The Origins of Antitrust Legislation*, *Fordham Law Review*, 2013, p. 2296.

<sup>599</sup> *Diamond match Co. V. Roeber*, 106 N.Y. 473, 13 N.E. 419 (1887).

<sup>600</sup> Les arrêts de la Cour suprême présentent en leurs corps les résultats des votes des juges. Les magistrats ont la liberté d'exprimer leurs *opinions*, c'est-à-dire leurs motivations, soit au renfort de la décision majoritaire (*concurring opinion*), soit, pour exprimer leurs désaccords avec celle-ci (*dissenting opinion*).

barrière à l'entrée du marché des allumettes n'avaient été créés, qui auraient pu attenter à l'intérêt public. Le contrat fut donc déclaré pleinement légal au regard de la common law.

À l'opposé, la Cour suprême du Michigan refusa d'appliquer dans l'arrêt *Richardson v. Buhl*<sup>601</sup> l'accord de non-concurrence attaché au contrat de vente d'une entreprise. La cour avait décelé que celui-ci s'inscrivait dans une stratégie plus large de monopolisation du marché américain, dans laquelle l'entreprise rachetait peu à peu tous les outils de production, en intégrant à chaque achat une obligation de non-concurrence.

Les conditions de marché se modifiant, évoluant d'une économie organisée autour de l'artisanat local vers une économie où les entreprises concourraient sur un marché national, la science économique néo-classique succéda à la théorie classique dans l'esprit et la pratique des juges américains<sup>602</sup>. L'acceptation moderne de la concurrence apparut progressivement<sup>603</sup>. Les cours considéraient comme contraires à l'intérêt public les accords qui avaient pour but d'augmenter artificiellement les prix<sup>604</sup>. La doctrine du *contract in restraint of trade* fut utilisée en dehors de son cadre application originelle, entraînant confusions et incompréhensions des commentateurs<sup>605</sup>.

## 2. *Les combinations in restraint of trade (non-ancillary restraint)*

Durant la fin du XIXe siècle, les accords de non-concurrence n'étaient plus utilisés comme moyen de protection d'un savoir-faire particulier ou pour permettre la circulation des

---

<sup>601</sup> *Richardson v. Buhl*, 43 N.W. 1102 (Mich. 1889).

<sup>602</sup> Herbert Hovenkamp relève que les avocats de la seconde moitié du XIXe siècle étaient souvent économistes par ailleurs. Contrairement à la France, il n'existait pas de cloisonnement disciplinaire dans l'enseignement universitaire américain, juristes et économistes « *tended to view things the same way ; and they read and wrote in the same journals.* ». H. HOVENKAMP, *The Sherman Act and the Classical Theory of Competition*, *Iowa Law review*, N° 74, 1988-1989, p. 1020 ; H. HOVENKAMP, *The Political Economy of Substantive Due Process*, *Stanford Law Review*, N° 40, 1988, p. 399. L'absence de pénétration de la science économique dans le droit français, voir en général, M. LOMBARD, *De Colbert à Posner : malentendus sur l'économie du droit*, in, *International Law Forum du droit international*, Vol. 6, N° 2, May 2004, p.81.

<sup>603</sup> La concurrence au XIXe siècle renvoyait à la théorie classique économique. Elle était comprise comme le droit pour tout entrepreneur d'entrer sur un marché et d'exercer son activité librement, sans intervention de l'État. H. HOVENKAMP, *The Sherman Act and the Classical Theory of Competition*, *Iowa Law review*, N° 74, 1988-1989, p. 1020

<sup>604</sup> D. K. MILLON, *The Sherman Act and the Balance of Power*, *Southern California Law Review*, N° 61, p. 1258.

<sup>605</sup> Voir notamment, les analyses de Frederick H. Cook et de Arthur J. Eddy. Eddy parle de « *misapprehension and misapplication of the law governing contracts in restraint of trade* », alors que Cook, renforce l'idée que le droit du *contract in restraint of trade*, ne pouvait être vu comme instrument de préservation de la concurrence. Cf. A.J. EDDY, *The Law of Combinations*, Chicago, 1901, p.674 ; F.H. COOK, *The Law of Combinations, Monopolies and Labor Unions*, 1909, p. 310.

moyens humains ou matériels, mais bien pour éliminer la concurrence. Certaines cours se mirent alors à distinguer les *contracts in restrain of trade* dont l'atteinte à la liberté de commerce restait auxiliaire à l'objet du contrat, des *combinations* ou *conspiracies in restraint of trade*<sup>606</sup>. Étaient désignés comme tels les accords volontaires entre entreprises portant sur la fixation des prix, ou sur l'organisation de la répartition des parts de marché dans le but de faire disparaître les entreprises rivales.

L'existence de traditions propres à chaque État en matière de *common law*<sup>607</sup> ne permettait pas une application uniformisée de la doctrine des *contracts and combinations in restraint of trade*. Il en résulta un traitement des affaires en matière de pratiques anticoncurrentielles particulièrement hétérogène<sup>608</sup>. L'utilisation alternative et parfois indifférenciée des expressions « *contracts* », « *combinations* » et « *conspiracies* » *in restraint of trade* dans de nombreux arrêts a laissé prospérer un flou préjudiciable à la notion, empêchant toute certitude quant à la définition de ses contours et à l'appréhension de ses caractères.

L'expression « *combinations in restraint of trade* » renvoyait à l'origine en Angleterre à l'interdiction pour les ouvriers de s'entendre pour augmenter les salaires<sup>609</sup>. Selon Letwin, l'usage s'était étendu aux ententes entre commerçants, pour s'assimiler ensuite au *contract in restraint of trade*<sup>610</sup>. Certaines cours américaines auraient réceptionné cette doctrine pour l'appliquer aux *non-ancillary restraints* alors que d'autres auraient maintenu la terminologie du *contract in restraint of trade* provoquant une confusion sur le contenu de la notion et donc sur la qualification de ces contrats par le juge.

L'absence de cohérence dont témoigne la jurisprudence nous amène à préférer la qualification doctrinale d'*ancillary* et de *non-ancillary restraint of trade*.

En règle générale les cours retenaient que le maintien d'un niveau suffisant de concurrence entre les acteurs économiques allait dans le sens de la *public policy*<sup>611</sup> dans la mesure où

---

<sup>606</sup> W.D. COLLINS, Trusts and the Origins of Antitrust Legislation, *Fordham Law Review*, vol. 81, Issue 5, 2013, p. 2300.

<sup>607</sup> M. HANDLER, A Study of The Construction and Enforcement of the Federal Antitrust Law, Washington : U.S.G.P.O., 1941

<sup>608</sup> J. MAY, Antitrust in the Formative Era : Political and Economic Theory in Constitutional and Antitrust Analysis, 1880-1918, *Ohio State Law Journal*, Vol. 50, 1989, p. 320.

<sup>609</sup> *People v. Fisher*, 14 Wendell, 9, 1835.

<sup>610</sup> *Hearn v. Griffin* 2 Chitty 407 (1815) ; *Wickens v. Evans*, 3 Y. & T. 318 (1829). Cf. W. LETWIN, *Law and Economic Policy in America*, The University of Chicago Press, 1965, p. 49-49.

<sup>611</sup> E. GREENHOOD, The Doctrine of Public Policy in The Law of Contracts, 683 (1886). La *common law* était perçue comme un droit réglant les affaires d'ordre privé sans considération pour la politique publique, à l'exception de la doctrine des *contracts and combinations in restraint of trade*, qui acceptait de la prendre en compte. Cf. R. R. FOULKE, Restraint of trade. Part 1 *Columbia Law Review*, Vol. 12, No. 2 (Feb., 1912), pp. 97-133.

elle permettait d'offrir les prix les plus bas aux consommateurs<sup>612</sup> contrairement aux monopoles qui tendaient à les augmenter. Ainsi, la plupart des juges de l'époque avaient déterminé que tout accord ayant pour objet de coordonner les comportements des entreprises devait être déclaré nul *per se*, car contraire à l'intérêt public<sup>613</sup>.

Le critère d'appréciation des *non-ancillary restraints* consistait à rechercher si le but de l'entente était d'augmenter artificiellement les prix, conduire les niveaux de production, ou à se partager les parts de marché<sup>614</sup>. Pour cela, trois conditions alternatives étaient observées : la présence d'un nombre d'acteurs sur le marché extérieur à l'entente<sup>615</sup>, s'il existait des barrières à l'entrée<sup>616</sup> et enfin, si une coercition avait été exercée sur la liberté des tiers au contrat<sup>617</sup>, alors celui-ci le devait être annulé<sup>618</sup>. Dans l'affaire *People v. North River Refining Co.*<sup>619</sup> la cour suprême de New York condamna la participation du trust du sucre et de seize entreprises pour violation de la loi de l'État en matière de *conspiracies*. Cet arrêt se distingue de *Diamond Match* dans la mesure où l'entente sur les prix était l'objet principal du contrat. De plus, la cour observe comme peu probable l'arrivée de nouveaux entrants sur le marché. Ainsi selon l'opinion de la cour « (. . . ) *the law will not tolerate or excuse the combination; for the interposition of third persons, in no way connected with it, to counteract its effects, is no excuse or justification for the wrong this combination has in this manner committed. A wrong doer is never excused from the consequences of his wrong for the reason that other*

---

<sup>612</sup> William Letwin souligne à cet égard que traditionnellement la *common law* favorisait « les prix bas » plutôt que les prix librement déterminés. Cf. *Law and Economic Policy in America*, p. 33. Il a néanmoins été jugé que dans certain cas l'augmentation « raisonnable » des prix n'était pas contraire à la *public policy*. La concurrence acharnée à laquelle s'étaient livrées les entreprises durant les années 1880 avaient entraîné la faillite de nombreux commerces, emportés par les ventes à perte et placés dans l'incapacité de tirer profit « légitime » de leurs activités. Voir, *Sayre v. Louisville Union Benevolent Ass'n*, 62 Ky. (1 Duv.) 143, 147 (1863); *Beal v. Chase*, 31 Mich. 490, 521 (1875); *Cent. Shade-Roller Co. v. Cushman*, 9 N.E. 629, 631 (Mass. 1887). VOIR, W.D. COLLINS, *The Origins of Antitrust Legislation*, *Fordham Law Review*, 2013, 2279 et s.

<sup>613</sup> *Atcheson v. Mallon*, 43 N.Y. 147 (1870).

<sup>614</sup> *Atcheson v. Mallon*, 43 N.Y. 147 (1870); *Brisbane v. Adams*, 3 N.Y. 129 (1849); *Arnot v. Pittston & Elmira Coal Co.*, 68 N.Y. 558 (1876); *Fisher v. Bush*, 42 N.Y. Suprême. Contrat. (35 Hun) 641 (1885).

<sup>615</sup> *People's Gaslight & Coke Co. v. Chi. Gaslight & Coke Co.*, 20 Ill. App. 473 (1886); *Hubbard v. Miller*, 27 Mich. 15, 20–21 (1873).

<sup>616</sup> *Brett v. Ebel*, 29 A.D. 256, 51 N.Y.S. 573 (1898).

<sup>617</sup> *Indiana Bagging Ass'n v. Kock*, 14 La. Ann. 164 (1849); *Kellogg v. Larkin*, 3 Pin. 123 (Wis. 1851); *Sampson v. Shaw*, 101 Mass. 145 (1869); *Dolph v. Troy Laundry Mach. Co.*, 28 F. 553, 555 (C.C.S.D.N.Y. 1886); *Marsh v. Russell*, 66 N.Y. 288, 291 (1876).

<sup>618</sup> *Anderson v. Jett*, 12 S.W. 670, 672 (Ky. 1889); *India Bagging Ass'n v. B. Kock & Co.*, 14 La. Ann. 168 (1859); *Pittsburgh Carbon Co. v. McMillin*, 23 N.E. 530 (N.Y. 1890).

<sup>619</sup> *People v. North River Refining Co.* 7 N.Y.S. 406 (Sup. Ct. 1889), *aff'd*, 121 N.Y. 582, 24 N.E. 834 (1890).

*parties, not acting under his direction or authority, may interpose, and in a measure defeat the consequences of the wrong.* »<sup>620</sup>.

Au contraire, si l'accord scellant l'entente était conclu dans un but légitime, il devait être jugé non-contraire à l'intérêt public<sup>621</sup>. Dans l'arrêt *Leslie v. Lorillard*<sup>622</sup>, la cour approuva un arrangement dans lequel le *Old Dominion Steamship Company*, exigeait le retrait de son concurrent direct, le *Lorillard Steamship Company*, sur le trajet menant de New York à la Virginie en échange d'un règlement financier et en dehors de tout rachat d'actif. Les conclusions du juge Clinton Gray illustrent cette volonté de laisser libre cours aux engagements des parties, tout en tentant d'apprécier l'impact du contrat sur l'intérêt public<sup>623</sup>.

Les cours restaient cependant rétives à l'application du test de l'atteinte raisonnable à la liberté du commerce et préféraient établir si la restriction était générale<sup>624</sup> au regard d'un but légitime et privait le public des bénéfices de la concurrence<sup>625</sup>. En 1880, l'arrêt *Skrainka v. Scharringhausen*<sup>626</sup>, la Cour d'appel de Saint-Louis approuva la légalité d'un accord de fixation de prix entre vingt-quatre opérateurs. La cour avança pour justifier sa décision l'évolution naturelle de la *common law* à la lumière des changements économiques et sociaux. L'entente en question qualifiée de partielle ne portait pas atteinte à l'intérêt public.

Les vendeurs étaient libres de fixer leurs prix et agir de concert à condition que leurs accords soient volontaires et non contraints par le cartel. De même, les acheteurs ne pouvaient être forcés d'acheter leurs produits<sup>627</sup>. Les contrats accompagnant la vente d'entreprise ou de commerce étaient quant à eux présumés compatibles.

---

<sup>620</sup> *People v. North River Refining Co.* 7 N.Y.S. 415 (Sup. Ct. 1889), cité par J. MAY, *Antitrust in the Formative Era : Political and Economic Theory in Constitutional and Antitrust Analysis, 1880-1918*, *Ohio State Review*, Vol. 50, p. 326.

<sup>621</sup> *Perkins v. Lyman*, 9 Cent. Shade-Roller Co. v. Cushman, 9 N.E. 629, 631 (Mass. 1887) ;

<sup>622</sup> *Leslie v. Lorillard*, 110 N.Y. 519, 18 N.E. 363 (1888).

<sup>623</sup> « The object of government, as interpreted by the judges, was not to interfere with the free right of man to dispose of his property or of his labor; it was to guard society, of which he was a member, from the injurious consequences of his agreement; whether they would arise from his own improvidence in bargaining away his means of gaining a livelihood, or in the deprivation to society of the advantages of competition in skilled labor. ». *Leslie v. Lorillard*, 18 N.E. at 366.

<sup>624</sup> Était considérée générale en *common law* américaine, la restriction s'étendant géographiquement sur le territoire d'un État. À l'inverse, si l'accord ne restreignait la liberté des cocontractants que localement, celui-ci devait être considéré comme partiel. Cf. *Lawrence & King v. Kidder & Sweet*, 20 Barb. (N.Y. App. Div. 1851) ; *Dunlop v. Gregory*, 10 N.Y. (1851) ; *Lange v. Werk*, 2 Ohio St. (1853) ; *Skrainka v. Scharringhausen*, 8 Mo. App. 522, 523–24, 527 (Ct. App. 1880) ; *W. Union Tel. Co. v. Am. Union Tel. Co.*, 65 Ga. 161, 163 (1880).

<sup>625</sup> *Craft v. McConoughy*, 79 Ill. 346 (1875) ; *Morris Run Coal Co. v. Barclay Coal Co.*, 68 Pa. 173 (1871).

<sup>626</sup> *Skrainka v. Scharringhausen*, 8 Mo. App. 522, 523–24, 527 (Ct. App. 1880).

<sup>627</sup> H. HOVENKAMP, *The Sherman Act and the Classical Theory of Competition*, *Iowa Law Review*, N° 74, 1988-1989, p.1027.

Certaines cours dépassèrent le champ d'analyse des *contracts and combinations in restraint of trade* en caractérisant l'entente de tentative de monopolisation du marché<sup>628</sup>. Quelques-unes s'appuyaient pour annuler le contrat constitutif sur le droit des monopoles publics<sup>629</sup>, d'autres sur les doctrines du *forestelling*, *engrossing* et *regreting*<sup>630</sup>.

L'orientation de la jurisprudence vers une protection de la volonté des cocontractants et de son corollaire, la liberté de ne pas être contraint par l'État ou par les engagements d'autrui, épousait la vision exaltée de la doctrine économique classique. Les juristes du XIXe siècle ne cherchaient pas la sauvegarde de la concurrence, mais bien celle de la liberté individuelle<sup>631</sup>. La doctrine des *contracts and combinations in restraint of trade* n'était pas adaptée au contrôle des pouvoirs de marché et ne pouvait prévenir leur formation. Son objet premier consistait à veiller à ce qu'il n'y ait pas d'abus au sein de la relation contractuelle et sa mise en œuvre se bornait à une action civile par les parties au contrat. Malgré la volonté du Congrès de consacrer un système calqué sur la *common law* le Sherman Antitrust Act de 1890 allait innover en ouvrant une action aux tiers et à l'État fédéral afin de sanctionner les atteintes à la concurrence.

## Section 2. L'adoption de l'adjudicatory model

**Le recours politique contre les grands « trusts ».** La résonance du *laissez-faire* économique sur la pratique juridique et législative des États avait permis l'expansion d'entités commerciales multiétatiques aux tailles démesurées. Le juge conservateur Thomas Cooley, pourtant favorable au libre déploiement des forces du marché, les décrivait en 1871, comme « [...] *the most enormous and threatening powers in our country have been created; some of the great and wealthy corporation actually [have] greater influence in the country at large and upon the legislation of the country than the States to which they owe their corporate existence.* »<sup>632</sup>. La puissance de ces structures capitalistiques s'était tant accrue depuis la déclai-

---

<sup>628</sup> *W. Union Tel. Co. v. Am. Union Tel. Co.*, 65 Ga. 161, 163 (1880) ; *Richardson v. Buhl*, 43 N.W. 1102 (Mich. 1889) ; *Cent. Ohio Salt Co. v. Guthrie*, 35 Ohio St. 666, 672 (1880) ; *State v. Neb. Distilling Co.*, 46 N.W. 155, 161 (Neb. 1890).

<sup>629</sup> *W. Union Tel. Co. v. Am. Union Tel. Co.*, 65 Ga. 161, 163 (1880).

<sup>630</sup> *Raymond v. Leavitt*, 9 N.W. 525, 526 (Mich. 1881).

<sup>631</sup> H. HOVENKAMP, *The Sherman Act and the Classical Theory of Competition*, *Iowa Law Review*, N° 74, 1988-1989, p.1020.

<sup>632</sup> T. COOLEY, *A Treatise On The Constitutional Limitations Which Rest Upon The Legislative Power Of The States Of The American Union*, Little Brown, Boston, Ed. 1903, p.393 disponible en ligne:



ration de Cooley que ce qui apparaissait comme une constatation isolée en 1871 s'était mué dès 1888, en préoccupation publique. Sans connaître les crises révolutionnaires et l'importance des mouvements sociaux européens, les faillites des petits entrepreneurs et des agriculteurs ont mené l'opinion publique américaine à détester les *trusts*. Comme le résumait Heilbroner et Singer, « *the process of grown (...) mainly within enterprises, has gradually required the intervention of government —in part to protect the market mechanism from destroying itself, in part to assert the claims of the larger society over the blind workings of that mechanism* »<sup>633</sup>. C'est à cette époque que le sénateur John Sherman saisit le Congrès d'une « *bill to declare unlawful trusts and combinations in restraints of trade and production* »<sup>634</sup>.

Deux années de débats s'écoulèrent avant que le *Sherman Antitrust Act* soit promulgué en 1890<sup>635</sup>. Les partisans d'un État fédéral fort avaient plaidé pour un contrôle fédéral direct sur la formation et sur les opérations des sociétés avec l'instauration d'un système national d'octroi de la personnalité morale, en vain. Les dispositions des huit sections orientaient le Sherman Act au contraire, vers un prolongement des doctrines de *common law*, en étendant son application toutefois à tous les contrats et pratiques monopolistiques.

Embrassant un système fondé sur la responsabilité pénale et civile plutôt qu'un contrôle administratif, le Sherman Act accordait « *an implicit delegation of authority to generalist judges, juries, and private litigants* »<sup>636</sup> (**§ 1. L'histoire législative du Sherman Antitrust Act**). Modèle, dont l'inefficacité mena au renforcement des phénomènes concentratifs (**§ 2. Le renforcement des phénomènes concentratifs**).

---

<https://archive.org>, cité dans Corporates Privileges.. p. 619 ; Voir, T. COOLEY, Limits to State Control of Private Business, *The Princeton Review*, N° 1, 1878, pp. 233-271.

<sup>633</sup> R.L. HEILBRONER, A. SINGER, *The Economic Transformation of America Since 1865*, Harcourt Brace College Publishers, 1994, Vol. 2, p.85.

<sup>634</sup> W. KOLASKY, Senator John Sherman And the Origin of Antitrust, *Antitrust*, Vol. 24, Fall 2009, p.86. De nombreux États possédaient déjà, au demeurant, une législation antitrust Voir, J. MAY, Antitrust Practice and Procedure in The Formative Era : The Constitutional And Conceptual Reach of State Antitrust Law, 1880-1918, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 135, N°3, March 1987, p.495. Pour une étude sur la coordination entre le droit antitrust fédéral et les droits des États, Cf. H. HOVENKAMP, Federalism and Antitrust reform, *University of San Fransisco Law Review*, N° 40, 2005-2006, p.627.

<sup>635</sup> Pour un compte-rendu complet de ces débats, voir, A.H. WALKER, *The Sherman Law of The United States of America*, The Equity Press, New York, 1910. Pour des ouvrages sur l'histoire législative du Sherman Act : W. LETWIN, *Law and Economic Policy in America. The Evolution of The Sherman Antitrust Act*, The University of Chicago Press ; R.J.R. PERITZ, *Competition Policy in America. History, Rethoric, Law*, Oxford University Press, 1996, Ed. 2000 ; A.D. NEALE, D.G. GOYDER, *The Antitrust Laws of the U.S.A. A Study of Competition Enforced by Law*, Cambridge University Press, 3d Ed. 1980 ; H.B. THORELLI, *The Federal Antitrust Policy Origination of An American Tradition*, Johns Hopkins, 1955 ; R.H. BORK, *The Antitrust Paradox, A Policy in War With Itself*, Free Press, 1978, Ed. 2021 ; R.H. BORK, Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act, *Journal of Law & Economics*, N° 9, 1966, pp. 7-48.

<sup>636</sup> D. CRANE, *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement*, Oxford, p.26.

## §1. L'histoire législative du Sherman Antitrust Act

**Contenu de la loi.** Le Sherman Act, ou plus exactement « *An act to protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies* »<sup>637</sup> dispose aux termes de sa section 1<sup>re</sup> que « *Every contract, combination in the form of trust or other-wise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal* »<sup>638</sup>. Ainsi, tous les contrats, toute association sous forme de trusts ou d'ententes en vue de restreindre le commerce sont interdits. La section 2 ajoute que « (...) *monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations (...)* »<sup>639</sup>. La section 2 étend cette interdiction aux monopoles comme aux tentatives de monopolisation des marchés. Une combinaison des sections 1 et 2 avait pour effet d'interdire les concentrations tendant à monopoliser un marché.

L'énoncé sibyllin de ces interdictions engendra durant les trente années qui suivirent d'importantes controverses au sein de la doctrine américaine<sup>640</sup>. De nombreux travaux ont en effet tenté d'interpréter l'intention du Congrès<sup>641</sup> sans toutefois parvenir à de conclusions irréfutables ou satisfaisantes<sup>642</sup>. Il est néanmoins établi, comme en témoigne la sémantique utilisée dans la loi qui renvoie aux « *combinations* » et « *conspiracies in restraint of trade* »<sup>643</sup> que la proposition de Sherman cherchait à prolonger et à établir au niveau fédéral la *common law* appliquée au sein des États de façon assez disparate<sup>644</sup>. Il convient d'examiner d'une part, les discussions intervenues lors du passage du Sherman Act (A) et d'autre part, les institutions de l'*adjudicatory model* (B).

---

<sup>637</sup> Le Sherman Act, connu d'après le nom de son promoteur, John Sherman, fut promulgué par le Président Benjamin Harrison le 2 juillet 1890. Codifié au Titre 15 USC Ch. 1., disponible en ligne: <http://uscode.house.gov>

<sup>638</sup> *Idem.*

<sup>639</sup> *Ibid.*

<sup>640</sup> W.D. COLLINS, Trusts and the Origins of Antitrust Legislation, *Fordham Law Review*, vol. 81, Issue 5, 2013, p. 2300.

<sup>641</sup> R.H. BORK, Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act, *The Journal of Law & Economics*, Vol. 9, Oct. 1966, pp. 7-48.

<sup>642</sup> H. PAGE, The Ideological Origins and Evolution of U.S. Antitrust Law, *Issues in Competition Law and Policy - ABA Section of Antitrust*, 2008, p.2.

<sup>643</sup> S.G. CALABRESI, L.C. LEIBOWITZ, Monopolies And The Constitution : A History of Crony Capitalism, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 36, N° 3, 2012 p.

<sup>644</sup> R.H. BORK, *The antitrust Paradox a policy at war with itself*, Bork Publishing LLC, 1978, ed. 2021, p.20.

## A. L'adoption du Sherman Act

Les débats montrent que le modèle *ex post* fondé sur la *common law* a prévalu (1), alors qu'il était censé conduire à la mise en œuvre de moyens alternatifs (2).

### 1. Les débats congressionnels

Il existait dans l'opinion une réelle hostilité envers la domination commerciale qu'exerçaient les « trusts » sur les marchés. Les Américains considéraient toutes formes d'accaparement du pouvoir comme une réminiscence des monopoles publics anglais. Les gazettes se faisaient les échos des mauvaises pratiques des entreprises<sup>645</sup> et des troubles importants apparaissaient dans le pays. Les organisations de fermiers, telles que les *Grangers* et les *Farmers'Alliances*, qui redoutaient à la fois l'implantation de vastes exploitations et l'augmentation des prix sur les produits manufacturés<sup>646</sup> étaient les plus fervents opposants aux trusts<sup>647</sup>. Des partis politiques antimonopole furent constitués, comme le *Greenback Party* et les *Antimonopoly Parties*<sup>648</sup> afin d'interpeller le Congrès sur des phénomènes que ni le droit des sociétés ni la *common law* telle qu'elle avait été pratiquée par les États n'avaient su contenir. Le Président Cleveland dans son « message annuel »<sup>649</sup> au Congrès de 1887 exprima une grande inquiétude et pressait les chambres d'agir en réduisant notamment, les taxes protectionnistes sur les produits étrangers afin que les « *combinations quite prevalent at this time, and frequently called trusts* » cessent d'étouffer la concurrence<sup>650</sup>. Il s'agissait de plus, comme le soulève Letwin, d'empêcher le troisième parti d'acquérir plus de poids politique.

---

<sup>645</sup> W. LETWIN, Congress and the Sherman Act Antitrust Law : 1887-1890, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 23, N° 2, 1956, p. 222-223.

<sup>646</sup> T. J. DILORENZO, The Origins of Antitrust : An Interest-Group Perspective, *International Review of Law and Economics*, N° 5, 1985, p.75-76.

<sup>647</sup> Selon S.D. Gordon, les réactions les plus violentes provenaient des fermiers. La majorité des *pétitions* reçues par le Congrès des États et au Congrès national provenaient des organisations de fermiers, *the Agricultural Alliance and Wheels*, des États de Georgies, Mississippi et Tennessee. S.D. GORDON, Attitudes Toward Trusts Prior to the Sherman Act, *Southern Economic Journal*, Vol. 30, No. 2 (Oct., 1963), pp. 156-167.

<sup>648</sup> S.G. CALABRESI, L. C. LEIBOWITZ, Monopolies and the Constitution : A History of Crony Capitalism, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 36, N° 3, 2012, p. 1057.

<sup>649</sup> L'article 2, section 3 de la Constitution américaine dispose que le Président « (...) shall from time to time give to the Congress Information of the State of the Union, and recommend to their Consideration such Measures as he shall judge necessary and expedient; ». Le « message annuel » ne deviendra « le discours sur l'état de l'Union » qu'à partir de Franklin Delano Roosevelt en 1942. Cf. <http://history.house.gov>.

<sup>650</sup> W. LETWIN, *Law and Economic Policy in America. The Evolution of The Sherman Antitrust Act*, The University of Chicago Press, 1965, p.86.

Durant les conventions de nomination des représentants des partis à la présidence en 1888, les démocrates comme les républicains avaient manifesté leur réprobation vis-à-vis du « *big business* ». Le parti républicain, vu comme le parti des « riches » en raison de ses accointances avec les grands industriels, devait corriger sa posture devant l'opinion. Candidat à la nomination républicaine, John Sherman perdit face à Benjamin Harrison, qui remporta l'élection présidentielle en 1889. Selon William Kolasky, la défaite de Sherman à l'investiture détermina son intérêt pour la problématique des trusts et des monopoles<sup>651</sup>. Il désignait comme responsable de son insuccès le gouverneur du Michigan, Russell Alger, qui était dans le même temps à la tête de la *Diamond Match Company*, condamnée par la Cour suprême du Michigan pour « *unlawful combination in restraint of trade* »<sup>652</sup>. Sherman n'était de plus, pas favorable à la baisse des tarifs douaniers proposés par les démocrates.

Membre de la Commission des Finances, il élaborait plusieurs versions de sa *bill* « *to prevent full and free competition* » ou tendant à « *advance the cost of the consumer* »<sup>653</sup>. La proposition de Sherman fondée sur le pouvoir du Congrès de lever l'impôt fut contestée. La loi devait au contraire, selon les sénateurs Reagan et George être élaborée sous la férule des *Judiciary* et *Commerce Committes*, au nom de l'autorité que possède le Congrès de réglementer le commerce interétatique<sup>654</sup>. Sherman acquiesça afin de garder la direction du travail législatif. Il défendit sa proposition accusée pourtant de viser tous les contrats et associations indifféremment<sup>655</sup>, en affirmant qu'il ne s'agissait pas d'appliquer un nouveau principe de droit, mais bien « *an old and well recognized principles of the common law* ». Il s'agissait de plus, donner aux cours fédérales « *the authority to apply the same remedies against combinations which injuriously affect the interests of the United States that have been applied in the several states to protect local interest* »<sup>656</sup>.

Les débats devant le Congrès s'enlisèrent et la proposition de Sherman fut confiée au *Judiciary Committee* qui proposa une refonte complète du texte original. Le sénateur George

---

<sup>651</sup> W. KOLASKY, Senator John Sherman And The Origin of Antitrust, *Antitrust*, Vol. 24, No. 1, Fall 2009, p. 86 ; LETWIN, *Law and Economic Policy in America. The Evolution of The Sherman Antitrust Act*, The University of Chicago Press, 1965, p.92 ; R.L. BRADLEY, On The Origins of The Sherman Antitrust Act, *Cato Journal*, N° 9, 1990, p. 737.

<sup>652</sup> *Richardson v. Buehl*, 77 Mich. 632 (1889).

<sup>653</sup> *The Legislative History of The Federal Antitrust Laws and Related Statutes*, Kintner, Ed. 1978, cité in., J. MAY, Antitrust in The Formative Era : Political and Economic Theory in Constitutional and Antitrust Analysis, 1880-1918, p. 289, note de bas de page 281.

<sup>654</sup> H. KEMPF, Comprendre le Sherman Antitrust Act de 1890 (les origines de la politique concurrentielle fédérale américaine), *Les Cahiers d'Economie Politique*, N° 20-21, 1992, p.200 ; W. KOLASKY, Senator John Sherman And The Origin of Antitrust, *Antitrust*, Vol. 24, No. 1, Fall 2009, p. 87.

<sup>655</sup> A.H. WALKER, *The Sherman Law of The United States of America*, The Equity Press, New York, 1910, p. 7.

<sup>656</sup> 20 Cong. Rec. 2723 (Mar. 27, 1890), publié in., E.W. KINTNER, *The Legislative History of the Federal Antitrust Laws and Related Statutes*, Chelsea House Publisher, New York, 1978.

Edmunds de l'État du Vermont énonça que le premier objet de la loi était de tendre à la prévention et à la condamnation des contrats et *combinations in restraint of trade* entre les États<sup>657</sup>. La commission élagua toutes références à la libre concurrence ou au consommateur et ordonna les articles en termes généraux et impersonnels, donnant au Sherman Act sa forme actuelle. Les causes et les remèdes aux trusts n'étaient pas selon Rabin, complètement identifiés<sup>658</sup>.

Rapportée par le *District Attorney* devant la *Federal District Court*<sup>659</sup>, la violation de la loi est un délit sanctionné d'une amende qui ne pouvait à l'origine excéder cinq mille dollars. La véritable force de dissuasion du *Sherman Act* a cependant longtemps reposé sur son pouvoir de « *deconcentration* » du marché. La Cour ordonnait à la demande de l'*Attorney General of Law*, l'exécution de remèdes structurels<sup>660</sup>.

L'*Attorney General of Law* pouvait élever la violation en infraction pénale (*criminal offense*) punissable d'une peine d'emprisonnement<sup>661</sup>. Comme le remarque le juge Robert Bork, dans son ouvrage *The Antitrust Paradox*, comme le *Statute of Monopolies* anglais de 1624, le législateur ouvrit aux victimes une action en *treble damages* afin de les inciter à prendre part à l'application de loi<sup>662</sup>.

Le *Sherman Act* a confié aux cours l'autorité pour interpréter et développer<sup>663</sup> le droit antitrust selon la méthode de la *common law*<sup>664</sup>. Tropisme qui, on le voit, ne trouve pas de justification dans l'étude des débats parlementaires. La rhétorique utilisée par le Congrès ne permet pas en effet de connaître ses véritables motivations lorsqu'il choisit d'adopter par le *Sherman Act* l'approche de *common law*.

---

<sup>657</sup> W. LETWIN, Congress and the Sherman Act Antitrust Law : 1887-1890, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 23, N° 2, 1956, p. 254.

<sup>658</sup> R. L. RABIN, Federal Regulation in Historical Perspective, *Stanford Law Review*, Vol. 38, May, 1986, pp.1189-1326.

<sup>659</sup> Sherman Act, Section 4.

<sup>660</sup> Voir *infra*, p.152.

<sup>661</sup> La peine ne pouvait excéder une année d'emprisonnement. Cf. *Sherman Antitrust Act*, Sections 1et 2. <https://www.ourdocuments.gov/doc.php?doc=51&page=transcript>

<sup>662</sup> Sherman Act, Section 7.

<sup>663</sup> W. H. PAGE, Ideological Conflict and the Origins of Antitrust Policy, 66, *Tulane Law Review*, 1, 1991, p. 36, note 176.

<sup>664</sup> T. ARTHUR, Workable Antitrust Law: The Statutory Approach to Antitrust, *Tulane Law Review*, Vol. 62, 1988, p. 1168; F.H. EASTERBROOK, Workable Antitrust Policy, *Michigan Law Review*, Vol. 84, 1986, p. 1701-1703.

## 2. Les propositions écartées par le Congrès

En fédéralisant et en prolongeant la *common law* des États par le Sherman Act<sup>665</sup>, le Congrès manifestait la volonté d'adopter un système de contrôle *ex post* des entreprises, plutôt qu'un modèle *ex ante*. Les États-Unis connaissaient pourtant d'autres modes plus ou moins intégrés d'intervention publique pour maîtriser les excès du marché, l'autorité de régulation (a) et la création d'une procédure fédérale de *quo warranto* pour *ultra vires* (b).

### a. La question de la création d'une autorité administrative de contrôle

**Les autorités administratives indépendantes.** La première commission administrative fédérale<sup>666</sup> avait été créée en 1887 sur le modèle du *British Railroad Act* de 1845, pour permettre l'application de l'*Interstate Commerce Act*<sup>667</sup> qui affirmait que « toute charge demandée en contrepartie d'un service rendu (...) doit être raisonnable et juste » et déclarait illégales certaines pratiques discriminatoires<sup>668</sup>.

La problématique des chemins de fer était apparue en 1870 lorsque les compagnies de transports et d'affrètement se trouvèrent en position de monopole dans leurs zones géographiques d'activités. L'apparition de nouveaux tronçons et la création d'une multitude de nouvelles lignes bouleversèrent l'ordre économique établi en entrant en concurrence directe avec les voies de l'Est, comme celles transcontinentales. Les compagnies de chemins de fer décidèrent de baisser leur prix sur les longs parcours afin de conserver leur clientèle et de les aug-

---

<sup>665</sup> P. AREEDA, D.W. TURNER, H. HOVENKAMP, *Antitrust Law : An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Aspen Law & Business, 1978.

<sup>666</sup> Le mouvement de création des commissions administratives est apparu sous des formes variées d'abord au niveau étatique. La primeur appartient au Rhode Island (*Rhode Island Commission*) en 1839, création modeste qui encourageait les entreprises du rail à travailler de manière coordonnée sur les horaires et les tarifs. Suivit le New Hampshire en 1844, le Connecticut en 1853 (le *Railroad Safety*). La première commission d'envergure fut instituée par le Massachusetts en 1869 (*The Massachusetts Board of Railroad Commissioners*). Voir, T. C. MCCRAW, *Prophets of Regulation*, Harvard University Press, 1984, p. 17.

<sup>667</sup> L'*Interstate Commerce Act* a été voté sous la législature du président démocrate Cleveland, en 1887. *Interstate Commerce Act, of 1887*. Ch. 104, 24 Stat. 379.

<sup>668</sup> E. ZOLLER, *Droit et régulation*, Travaux des séances ordinaires sur le thème de « Regard sur le droit » sous la présidence de François Terré, Académie des sciences morales et politiques. [Disponible en ligne] : <https://www.asmp.fr>

menter là où leurs monopoles étaient préservés. Elles pratiquaient des politiques tarifaires différenciées, en fonction de critères variés, notamment selon le degré d'occupation des trains et la longueur des convois<sup>669</sup>. En 1873, comme dans les autres secteurs industriels, la dépression entraîna une baisse de prix conséquente aggravée par les surcapacités de transport des compagnies au regard des besoins de l'économie<sup>670</sup>. Elles s'organisèrent en associations afin de s'entendre sur les tarifs, emportant la colère des fermiers rassemblés au sein du *Grange Movement*. Pour parer les débordements, les législatures des États initièrent les premières formes de régulation<sup>671</sup>, en confiant la tâche de réglementer l'activité des chemins de fer et d'en contrôler l'application à des autorités administratives indépendantes. Celles-ci s'avèrent ineffectives, incompetentes et même, corrompues<sup>672</sup>. La Cour suprême finit par interdire dans un arrêt *Wabash. St. Louis & Pac. Ry. V. Illinois*<sup>673</sup> la fixation de tarifs par ces commissions locales sur les portions et lignes relevant du commerce interétatique. L'*Interstate Commerce Commission*<sup>674</sup> (ICC ci-après) fut créée en application de l'*Interstate Commerce Act* du 4 février 1887, afin de parer à cette difficulté. La ICC en tant qu'agence de régulation indépendante était dotée de pouvoirs importants de contrôle. Elle détenait notamment le pouvoir *d'adjudication*, c'est-à-dire le pouvoir de coercition et de sanction à l'encontre des personnes privées<sup>675</sup>. Sa mission de veiller au respect du devoir de transparence des compagnies et de veiller au maintien de bons comportements était toutefois exercée sous le contrôle du pouvoir judiciaire<sup>676</sup>.

Pourquoi le Congrès ne s'est-il pas orienté vers un mode identique de régulation ? La création d'une autorité administrative fut proposée<sup>677</sup>, moins puissante que l'ICC pour contrôler ces « *commercial monsters* »<sup>678</sup>, sans succès. Pour le professeur Robert Rabin, la déci-

---

<sup>669</sup> *Idem*.

<sup>670</sup> Voir, *Interstate Commerce Act (1887)* sur le site internet *Ourdocuments.gov*, qui rassemble et numérise les fonds documentaires de la *National Archives and Record Administrations*. [Disponible en ligne] : <https://www.ourdocuments.gov>.

<sup>671</sup> *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 (1877).

<sup>672</sup> *Interstate Commerce Act (1887)* sur le site internet *Ourdocuments.gov*, qui rassemble et numérise les fonds documentaires de la *National Archives and Record Administrations*. [Disponible en ligne] : <https://www.ourdocuments.gov>.

<sup>673</sup> *Wabash. St. Louis & Pac. Ry. V. Illinois*, 118 US 557 (1886).

<sup>674</sup> Aboliti par l'*Interstate Commerce Commission Termination Act* du 29 Décembre 1995 (<http://uscode.house.gov>).

<sup>675</sup> *Interstate Commerce Act (1887)* sur le site internet *Ourdocuments.gov*, qui rassemble et numérise les fonds documentaires de la *National Archives and Record Administrations*. [Disponible en ligne] : <https://www.ourdocuments.gov>.

<sup>676</sup> É. ZOLLER, Droit et régulation, Travaux des séances ordinaires sur le thème de « Regard sur le droit » sous la présidence de François Terré, Académie des sciences morales et politiques. [Disponible en ligne] : <https://www.asmp.fr>.

<sup>677</sup> H.R. 4406, 50th Cong. (1888).

<sup>678</sup> 20 Cong. Rec. 1457 (1889).

sion d'écarter toute proposition liée à la création d'une agence administrative était motivée par « *a wait-and-see attitude* », l'*Interstate Commerce Commission* n'ayant pu apporter de résultat probant<sup>679</sup>. Sur un plan juridique, la Cour suprême avait par son arrêt *Munn v. Illinois*, strictement limité les conditions d'intervention d'une autorité publique sur le marché à la preuve d'une atteinte à l'intérêt public<sup>680</sup>. Bien que le Sherman Act ait été promulgué dix mois seulement après l'*Interstate Commerce Act*, l'intérêt public entourant les stratégies des entreprises<sup>681</sup> n'était pas aussi certain que celui du rail. Le professeur Rudolph Peritz rappelle en effet, que les chemins de fer entraient par leur fonction même, dans la catégorie des *common carriers* reconnus en *common law* comme revêtant traditionnellement un intérêt public<sup>682</sup>. Les chemins de fer étaient de plus, considérés par les économistes de l'époque comme des « monopoles naturels »<sup>683</sup>, une intervention publique régulationnelle était conçue comme appropriée<sup>684</sup>.

## **b. La question de la création d'une *federal incorporation charter***

Le vote du Sherman Act en 1890 avait fermé la voie à une autre mode de contrôle des entreprises : le développement d'un droit des sociétés fédéral. Comme il a été précédemment exposé<sup>685</sup>, les États détenaient la compétence d'octroyer la personnalité morale aux entreprises. Malgré les assouplissements intervenus dans les procédures d'octroi par les lois de *general incorporation* dans les années 1860<sup>686</sup>, l'autorité publique avait maintenu son pouvoir de retrait des chartes<sup>687</sup>. Celui-ci pouvait intervenir en cas de manquement de la société à sa

---

<sup>679</sup> R.L. RABIN, Federal Regulation in Historical Perspective, *Stanford Law Review*, N° 38, 1986, p.1216. Voir eg. S.W. WALLER, Prosecution by Regulation : The Changing Nature of Antitrust Enforcement, *Oregon Law Review*, Vol. 77, 1998, p.1387. De même, D.W. CARLTON, R.C. PICKER, Antitrust and Regulation, *Economics Working Paper*, N° 12, Oct. 2006.

<sup>680</sup> E.T. SULLIVAN, The Antitrust Division As A Regulatory Agency : An Enforcement Policy in Transition, *Washington University Law Quarterly*, Vol. 64, N° 4, 1986, p. 1019.

<sup>681</sup> Voir, D. K. MILLON, The Sherman Act and The Balance of Power, *Washington and Lee University School of Law*, 1988, p. 1276 et s.

<sup>682</sup> J.R PERITZ, *Competition Policy In America : History, Rhetoric, Law*, Oxford University Press, 2000, p. 10.

<sup>683</sup> Le monopole naturel correspond à la situation de marché où « le coût moyen décroît avec la production et permet des économies d'échelle ». Cela concerne les industries de réseau « qui ont des coûts fixes très élevés. Dans ce cas, il est naturellement plus efficace qu'une unique entreprise serve la demande totale (...) ». Voir, N. BOUZOU, Les mécanismes de marché. Éléments de microéconomie, Bréal, 2006, p.57.

<sup>684</sup> J.G. HURWITZ, Administrative Antitrust, *Mason Law Review*, N° 21, 2013-2014, p. 1197.

<sup>685</sup> Cf. 2) L'insuffisance des procédures de *quo warranto* étatique

<sup>686</sup> S. P. HAMILL, From special privilege to General Utility: A Continuation of Willard Hurst's Study of Corporations, *American University Law Review*, vol. 49, Issue 1, Art. 2, p. 104.

<sup>687</sup> L'acuité du contrôle administratif effectué par les États se modulait néanmoins selon la nature privée ou publique de l'entreprise. Celles créées dans un but d'intérêt public étaient soumises à certaines obligations



charte, en cas d'abus ou d'activités délictueuses<sup>688</sup>. Ainsi, l'État par la voie de l'*Attorney General*, pouvait grâce à la procédure de *quo warranto*<sup>689</sup> ou pour *ultra vires*<sup>690</sup>, requérir devant la cour sa révocation. Les États avaient tenté de contenir l'émergence des trusts par l'utilisation de cette action judiciaire avec succès<sup>691</sup>. L'action en *ultra vires* n'a plus été pertinente lorsque le New Jersey autorisa les achats d'actions entre sociétés<sup>692</sup>.

Entraînés dans une course législative au moins-disant, les États adoptèrent rapidement le même type de réglementation<sup>693</sup>. L'absence de coopération entre les États pour endiguer les fusions et les acquisitions d'actifs ou d'actions amena en 1885 les professionnels du droit à appeler à la mise en place d'une *federal corporation*<sup>694</sup>. Les mouvements de concentrations étaient conçus comme un problème de réglementation structurelle, qui ne pouvait être résolu que par le droit des sociétés. Une proposition visant à ce que « *no corporation should engage in business outside of the State of its origin without a federal licence, and provisions were made for publicity as to its management and operation* »<sup>695</sup> a été soutenu et discuté devant la législature fédérale. Ses instigateurs souhaitaient élever la doctrine de l'*ultra vires* à l'échelon fédéral et contrôler les activités de croissance externe transétatiques des entreprises. Malgré les succès des procédures en *quo warranto* étatiques et la propension des juges à examiner en

---

que ne connaissaient pas les entreprises à but purement privé. Cf. J.S. DAVIS, *Essays in the Earlier History of American Corporation*, Cambridge Harvard University Press, 1917.

<sup>688</sup> State v. Minn. Thresher Mfg. Co., 40 Minn. 223, 42 N. W. 2020 (1839); Voir aussi, G.E. BUCHANAN (sous la direction de), Quo Warranto and Private Corporations, *Yale Law Journal*, N° 37, 1927-1928, p.239.

<sup>689</sup> Le dictionnaire Black's Law définit le quo warranto ainsi : « In (...) United States, this writ has given place to an "information in the nature of a quo warranto," which, though in form a criminal proceeding, is in effect a civil remedy similar to the old writ, and is the method now usually employed for trying the title to a corporate or other franchise, or to a public or corporate office. Ames v. Kansas, 111 U.S. 449, 4 S.Ct. 437, 28 L.Ed. 482; People v. Londoner, 13 Colo. 303, 22 P. 764, 6 L.R.A. 444. It is intended to prevent exercise of powers that are not conferred by law, and is not ordinarily available to regulate the manner of exercising such powers. State ex rel. Johnson v. Conservative Savings & Loan Ass'n, 143 Neb. 805, 11 N.W.2d 89, 92, 93. ». Blacks' Law dictionary, Fourth ed. 1968.

<sup>690</sup> La doctrine d'*ultra vires* correspond selon le dictionnaire juridique Black's Law à « The modern technical designation, in the law of corporations, of acts beyond the scope of the powers of a corporation, as defined by its charter or act of incorporation. State ex rel. v. Holston Trust Co., 168 Tenn. 546, 79 S.W.2d 1012, 1016. The term has a broad application and includes not only acts prohibited by the charter, but acts which are in excess of powers granted and not prohibited. State ex rel. Supreme Temple of Pythian Sisters v. Cook, 234 Mo.App. 898, 136 S.W.2d 142, 146, and generally applied either when a corporation has no power whatever to do an act, or when the corporation has the power but exercises it irregularly. People ex rel. Barrett v. Bank of Peoria, 295 Ill.App. 543, 15 N.E.2d 333, 335. Act is "ultra vires" when corporation is without authority to perform it under any circumstances or for any purpose. Orlando Orange Groves Co. v. Hale, 107 Fla. 304, 144 So. 674, 676. ». Blacks's Law dictionary, Fourth ed. 1968. Voir, L. FREIDMAN, A History of American Law, Touchstone, 3d Ed, 2005 A History of American Law, Simon & Schuster Inc., Revisited ed., 1985, Chapitre VII.

<sup>691</sup> R.H. CURTIS, National Corporation, *The Central Law Journal*, N° 21, 1885, p. 425.

<sup>692</sup> *Holding Company Act*. Act of Apr. 1888 N.J. Laws 301.

<sup>693</sup> Voir *supra*, page 120 de la présente thèse.

<sup>694</sup> R.H. CURTIS, National Corporation, *The Central Law Journal*, N° 21, 1885, p. 425 ; H. HOVENKAMP, *Enterprise and American Law, 1836-1937*, Harvard University Press, 1991, p. 245.

<sup>695</sup> J.M. BECK, The Federal Power Over Trusts, *The Annals of The American Academy of Political and Social Science*, Vol. 24 Jul. 1904, p. 94 ; S.P. HAMILL, The Origins Behind the Limited Liability Company, *Ohio State Law Journal*, Vol. 59, no. 5, 1998, p. 1497.

priorité les moyens soulevant des manquements au droit des sociétés<sup>696</sup>, la proposition fut rejetée.

Par tradition historique et philosophique, la surveillance fédérale des activités interétatiques des opérateurs économiques était une politique difficilement admissible. L'idée d'une mise sous « tutelle » administrative des entreprises entrainait en contradiction absolue avec le principe de liberté défendu par la pensée économique classique encore dominante à la fin du XIXe siècle<sup>697</sup>. De plus, sur le plan de son efficacité, le professeur Hovenkamp remarque que ce contrôle n'aurait pu produire ses effets sur les accords d'entente<sup>698</sup>. En adoptant une approche fondée sur la *common law*, le Congrès fédéral avait opté pour le mode de contrôle « le plus faible »<sup>699</sup>, ou plus exactement celui qui prenait comme principe la liberté d'action. Les appels à la création d'une charte nationale se poursuivront au demeurant jusqu'à l'avènement de l'ère progressiste<sup>700</sup>.

## B. Les institutions de l'*adjudicatory model*

Bien que la doctrine universitaire américaine ne le formule pas en ces termes<sup>701</sup>, en sanctionnant les comportements et les actes des opérateurs économiques, le Congrès a semblé

---

<sup>696</sup> Voir, *People v. North River Sugar Refining Co.*, 3 N.Y.S. 401, 409-13, *affd.*, 7 N.Y.S. 401 (1889), *affd.*, 24 N.E. 834 (1890) ; *McCutcheon v. Mertz Capsule Co.*, 71 F. 787, 792 (6<sup>th</sup> Cir. 1896).

<sup>697</sup> La première génération d'économistes néoclassiques apparaît durant les années 1870. Plus particulièrement, à la suite de la publication des travaux d'Alfred et Marie Marshall, qui décorrèlera l'économie du politique. A & M.P. MARSHALL, *The Economics of Industry*, Macmillan, 2<sup>d</sup> Ed. 1880. Pour des développements sur l'idée de concurrence au XIXe siècle voir, H. HOVENKAMP, *The Sherman Act and The Classical Theory of Competition*, *Iowa Law Review*, N° 74, 1988-1989, p. 1019.

<sup>698</sup> H. HOVENKAMP, *Enterprise and American Law, 1836-1937*, Harvard University Press, 1991, p. 245.

<sup>699</sup> *Id.*, p. 247.

<sup>700</sup> Le juge Seymour Thompson témoigna d'un sentiment partagé lorsqu'il déclara devant le Kansas State Bar, que les citoyens « must cease their attempts at regulating corporations by their own state legislation, and must renew those attempts in the halls of national legislation ». S. THOMPSON, *Abuse of Corporate Privileges*, *Proceedings of the Kansas State Bar Ass'n*, 1892, cité par UROFSKY, *Proposed Federal Incorporation in the Progressive Era*. L'ère progressiste désigne les deux premières décennies du XXe siècle aux États-Unis. Pour des références, voir notamment : I.C.G. TIEDEMAN, *A Treatise On State And Federal Control of Persons and Property in the United States*, Saint-Louis : The F.H. Thomas Law Book Co., 1900 [Disponible en ligne] : <https://archive.org> ; H. LAFAYETTE WILGUS, *Need of A National Incorporation Law*, *University of Michigan Law Review*, 1904, p. 358 ; E. PARMALLEE PRENTICE, *The Federal Power Over Carriers Corporation*, 1907, p. 305 et s. ; H.W. CHAPLIN, *National Incorporation*, *Columbia Law Review*, Vol. V, June 1905, N° 6, p. 415 ; M.W. WATKINS, *Federal Incorporation*, *Michigan Law Review*, N° 17, p.64 et s. ; J.C. O'MAHONEY, *Federal Charters To Save Free Enterprise*, *Wisconsin Law Review*, 1949, p. 407 ; J.W. BRABNER-SMITH, *Federal Incorporation of Business*, *Virginia Law Review*, N° 24, 1937-1938, p. 159.

<sup>701</sup> À l'exception d'Ernst Freund. Voir, E. FREUND, *The Police Power, Public Policy and Constitutional Rights*, Callaghan & Company, (1904) ; R. A. BROWN, H. L. HALL, *The Police Power And Economic Reconstruction*, *The University of Chicago Law Review*, 1933, pp. 224-248.

vouloir établir une mesure de « police »<sup>702</sup> économique fédérale. L'innovation, sur le plan institutionnel apparaît cependant, quelque peu modeste. Adoptant les institutions de *l'adjudicatory model*, qui se rapportent à l'administration de la justice et qui interviennent lorsque la loi a été enfreinte, le Sherman Act vient palier les faiblesses de la doctrine des *contracts and combinations in restraint of trade*, dont seules les parties pouvaient requérir l'application auprès du juge. L'analyse substantielle de la loi et des instruments de sa mise en œuvre montre que le législateur américain a souhaité résoudre le problème d'effectivité de la *common law*. Si l'*Attorney General*, représentant de l'exécutif, apparaît comme l'intervenant clé de la procédure (2), les États-Unis se sont inscrits dans la continuité d'une tradition anglaise où le juge constitue le rempart immuable contre les abus liberticides du pouvoir central (1).

### ***1. L'attachement primaire à la figure du juge***

Les États-Unis et l'Union européenne ne reposent pas sur les mêmes traditions juridiques, sur le même terreau historique<sup>703</sup>. L'Amérique est « *l'héritière directe, quoique rebelle, de l'Angleterre* »<sup>704</sup> alors que l'Europe continentale va puiser ses fondements dans les développements du droit romano-germanique<sup>705</sup>. Depuis l'établissement des premières colonies anglaises indépendantes de 1607<sup>706</sup>, le droit américain s'est construit sur le modèle de

---

<sup>702</sup> En 1890 aucun pouvoir de police fédéral n'a été reconnu, c'est un pouvoir étatique. La réglementation du commerce interétatique par l'État fédéral est strictement interprétée. Cf. W.W. COOK, *What is the Police Power ?*, *Columbia Law Review*, Vol. 7, No. 5, May 1907, pp. 322-336 ; P. FULLER, *Is There a Federal Police Power ?*, *Columbia Law Review*, Vol. 4, No. 8, Dec. 1904, pp. 563-588 ; [Auteur(s) non mentionnés(s)], *Federal Police Regulations Under the Commerce Clause*, *Columbia Law Review*, Vol. 14, No. 5 May 1914, pp. 429-432.

<sup>703</sup> Si la culture juridique américaine puise ses racines dans la culture européenne, il est certain que le droit de l'Union européenne s'inscrit dans la tradition juridique des États qui l'ont constitué, *i.e.*, dans la tradition du droit romano-germanique. Pour Pierre LEGRAND le droit de l'Union européenne impose à *la common law* anglais « *un authentique entendement de la tradition juridique romane dans son expression historique et contemporaine* ». P. LEGRAND, *Le droit comparé*, Éd. P. U.F, Coll. Que sais-je, 2011, p.2.

<sup>704</sup> A. BESANÇON, *Le protestantisme américain. De Calvin à Billy Graham*, Ed. De Fallois, Coll. Essais, 2013, p. 178.

<sup>705</sup> R. DAVID, C. JAUFFREY-SPINOSI, *Les grands systèmes de droits contemporains*, Éd. Dalloz, Coll. Précis, 12<sup>e</sup> Éd. 2016.

<sup>706</sup> La colonisation de l'Amérique n'a réellement débuté qu'en 1606, après que Jacques 1<sup>er</sup>, trois ans après son avènement, concède une charte à deux sociétés commerciales chargées d'établir et de faire prospérer des colonies anglaises en Virginie. La colonie la plus fameuse issue du navire le *Mayflowers* n'a débarqué sur les rives de Plymouth Bay que le 21 novembre 1620. Treize colonies indépendantes furent ainsi constituées dès le début du XVIII<sup>e</sup> siècle. Pour une description générale de la période coloniale américaine cf. B. VINCENT (sous la direction de), *Histoire des États-Unis*, Ed. Flammarion, Coll. Champs Histoire, 2008, pp.9-45 ; A. KASPI, *Les Américains. 1. Naissance et essor des États-Unis 1607-1945*, tome 1, Ed. Du Seuil, Coll. Points Histoire, 1986, pp.1-89. Pour des ouvrages spécialisés : W. BRADFORD, *Histoire de la colonie de Plymouth : chronique du*

« la mère patrie ». Il n'existait alors qu'un seul corps de droit disponible en anglais<sup>707</sup> : la *common law*<sup>708</sup>. Pour le professeur René David, « c'est l'effet d'une véritable réception du droit anglais qui est intervenue aux États-Unis d'Amérique, au dix-huitième et au dix-neuvième siècle, par l'action des juristes et sous l'influence des nécessités impérieuses »<sup>709</sup>. Le *Calvin's case*<sup>710</sup> de 1608 permettait en effet, à chaque sujet de la couronne britannique de « transporter » avec lui tous les droits et libertés octroyés par le droit anglais dans « les territoires qui n'étaient pas soumis à des nations civilisées (...) et dans la mesure où la nature des choses [le] permettait »<sup>711</sup>. Or, très vite, la *common law* anglaise ne convint plus aux nouveaux Américains<sup>712</sup>. Sans rompre avec les fondements et la logique interne de ce système, c'est la consistance qui en fut entièrement refondée dès 1850<sup>713</sup> sous l'impulsion créatrice de juges issues des plus hautes cours des États du nord de la Fédération. L'organe politique qui a donné corps à ce droit ne s'est pourtant pas fondamentalement éloigné de l'idée que les An-

---

*Nouveau Monde, 1620-1647*, Genève, 2004 ; C.M. ANDREWS, *The Colonial Period of American History*, 4. vol., New Heaven, 1934-1938 ; R. MIDDLETON, *Colonial America : A History, 1607-1760*, Cambridge, Mass., 1992.

<sup>707</sup> K.N. LLWELLYN, On Philosophy in American Law, *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, January 1934, Vol. 82, No. 3, p. 207. Pour le théoricien du droit R. POUND « l'ignorance sera le principal facteur de formation du droit américain », R. POUND, *The Spirit of the common law*, disponible en ligne : <http://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=lawfacpub>, p.8.

<sup>708</sup> Il est nécessaire de préciser à ce stade, le genre que nous utiliserons pour désigner le terme de « *common law* ». Nous ne suivrons pas la recommandation de Pierre LEGRAND et Geoffrey SAMUEL qui utilisent le genre masculin. Si pour ces derniers il est en principe question « de droit et non de loi », nous préférons néanmoins le genre féminin pour des raisons d'euphonie. Pour des explications détaillées sur le genre de *common law*, cf. P. LEGRAND, G. SAMUEL, *Introduction au common law*, Éd. La découverte, Coll. Repère, n° 514, mai 2008, p10-24 ; R. DAVID et C. JAUFFREY-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Éd. Dalloz, Coll. Précis, 12e Éd. 2016.

<sup>709</sup> I. ZAJTAY citant le professeur R. DAVID et son *Traité élémentaire de droit civil comparé*, in. *La réception des droits étrangers et le droit comparé*, *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 9, N° 4, octobre-décembre 1957. p. 700. Sur la question de l'action des juristes dans les phénomènes de réception des droits étrangers : I. ZAJTAY soulève en se fondant sur les travaux de MM. KUNKEL et KOSCHAKER, que si le droit romain n'a jamais eu de prise en Angleterre, c'est en raison du rejet des « *Inns of Courts* ». Leur organisation très puissante a défendu ardemment la *common law*, ce droit qu'ils avaient eux-mêmes conçu. Dès lors « en défendant la *common law*, ils défendaient donc en même temps leurs intérêts professionnels ».

<sup>710</sup> R. DAVID, C. JAUFFREY SPINOSI, *Les grands systèmes de droits contemporains*, Dalloz, Coll. Précis, 11<sup>e</sup> Éd., p. 303.

<sup>711</sup> É. ZOLLER, États-Unis (culture juridique), *Dictionnaire de la culture juridique*, Presses Universitaires de France (P. U.F), Coll. Quadrige, 1re éd. 2003, p. 654.

<sup>712</sup> Le professeur H. SCHWEBER précise : « The principles of tort, contract, and property liability that these judges developed were entirely different (...) This was not merely a process of revision ; it was a reconfiguration of the basic reasoning process that defined the logic of law, its political significance, and its social function ». H. SCHWEBER, *The Creation of American common law, 1850-1880. Technology, Politics, and the Construction of Citizenship*, Cambridge University Press, New-York, 2004, p. 1. Grant GILMORE tempère cette vision « sécessionniste » du droit américain de Common law. Pour cet auteur, alors que les Américains auraient pu rompre définitivement avec cette tradition, ils ont pourtant choisi de la maintenir. Cf. G. GILMORE, *The Ages of American Law*, Yale University Press, 1974, p. 1.

<sup>713</sup> Selon les sources : un droit proprement américain se constitue dès 1770-1780, 1820-1830. Voir, États-Unis (culture juridique), *Dictionnaire de la culture juridique*, Presses Universitaires de France (P. U.F), Coll. Quadrige, 1re éd. 2003, p. 654.

glais avaient de la justice. Particulièrement de la fonction juridictionnelle<sup>714</sup> occupée par ces juges dont le rôle d'arbitre pondérateur entre les institutions politiques s'est transmis aux États-Unis comme un héritage philosophique structurant. Ainsi, le système institutionnel américain a toujours fait une large place au pouvoir judiciaire, et ce, dès l'établissement de la Fédération. D'abord pour des raisons qui tiennent à la tradition de la *common law* « héritage intellectuel et affectif, d'un arrière-plan informulé incorporant des savoir-faire tacites justifiables en termes sociohistoriques, participants de la configuration identitaire »<sup>715</sup> puis, pour des raisons de nature plus politique, « un gouvernement fédéral [devant] désirer plus qu'un autre d'obtenir l'appui de la justice, parce que, de sa nature, il est plus faible, et qu'on peut plus aisément organiser contre lui des résistances »<sup>716</sup>.

Aux États-Unis, les droits individuels protégés par la Constitution sont considérés comme le produit de la *common law* et non celui des assemblées législatives qui se sont succédé depuis la fin du 17<sup>e</sup> siècle<sup>717</sup>. Selon l'historien du droit Charles Howard McIlwain, la protection des droits a d'abord résulté de la volonté des pères fondateurs de maintenir l'héritage de la *common law* anglaise comme barrière protectrice « against the despotic will of kings and of parliaments alike »<sup>718</sup>. McIlwain établit une filiation intellectuelle directe entre le constitutionnalisme moderne américain et l'œuvre politique de Sir Edward Coke<sup>719</sup> et de William Blackstone. L'absolutisme monarchique n'a en effet, jamais pu prendre racine en Angleterre. L'existence de « droits immémoriaux » antérieurs à la conquête Normande de 1066 et

---

<sup>714</sup> Le professeur M. TROPER, définit l'activité juridictionnelle ainsi : « on appellera simplement activité juridictionnelle, celle qui est exercée par des juges, c'est-à-dire seulement celle-là à l'exclusion de l'activité accomplie par d'autres autorités de l'État, mais la totalité de cette activité, y compris celle qui s'exerce en dehors de tout litige ». M. TROPER, Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? Pouvoirs, Revue française d'études constitutionnelles et politiques, N° 16, Janvier 1981, p. 5 à 15.

<sup>715</sup> P. LEGRAND, G. SAMUEL, *Introduction au common law*, Ed. La Découverte, Coll. Repères, p.10-24.

<sup>716</sup> A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Tome 1, Ed. Gallimard, 1981 et 1986 pour la préface, p. 219.

<sup>717</sup> É. ZOLLER, *Le droit des États-Unis*, 2014, p.4, disponible en ligne sur le site du CDPC, [http://www.u-paris2.fr/1396864022103/0/fiche\\_article/&RH=CDPC-ETUDES](http://www.u-paris2.fr/1396864022103/0/fiche_article/&RH=CDPC-ETUDES).

<sup>718</sup> C.H. MCILWAIN, The English common law, Barrier Against Absolutism, *The American Historical Review*, Vol. 49, No. 1 (Oct., 1943), p. 23-31, publié par Oxford University Press, consultable à l'adresse URL suivante: <http://www.jstore.org>, consulté le : 14/08/2015.

<sup>719</sup> C.H. MCILWAIN, The English common law, Barrier Against Absolutism, *The American Historical Review*, Vol. 49, No. 1 (Oct., 1943), p. 23-31. Voir notamment, D.C. SMITH, *Sir Edward Coke and the Reformation of the Laws, Religion, Politics and Jurisprudence, 1578-1616*, Cambridge University Press, 31/10/2014, format ePub.

leur inscription dans la Grande Charte (*Magna Carta*) signée en 1215<sup>720</sup> ont toujours placé la couronne royale dans l'obligation de respecter ces droits qui lui préexistaient<sup>721</sup>.

C'est à l'aune de ces principes fondateurs que le Congrès donna par le *Sherman Act* compétence aux cours fédérales « (. . .) *to prevent and restrain violations of this act* »<sup>722</sup>. Doté de la capacité de statuer en *equity*<sup>723</sup>, le juge fédéral bénéficie dans ce cadre de larges pouvoirs pour pallier ou pour remédier à la violation de la loi. Parmi les voies d'exécution des jugements, les *injunctions*<sup>724</sup>, dont le large spectre permet au juge de prendre toutes mesures pour pourvoir à l'établissement de la justice. Elles constituent en droit des « *réparations extraordinaires* », à côté des « *réparations ordinaires* » de *common law* qui prennent, selon Robert Pasley, presque toujours la forme de dommage et intérêts pécuniaires<sup>725</sup>. Ce pouvoir d'*equity* a permis, eut égard à la nature curative du *Sherman Act*, de fragmenter les marchés trop concentrés par les fusions de la fin du XIXe<sup>726</sup>.

Le système juridictionnel accusatoire apparaissait donc pour les fondateurs du droit antitrust à la fois comme le choix plus rassurant sur le plan historique, mais aussi le plus efficace. En effet, son extrême adaptabilité où le juge pouvait ajuster le prononcé de sa décision à l'évolution et à la diversité des comportements en faisait un modèle extrêmement attrayant aux yeux des conservateurs. Il respectait le dogme évolutionniste selon lequel « *the government should adopt a negative, facilitating role, providing the legal framework of the market by protecting property rights and enforcing contract* »<sup>727</sup>. Il s'agissait d'orienter la conduite des entreprises sans rompre leur élan économique, laisser toute amplitude au marché en sanc-

---

<sup>720</sup> B. Z. TAMANAHA, *On the Rule of Law History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, 2004, p.25.

<sup>721</sup> C.H. MCILWAIN, The English common law, Barrier Against Absolutism, *The American Historical Review*, Vol. 49, No. 1 (Oct., 1943), p. 23.

<sup>722</sup> Section 4, Sherman Antitrust Act.

<sup>723</sup> Les *Equity jurisdictions* aux XIXe siècle étaient compétentes dans un certain nombre de matières où l'application de la *common law* ne permettait pas le rendu d'une décision satisfaisante. Possédant à l'origine une procédure propre et se déroulant sans jury, les juridictions d'*equity* seront intégrées à la procédure civile conventionnelle en 1938 par le *Federal Rules of Civil Procedure*. Voir, <http://www.fjc.gov>.

<sup>724</sup> L'*injunction*, est un instrument très puissant dans le système juridique américain et redoutablement efficace par sa rapidité. Il est *equitable remedy*, donc prononcé par une ordonnance de la cour imposant une obligation de faire ou de ne pas faire une action spécifiée à une personne ou à une institution (par opposition aux *legal remedies*, qui appellent en général une réparation pécuniaire). , K. STOLL-DEBELL, N. DEMPSEY, B. DEMPSEY, *Injunctive Relief: Temporary Restraining Orders and Preliminary Injunctions*, American Bar Association, 2009.

<sup>725</sup> R.S. PASLEY, L'équité en droit anglo-américain, *Revue internationale de Droit Comparé*, Vol. 13, N° 2, Avril-Juin 1961, p. 296. disponible en ligne <http://www.persee.fr>.

<sup>726</sup> Voir B), §2) de la présente section, «La seconde phase d'interprétation : 1904-1911 ».

<sup>727</sup> W.H. PAGE, Legal Realism and the Shaping of Modern Antitrust, *Emory Law Journal*, Vol. 44, Winter 1995, N° 1, p. 8.

tionnant, les seules dérives<sup>728</sup>. Le juge fédéral a donc constitué jusqu'au New Deal « *the mantle of guardian of market autonomy* »<sup>729</sup>.

## 2. *L'Attorney General of Law*

La véritable innovation du Sherman Act réside dans l'institution d'une action publique devant être mise en œuvre par l'*U.S. Attorney General* et le *U.S. District Attorney*. Représentants de l'exécutif fédéral en vertu de l'article II, Section 3 de la Constitution américaine qui dispose que « *[the President [shall take care that the laws be faithfully executed, and shall commission all the officers of the United States* », ils ont la compétence de faire appliquer les lois votées par le Congrès, les traités signés par les États-Unis et de poursuivre les auteurs d'infractions au nom des États-Unis<sup>730</sup>. Plus particulièrement, la loi prévoyait la compétence des *federal circuit courts* avec compétence d'*equity*<sup>731</sup>, pour prévenir toutes violations au Sherman Act en autorisant l'*Attorney General* à entreprendre des poursuites pour prévenir la réalisation imminente d'une infraction, ou pour en arrêter la commission<sup>732</sup>. Les sections 3 et 4 du *Sherman Antitrust Act* prévoient des sanctions pénales, telles que des peines d'emprisonnement ou amendes et des sanctions civiles, par exemple l'injonction de cesser certaines pratiques<sup>733</sup>. L'*Attorney General* dispose de la faculté de poursuivre par la voie civile ou par la voie pénale. Il peut aussi cumuler les deux procédures<sup>734</sup>. Si la voie pénale est choisie, l'*Attorney General* n'a pas la compétence de déposer une plainte, celle-ci devra être présentée à un jury qui décidera selon les preuves apportées qu'il existe une suspicion de vio-

---

<sup>728</sup> Par exemple, certains États, comme New York avaient mis en place un droit très répressif en matière de monopole et de pratiques anticoncurrentielles, en même temps qu'un droit des sociétés particulièrement permissif. Le professeur Hovenkamp souligne une intention de la part des États de favoriser les fusions efficaces ou économiquement bénéfiques et de décourager celles anticoncurrentielles. Voir, HOVENKAMP, *Enterprise and American Law, 1836-1937*, Harvard University Press, 1991 p.266, E. VAN HALLE, *Trusts, or Industrial Combinations and Coalitions in the United States*, The Macmillian Company, 1900, p.96.

<sup>729</sup> R. L. RABIN, *Federal Regulation in Historical Perspective*, *Stanford Law Review*, May, 1986, p.1192.

<sup>730</sup> Le Judiciary Act de 1789 qui définit le statut de l'*Attorney General* dispose qu'il a le devoir « to prosecute and conduct all suits in the Supreme Court in which the United States shall be concerned, and to give his advice and opinion upon questions of law when required by the President of the United States, or when requested by the heads of any of the departments, touching any matters that may concern their departments ». (ch. 20, sec. 35, 1 Stat. 73, 92-93).

United States v. San Jacinto Tin Co., 125 U.S. 279, 1888.

<sup>731</sup> *Idem*.

<sup>732</sup> Les *circuit courts* fédérales ont été établies à l'origine par le *Judiciary Act* de 1789 mais supprimées par le *Judicial Code* de 1911. disponible en ligne: <http://www.fjc.gov>.

<sup>733</sup> cf. Section 3 du Sherman Anti-Trust Act (1890), disponible en ligne: <https://www.ourdocuments.gov>.  
G.A. VAN HECKE, Naissance et développement du droit anti-trust aux États-Unis, *The Hague Academy of International Law Collected Courses*, 1962, p. 259.

<sup>734</sup> W. HAMILTON, I. TILL, *Antitrust in Action*, Capo Press, 1974 Ed., p. 10.

lation de la loi. Il formulera alors l'acte d'accusation (*indictment*)<sup>735</sup>. La voie civile ne requiert quant à elle, pas l'intervention d'un jury.

L'*Attorney General* détient au demeurant, un pouvoir discrétionnaire pour poursuivre sur le fondement du Sherman Act, dans le respect toutefois de la Constitution et de la « *take care clause* » c'est-à-dire, de l'article II, Section 3 de la Constitution précitée<sup>736</sup>. L'analyse des faits et la qualification de l'infraction sont du ressort exclusif de l'*Attorney General*. Ainsi, dans l'arrêt *United States v. Trans-Missouri Freight Association*<sup>737</sup>, le juge Peckham reconnaissait qu'il fallait chercher la « *public policy of the Government* », dans la loi et à défaut, dans les décisions des cours et de la « *constant practice of government officials* »<sup>738</sup>. L'effectivité du *Sherman Act* dépendait ainsi de la politique en matière de concurrence de l'exécutif<sup>739</sup>. Mais l'application de la loi relève tout à la fois de l'initiative privée, puisque contrairement aux droits antitrusts des États, le *Sherman Act* contient des dispositions prévoyant un droit d'action pour les personnes privées en cas de dommages économiques<sup>740</sup>. En effet, comme le remarque un rapport du Congrès sur le *Sherman Act* de 1940, « *A man knew when he a was hurt better than an agency or government above could tell him* »<sup>741</sup>.

## §2. Le renforcement des phénomènes concentratifs

Durant les cinq années qui suivirent la promulgation du Sherman Act, le mouvement de concentrations économiques s'accéléra. Les États-Unis connurent la plus grande vague de fusions de leur histoire. Sur les quatre-vingt-douze opérations d'ampleur, dont la plupart

---

<sup>735</sup> E. WOLF, La législation antitrust des États-Unis et ses effets internationaux, *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 2, N° 3, Juillet-Septembre, 1950, p.445.

<sup>736</sup> W.F. BAXTER, Separation of Powers, Prosecutorial Discretion and the « common law » Nature of Antitrust Law, *Texas Law Review*, Vol. 60, 1981-1982, p. 672.

<sup>737</sup> *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*, 166 U.S. 290 (1897)

<sup>738</sup> *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*, 166 U.S. 340 (1897)

<sup>739</sup> Ainsi, sous la présidence de Theodore Roosevelt, nombre de procédures contre les anciens trusts furent initiées, dont les notables, *Northern Securities Co.*, *Standard Oil Company* et l'*American Tobacco*. Pour plus de détails concernant la politique des *Attorneys General* sous les différentes présidences américaines, cf. W. LETWIN, *Law and Economic Policy in America. The Evolution of The Sherman Antitrust Act*, The University of Chicago Press.

<sup>740</sup> La Section 7 du Sherman Anti-Trust Act (1890), donne droit à des *treble damages*, c'est-à-dire, une somme trois fois supérieure au dommage, ainsi que le remboursement des frais d'avocat. Disponible en ligne : <https://www.ourdocuments.gov>.

<sup>741</sup> Rapport du Congrès cité in., HAMILTON, I. TILL, *Antitrust in Action*, Capo Press, 1974 Ed., p. 10.



étaient horizontales<sup>742</sup>, soixante-dix-huit ont pu accéder à une part de marché national supérieur à 50 %<sup>743</sup>. Ralph L. Nelson, détermine pour l'année 1899 le nombre jusque-là inégalé de 1028 entreprises absorbées<sup>744</sup>. Certains économistes, comme Noemi Lamoreaux<sup>745</sup> ou G. Bittlingmayer<sup>746</sup>, ont mis en rapport cet extraordinaire mouvement de concentrations avec l'interprétation jurisprudentielle que fit la Cour suprême du Sherman Act lors de ses premières années d'application (A). Les arrêts *Northern Securities Co. v. United States*<sup>747</sup> et *Standard Oil Co. v. United States*<sup>748</sup> amorcèrent une seconde phase d'interprétation en répondant à la question décisive de l'annulation des opérations de croissance externe mettant en péril la concurrence. L'application de la doctrine de la *Rule of Reason* en donnant toute latitude aux juges de décider de la dangerosité des effets des monopoles ayant pour origine une concentration, amenuisait toutefois le risque de voir le démantèlement d'une fusion aboutir sur le fondement du Sherman Act (B).

### A. La première phase d'interprétation : 1890-1904

Au cours des premières années d'application du Sherman Act, les cours adoptèrent spontanément une interprétation conservatrice de la loi, semblable à celle employée en matière de *contracts* et *combinations in restraint of trade*<sup>749</sup>. Les juges démontraient une très

---

742 La fusion est considérée comme horizontale lorsque les entreprises fusionnées appartiennent au même secteur d'activité. Cf. L. BRICIU, S. NIVOIX, Mise en perspective d'un siècle de fusions-acquisitions en Europe et aux États-Unis, *Management & Avenir*, 2009/6, N° 26, p.53.

743 Idem.

744 R.L. NELSON, *The Merger Movement in American Industry*, 1895-1956, Princeton University Press, p. 34.

745 N.R. LAMOREAUX, *The Great Merger Movement in American Business, 1895-1904*, Cambridge University Press, 2003.

746 G. BITTLINGMAYER, Did Antitrust Policy Cause The Great Merger Wave?, *Journal of Law and Economics*, Vol. 28, avril 1985.

747 *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 1 (1904).

748 *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1 (1911)

749 Dans l'arrêt *Jellico Mountain Coal*, une entente verticale s'était organisée entre des exploitants de mines et des vendeurs de charbon, au sein de la *Nashville Coal Exchange*. L'association fixait les prix et sanctionnait par des pénalités toutes transgressions des membres. L'accord stipulait de plus, de ne pas appliquer les prix fixés aux marchands et bateaux à vapeur, tant que toutes les mines ne seraient pas membres de l'association, ou jusqu'à temps que les prix du charbon utilisé par les commerçants soient entièrement administrés par l'Exchange. La Cour décida dans cet arrêt, que « la tentative de monopolisation » était caractérisée *per se* par l'accord scellant l'association. *United States v. Jellico Mountain Coke & Coal Co.*, 46 Fed. 432 (C.C.M.D. Tenn. 1891). Trois arrêts rendus dans le cadre d'une procédure contre le « trust » du Whisky, éclairent la conception adoptée originellement par les cours fédérales. L'achat par la *Distilling & Cattle Feeding Company*, de 78 distilleries, représentant les trois quarts de la production des États-Unis ne constitue pas un *contract* ou une *combination in restraint of trade* car aucun accord n'a été formé pour restreindre la production et fixer les prix unilatéralement par la *Distilling company*, qu'aucune barrière à l'entrée du marché n'a été établit et que l'offre de rabais aux vendeurs de whisky en échange de l'exclusivité de leur production à un prix déterminé, n'obligeait pas ces vendeurs. *Corning, (in re)*, 51 Fed. 205 (N.D. Ohio 1892) ; *Terrel, (in re)*, 51 Fed. 213 (C.C.S.D.N.Y. 1892).

grande confiance dans les capacités du marché à renverser les effets négatifs des monopoles<sup>750</sup> et ne sanctionnaient que les atteintes positives à la liberté du commerce<sup>751</sup>. Leur vision classique de la concurrence ne permettait pas de percevoir les atteintes structurelles comme illégales<sup>752</sup>.

Il s'agissait plus exactement de savoir si les *holdings* pouvaient constituer des « *unlawful combinations* » au sens du *Sherman Act*. Durant la période de passage de la loi, l'institution de la *holding* n'avait pas été « *prise au sérieux par le Congrès* »<sup>753</sup> ; les exégètes du texte supposaient que la création d'une société par deux opérateurs initialement indépendants ne pouvait être comprise comme constituant une entente au sens de la *common law*<sup>754</sup>.

L'arrêt *United States v. E.C. Knight Co.*<sup>755</sup> posa pour la première fois aux juges la question du champ d'application matériel du *Sherman Act*. Fondée sur l'article I, Section 8 de la Constitution américaine<sup>756</sup>, la loi ne pouvait se voir appliquer qu'aux entreprises exerçant un commerce interétatique. En l'espèce, l'*American Sugar Company* avait acquis quatre des cinq concurrents sis dans l'État de Pennsylvanie, regroupant 95 % de la production de sucre betteravier<sup>757</sup>. L'*Attorney General* avait suggéré dans la *bill* formant appel devant la Cour suprême que par l'achat de ces usines, le trust s'était entendu et avait conspiré avec ses anciens concurre-

---

L'achat et la détention d'organe de production ne pouvaient selon la Cour constituer un « monopole » dont la qualification juridique était soumise à la réalisation de deux conditions cumulatives, d'une part, la détention d'un droit exclusif, d'autre part des limitations pour protéger ce droit de l'introduction de concurrents. Si l'offre de rabais pouvait établir la preuve d'une tentative de monopolisation, la détention par la *Distilling & Cattle Feeding Company*, d'une part substantielle du marché ne saurait en lui-même induire à la formation de cette preuve. Seule la démonstration d'actes positifs tendant à limiter le commerce pourrait concourir à cette preuve. *Green, (in re)*, 52 Fed. 104 (C.C.S.D. Ohio 1892). Voir, W. TROESKEN, Exclusive Dealing and the Whiskey Trust, 1890–1895, *The Journal of Economic History*, Vol. 58, Issue 3, Sep. 1998, pp. 755-778 ; W. LETWIN, *Law and Economic Policy in America. The Evolution of The Sherman Antitrust Act*, The University of Chicago Press p. 144-149.

<sup>750</sup> *United States v. Nelson*, 52 Fed. 646 (D. Minn. 1892).

<sup>751</sup> Dans l'arrêt *United States v. Patterson*, la cour va retenir les charges d'accusation de « monopolisation » envers le dirigeant du trust des caisses enregistreuses, qui recourait à des méthodes coercitives comme la violence, à l'intimidation envers ses concurrents. *United States v. Patterson*, 55 Fed. 605 (C.C.D. Mass. 1893). A.J. MEESE, Liberty and Antitrust in the Formative Era, *Boston University Law Review*, Vol. 71 :1, 1999, p.36.

<sup>752</sup> H. HOVENKAMP, The Sherman Act and The Theory of Competition, *Iowa Law Review*, N° 74, 1988-1989, p. 1019.

<sup>753</sup> H. HOVENKAMP, *The Antitrust Enterprise: Principle And Exécution*, Harvard University Press, 2005, p. 263.

<sup>754</sup> A.J. EDDY, The Law of Combinations, Embracing Monopolies, Trusts, and Combinations of Labor and Capital; Conspiracy, and Contracts in Restraint of Trade, Callaghan and Company 1901, p.600-603. disponible en ligne : <https://archive.org>.

<sup>755</sup> *United States v. E.C. Knight Co.*, 156 U.S. 1 (1895).

<sup>756</sup> « The Congress shall have Power (...) To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes ». Constitution des États-Unis d'Amérique, disponible en ligne : <https://www.ourdocuments.gov>.

<sup>757</sup> J.A. FISCHER, The Knight Case Revisited, *The Historian*, Vol. 35, mai 1973 ; H. KEMPF, Comprendre le Sherman Antitrust Act de 1890 (Les origines de la politique concurrentielle américaine), *cahier d'économie politique*, N° 20-21, 1992, pp. 137-211 ; C. MC CURDY, The Knight Sugar Decision of 1895 and The Modernization of American Corporation Law, 1869-1903, *Business History Review*, Vol. 53, Fall 1979.

rents pour restreindre et monopoliser le commerce interétatique. Il demandait en conséquence, l'annulation des contrats de vente.

La cour débouta l'État fédéral de sa demande. Dans son opinion, le juge Fuller releva que « *the contracts and acts of the defendants related exclusively to the acquisition of the Philadelphia refineries and the business of sugar refining in Pennsylvania, and bore no direct relation to commerce between the states or with foreign nations. The object was manifestly private gain in the manufacture of the commodity, but not through the control of interstate or foreign commerce* »<sup>758</sup>. Le monopole sur les facteurs de production n'allouait pas de fait, un monopole de « commerce » au sens constitutionnel du terme<sup>759</sup>. La Cour suprême interprétait la clause de commerce beaucoup plus restrictivement qu'en 1824<sup>760</sup>. Le commerce était entendu comme « *la distribution des produits* » et « *la commercialisation des produits entre États et non [...] leur production* »<sup>761</sup>. Déterminant le critère matériel et territorial d'applicabilité du Sherman Act, le juge Fuller précisa qu'un monopole de producteurs ne pouvait avoir qu'un impact « incident » et « indirect » sur le commerce interétatique<sup>762</sup>. Le juge Harlan, dans son opinion dissidente,<sup>763</sup> remarqua que l'*American Sugar* avait acquis ses concurrents afin de consolider le contrôle qu'il détenait sur la production et prouva qu'*in fine* celui-ci avait pour but principal la vente de ce sucre dans le pays. Bien qu'en accord avec l'opinion du Juge Harlan la cour souligna cependant qu'il ne lui appartenait pas de corriger l'orientation des moyens soulevés par l'*Attorney General*<sup>764</sup>. Puisqu'il qu'agissait d'une fusion de sociétés au sein d'un même État, les juges fédéraux ne voulaient pas se prononcer sur sa légalité, la question ayant déjà été tranchée par la juridiction de l'État de Pennsylvanie<sup>765</sup>.

Le jugement rendu fut cependant mal compris dans le monde des affaires. Les *businessmen* virent dans cet arrêt l'approbation de la Cour suprême aux fusions et aux acquisitions

---

<sup>758</sup> United States v. E.C. Knight Co., 156 U.S. 17.

<sup>759</sup> W. LETWIN, *Law and Economic Policy in America. The Evolution of The Sherman Antitrust Act*, The University of Chicago Press, p162 et s. H. THORELLI, p. 590-591.

<sup>760</sup> *Gibbons vs. Ogden* 22 U.S. (9 Wheat) 1 (2 mars 1824) habilita le Congrès à régir les problèmes d'intérêts communs, en limitant les compétences des États. Voir, É. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis* Dalloz, Ed. Grands Arrêts, 2010, p.73.

<sup>761</sup> *Welton v. Missouri*, 91 U.S. 275 (1875). H. KEMPF, *Comprendre le Sherman Antitrust Act de 1890 (Les origines de la politique concurrentielle américaine)*, *cahier d'économie politique*, N° 20-21, 1992, p. 203.

<sup>762</sup> United States v. E.C. Knight Co., 156 U.S. 18.

<sup>763</sup> *Idem*.

<sup>764</sup> L'inapplicabilité du Sherman Act au cas d'espèce ne doit pas masquer selon le professeur Letwin le mouvement de détachement de la Cour envers la conception du monopole prôné par le juge Jackson dans les affaires du trust du whisky. Voir, W. LETWIN, *Law and Economic Policy in America. The Evolution of The Sherman Antitrust Act*, The University of Chicago Press, p. 165.

<sup>765</sup> Cf. *United States v. E.C Knight Company*, 60 F. 306, 307 (C.C.E.D. Pa. 1894). Disponible en ligne : <https://archive.org> . Voir *infra* p.120. Voir aussi, C. MC CURDY, *The Knight Sugar Decision of 1895 and The Modernization of American Corporation Law, 1869-1903*, *Business History Review*, Vol. 53, Fall 1979, p. 334.

industrielles<sup>766</sup>. Encouragées à fusionner (*tight combination*<sup>767</sup>) plutôt qu'à s'entendre au sein de cartels (*loose combination*<sup>768</sup>), une deuxième vague de fusions traversa l'économie américaine entre 1896 et 1905<sup>769</sup> constituant ce que George Stigler appela l'ère des « *merger for monopoly* »<sup>770</sup>. Ainsi naquirent certaines des plus grandes et plus fameuses entreprises industrielles américaines telles que *General Electric, International Harvester, du Pont, Eastman Kodac, American Tobacco* et *U.S. Steel*<sup>771</sup>.

Les affaires portées devant la Cour se limiteront durant les années 1896 à 1904 au contentieux des fixations de prix, qui lui permit de raffiner les critères substantiels à appliquer aux ententes et aux monopolisations. Une série d'arrêts marqua une évolution importante dans l'exégèse du Sherman Act. La Cour divisée en deux « factions » idéologiquement opposées<sup>772</sup> entreprit dans un premier temps sous l'influence du juge Peckham d'adopter une lecture littérale des dispositions du Sherman Act. Interdisant sans exception dans l'arrêt *Trans-Missouri Freight Association* de 1897<sup>773</sup> « *all contracts of that nature* », elle limitera un an plus tard l'interdiction aux seules atteintes « directes » et « significatives » à la liberté de commerce par

---

<sup>766</sup> A. T. DIETZ, *Corporate Mergers : Retrospective and Prospective*, *Journal of Public Law*, N° 5, 1956, p. 313.

<sup>767</sup> L'expression « *tight-knit business combinations* » a été utilisée à notre connaissance pour la première fois par Hans B. Thorelli dans son ouvrage fameux « *The Antitrust Policy* » et a été reprise par une large part des commentateurs américains. Elle désigne les stratégies d'entente caractérisées par une intégration structurelle des entreprises (contrôle par achat d'actions, fusion absorption ou par acquisition). H.B. THORELLI, *The Federal Antitrust Policy Origination of An American Tradition*, Johns Hopkins, 1955, p.108-163. Voir aussi, M. SKLAR, *The Corporate Reconstruction of American Capitalism, 1890-1916: The Market, The Law and Politics*, Cambridge University Press, 1988, p. 157, 160 et s.

<sup>768</sup> H.B. THORELLI, *The Federal Antitrust Policy Origination of An American Tradition*, Johns Hopkins, 1955, p.108-163

<sup>769</sup> N.R. LAMOREAUX, *The Great Merger Movement in American Business, 1895-1904*, Cambridge University Press, 2003, p. 172 et s.

<sup>770</sup> G. STIGLER, *Monopoly and Oligopoly by Merger*, *American Economic Review*, Vol. 40, 1950, pp. 23-34.

<sup>771</sup> Voir W.E. KOVACIC, *Failed Expectations : The Trouble Past and Uncertain Future of the Sherman Act as a Tool for Deconcentration*, *Iowa Law Review*, Vol. 74, 1988-1989, p. 1105.

<sup>772</sup> Selon le professeur J.R. Peritz les juges de la Cour suprême s'opposaient sur le sens de la politique économique à adopter. Le juge Peckham favorable à une lecture littérale du *Sherman Act*, voulait faire prévaloir la concurrence au bénéfice des petits commerçants contre les grandes firmes capitalistiques, alors que le juge White tenait à l'application d'un test de « raisonabilité » des atteintes à la concurrence, faisant prévaloir le droit de propriété et à la liberté contractuelle comme droit naturel. R.J. PERITZ, *Competition Policy in America: History, Rhetoric, Law: History, Rhetoric, Law*, Oxford University Press, 2000 (réédition), p.27-28.

<sup>773</sup> Des entreprises de chemin de fer s'étaient entendues pour fixer les prix et les conditions du transport de fret. Jugé en première et deuxième instance comme une entente « légitime » dans la mesure où elle permettait de se protéger d'une concurrence destructrice (*United States v. Trans-Missouri Freight Association*, 53 Fed. 440 (C.C.D. Kan. 1892) et offrait au public des « prix raisonnables » et des « installations adéquates » (*United States v. Trans-Missouri Freight Association*, 58 Fed. 58 (8 th Cir. 1893)). En renversant l'arrêt de la cour d'appel, la Cour suprême marquait une rupture avec l'idée d'une codification de la *common law* en loi. Au contraire, le juge Peckham affirmait que l'interprétation du Sherman Act devait être conforme à la lettre du texte : tous les accords de fixation de prix étaient illégaux *per se*, à l'exception des accords de non-concurrence accompagnant la vente d'un commerce.

l'arrêt *United States v. Joint Traffic Association*<sup>774</sup>. Enfin en 1899, l'arrêt *United States v. Addyston Pipe & Steel Co.*<sup>775</sup> amorça la fin de l'interprétation littérale du Sherman Act et dessinait en filigrane l'émergence de la « *Rule of Reason* »<sup>776</sup>. La jurisprudence de la Cour suprême condamnant les ententes anticoncurrentielles aura pour effet corollaire l'augmentation de l'attractivité de la technique concentrative comme moyen d'acquisition d'un pouvoir monopolistique<sup>777</sup>.

## B. La seconde phase d'interprétation : 1904-1911

L'arrivée à la présidence des États-Unis de Theodore Roosevelt<sup>778</sup> marque une seconde phase d'interprétation jurisprudentielle. Elle s'ouvre au début du XXe siècle, à l'époque du *laissez-faire constitutionalism*<sup>779</sup> où la liberté contractuelle telle qu'elle apparaît dans l'affaire *Lochner v. New York*<sup>780</sup> trouva son expression la plus extrême. La Cour suprême avait conso-

---

<sup>774</sup> *United States v. Joint Traffic Association*, 171 U.S. (1898). Voir aussi, *Hopkins v. United States*, 171 U.S. 578 (1898) et *Anderson v. United States*, 171 U.S. (1898).

<sup>775</sup> Dans cette affaire, six fabricants de conduits en fonte, constituant 75% du marché, s'étaient accordés sur les prix et avaient segmenté le marché. Bien que rejetant l'argumentation développée par William Howard Taft dans son opinion prononcée devant la Cour d'appel, la Cour suprême aboutit à la même conclusion, l'entente horizontale était illégale (*Addyston Pipe & Steel Co., v. United States*, 175 U.S. (1899)). L'opinion du juge Taft est cependant fameuse à plusieurs égards. D'abord, parce qu'il adopte l'opinion du juge White alors dissident en restituant l'interprétation du Sherman dans le contexte de la *common law*. Ensuite, par la clarification conceptuelle dont il fait preuve en revenant aux principes originels de la doctrine *contract in restraint of trade* (*Addyston Pipe & Steel Co., v. United States*, 85F. 271 (6th Cir. 1898)). J.E. HARTLEY, *The Rule of Reason*, American Bar Association Antitrust Section, Monograph 23, 1999, p. 41 ; J. MAY, *Antitrust in the Formative Era : Political and Economic Theory in Constitutional and Antitrust Analysis, 1880-1918*, *Ohio Law Journal*, N° 50, 1989, p. 312 ; W. LETWIN, *Law and Economic Policy in America. The Evolution of The Sherman Antitrust Act*, The University of Chicago Press, p. 173 ; SULLIVAN, HOVENKAMP, SHALANSKI, *Antitrust Law, Policy and Procedure : Cases, Materials, Problems*, Lexis Nexis, 6th Ed., 2009, p. 27 ; W.E. KOVACIC, C. SHAPIRO, *Antitrust Policy : A Century of Economic and Legal Thinking*, *Journal of Economic Perspectives*, vol. 14, N° 1, Winter 2000, p. 44 ; D.J. SMYTHE, *The Supreme Court and the Trusts : Antitrust and the Foundations of Modern American Business Regulation from Knight to Swift*, *University of California Davies*, Vol. 39, 2005-2006, p. 115.

<sup>776</sup> La *Rule of Reason* est un mécanisme d'interprétation traditionnellement présenté comme étant issue de l'arrêt *Standard Oil (Standard Oil of New Jersey v. United States)*, 22 US 1, 1911). Il eut pour effet de soustraire la concentration horizontale de la prohibition *per se* que l'arrêt *Northern Securities (Northern Securities Co v. United States)*, 193 US, 1904) avait paru admettre. En réalité la *Rule of Reason* apparaît déjà en filigrane dans les arrêts antérieurs tels que *Trans-Missouri (United-States v. Trans-Missouri Freight Ass'n)*, 166 US (1897).

<sup>777</sup> W.H. PAGE, *Standard Oil and U.S. Steel : Predation and Collusion in the Law of Monopolization and Mergers*, *Southern California Law Review*, .

<sup>778</sup> Président des États-Unis de 1901 à 1909.

<sup>779</sup> M. LES BENEDICT, *Laissez-Faire and Liberty: A Re-Evaluation of the Meaning and Origins Of Laissez-Faire Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2011.

<sup>780</sup> *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 75 (1905).

lidé sa jurisprudence sur les ententes, se prononçant presque unanimement dans leurs débats sur leurs condamnations<sup>781</sup>. La question de la légalité des concentrations susceptible de restreindre la concurrence ne s'était quant à elle plus posée depuis l'arrêt *E.C Knight*. La Cour suprême avait semblé établir une limite jurisprudentielle en excluant les fusions acquisitions de l'application du Sherman Act, lorsque celles-ci, tout au moins, se rapportaient à des entreprises de production évoluant dans une sphère locale<sup>782</sup>. Le mouvement de fusions qui avait suivi la répression des cartels avait attiré toutefois l'intérêt de l'autorité publique<sup>783</sup>. C'est ainsi que se présenta devant la Cour suprême en 1904 l'affaire *Northern Securities Co. v. United States*<sup>784</sup> portée tant par l'*Attorney General of Law* Philander Knox que par le Président Roosevelt lui-même<sup>785</sup>.

L'arrêt concernait la création d'une holding, la *Northern Securities Company*, fruit de l'alliance de deux entreprises de chemin de fer concurrentes, la *Northern Pacific* appartenant au puissant banquier J. P. Morgan et la *Great Northern* construit par le magnat de la finance James J. Hill. La *Northern Securities* possédait 96 % des actions de la *Northern Pacific* et 77 % des actions de la *Great Northern*<sup>786</sup>. La holding contrôlait ainsi, plus de 17 000 miles de voies et bénéficiait d'un monopole sur tout le trafic du rail ouest-est, de l'État de Washington à la rivière du Mississippi.

Pour la première fois, les juges devaient examiner la légalité d'une concentration qui pouvait être qualifiée de transaction interétatique. Le cas divisa grandement les juges. Le juge Harlan exposa l'opinion majoritaire<sup>787</sup> en affirmant tout d'abord la compétence de la juridiction fédérale. La *Northern Securities* avançait le moyen classique qu'en tant qu'entreprise de droit du New Jersey, sa création était réglementée par le droit de cet État et ne pouvait entrer

---

<sup>781</sup> *Swift & Co. v. United States*, 196 U.S. 375 (1905).

<sup>782</sup> *United States v. E.C. Knight Co.*, 156 U.S. 18.

<sup>783</sup> G. Bittlingmayer a établi une corrélation temporelle entre les arrêts de la Cour suprême et les pics de mouvement de consolidations de 1896 à 1905. G. BITTLINGMAYER, *Did Antitrust Policy Cause The Great Merger Wave ?*, *Journal of Law and Economics*, Vol. 28, avril 1985.

<sup>784</sup> *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197 (1904).

<sup>785</sup> Voir W. LETWIN, *Law and Economic Policy in America. The Evolution of The Sherman Antitrust Act*, The University of Chicago Press, p. 183.

<sup>786</sup> W. LETWIN, *Law and Economic Policy in America. The Evolution of The Sherman Antitrust Act*, The University of Chicago Press, 1965, p. 218.

<sup>787</sup> L'opinion majoritaire fut rédigée par le juge Harlan. À cette opinion souscrivirent les juges Brown, McKenna et Day. Le juge Brewer concourra à l'opinion majoritaire mais en adoptant un raisonnement différent. Enfin, le juge Oliver Wendell Holmes présenta l'opinion minoritaire, au nom des juges Peckham et White. Celle-ci connut néanmoins une postérité plus illustre avec la célèbre citation tirée de son préambule « *great cases, like hard cases, make bad law* ». at 364.

dans le champ d'application de l'*interstate commerce clause*<sup>788</sup>. De plus, la dissolution de la *Northern* constituerait une atteinte à la liberté constitutionnellement protégée de former contrat sans interférence du Congrès et au droit de disposer librement de la propriété des biens que constituent ses titres sociaux<sup>789</sup>. Pour le juge Harlan, ces questions se présentaient en d'autres termes. Il s'agissait au contraire de savoir si la *Northern Securities Company* pouvait légalement acquérir des actions de sociétés sises dans d'autres États. Par là, le juge Harlan avançait le caractère résolument transnational de l'opération. Le Sherman Act permet de contrôler « *all direct restraint* » qui interviendrait au sein du commerce interétatique<sup>790</sup> et le Congrès « *by the Anti-Trust Act, has prescribed the rule of free competition among those engaged in such commerce* » et ainsi « *That every combination or conspiracy which would extinguish competition between otherwise competing railroads engaged in interstate trade or commerce, and which would in that way restrain such trade or commerce, is made illegal by the act* ». Pour Harlan, la création du holding avait pour objet unique la suppression de la concurrence entre les deux compagnies de chemin de fer et était donc illégale. Le juge Brewer, dans une opinion concurrente, préféra démontrer que l'acte portant création de la *Northern Securities* était contraire au Sherman Act dans la mesure où il constituait une « *unreasonable direct restraint of trade* »<sup>791</sup>.

Dans son opinion dissidente, le juge Oliver Wendell Holmes contesta cette approche fonctionnelle du Sherman Act. La référence aux « *contracts and combinations in restraint of trade* » ne pouvait être lu comme condamnant une concentration quand bien même celle-ci anéantirait toute concurrence. L'acte à l'origine de l'opération ne pouvait être qualifié de « *contract in restraint of trade* », car dans ce cas, le Sherman Act « *would send the members of a partnership between, or a consolidation of, two trading corporations to prison —still more impossible to say that it forbade one man or corporation to purchase as much stock as he liked in both* »<sup>792</sup>.

---

<sup>788</sup> *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197, 332 (1904). Voir le commentaire de William Letwin, *A Documentary History of American Economic Policy Since 1799*, Edinburgh University Press, 1962, p. 199 et s.

<sup>789</sup> *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197, 333(1904).

<sup>790</sup> *Idem*, 331 (1904).

<sup>791</sup> *Ibid.*, 362 (1904).

<sup>792</sup> *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197, 406, 411 (1904).

La *Northern Securities Company* fut néanmoins dissoute<sup>793</sup> et l'opération de concentration ayant menée à la consolidation des deux entreprises ferroviaires concurrentes annulée. Le tournant suivi par la Cour suprême inquiétait Holmes et White qui y voyaient, selon Peritz « *an illegitimate and dangerous exercise of government power, as an assault on the foundations of the American polity* »<sup>794</sup>. Seule, la proposition de Brewer attachant une règle de raison à l'appréciation de l'atteinte au commerce que constituait la concentration, relativisait la portée de l'arrêt *Northern Securities*.

Les questions liées au champ matériel d'application du *Sherman Act* se résolurent le 15 mai 1911 par l'arrêt *Standard Oil Co. V. United States*<sup>795</sup>. Initiée sous la présidence de Roosevelt, l'affaire permettra au nouvellement élu *Chief Justice* Edward Douglass White, de consacrer l'application de la « règle de raison » (*the rule of reason*) comme méthode d'appréciation de la Section première du *Sherman Act*.

Au regard des faits, les juges de la Cour suprême considérèrent que la détention par la *Standard Oil* de 90 % des parts de marché, obtenue après quarante et un ans d'associations, d'acquisitions en usant de « *unfair practices* » et d'« *unfair methods of competition* »<sup>796</sup>, constituait une « *unreasonable combination* » qui exigeaient la dissolution de la société. La position qu'elle avait acquise sur le marché n'avait pas été obtenue grâce à « des méthodes normales »<sup>797</sup>, mais afin d'exclure ses concurrents. Ainsi, il ne s'agissait pas de condamner la situation de monopole ou de quasi-monopole de l'entreprise, au sens économique du terme, mais de sanctionner le comportement « déloyal » et les pratiques utilisées pour y parvenir. La juridiction fédérale suprême confirma l'application de ce nouveau standard dans l'arrêt *United States v. American Tobacco*<sup>798</sup>. Aussitôt, la valeur des actions cotées connut un « boom » et

---

<sup>793</sup> Pour une description détaillée des mesures de dissolution de la *Northern Securities* voir, J.W. GARNER, *The Northern Securities Case*, *The Annals of American Academy of Political and Social Science*, Vol.24, Jul. 1904, p. 143 et S.

<sup>794</sup> R. PERITZ, *Competition Policy in America. History, Rethoric, Law*, Oxford University Press, 1996, p. 41.

<sup>795</sup> *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1 (1911). Voir, J. MAY, *The Story of Standard Oil Co., v. United States*, in, E.M. FOX, D.A. CRANE, *Antitrust Stories*, Foundation Press, 2007, pp. 8-59.

<sup>796</sup> *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 43-45, 75 (1911).

<sup>797</sup> *Idem.*, 66-67.

<sup>798</sup> *United States v. American Tobacco*, 221 U.S. 106 (1911). L'*American Tobacco Company*, a résulté de la consolidation de cinq concurrents. Elle contrôlait 95% du marché des cigarettes et 8% du marché du tabac à fumer. L'*American Tobacco* fut dissoute et condamnée pour son comportement anticoncurrentiel et ses pratiques prédatrices dans le but de monopoliser le marché de la vente de tabac. Voir, C.P. ROGERS III, *A Concise History of Corporate Mergers And The Antitrust Laws In The United States*, *National Law School of India Review*, Vol. 24, 2013, p. 13.



près d'un million d'actions s'échangèrent<sup>799</sup>. Le porte-parole du mouvement agraire déclara « *The Trust have Won* »<sup>800</sup>. Le parti démocrate s'insurgea contre ce qu'il considérait être un outrage du pouvoir judiciaire et introduisit une proposition de loi portant amendement du Sherman Act exigeant que les atteintes « *reasonable or unreasonable* » soient sanctionnées par la loi<sup>801</sup>. L'emploi de la *Rule of Reason* a permis d'affirmer que le *Sherman Act* ne pouvait plus être considéré comme un outil *ex post* de démantèlement des concentrations d'entreprises. Dans les arrêts *Standard Oil* et *U.S. Steel*<sup>802</sup>, la Cour suprême refusa de considérer ces opérations illégales *per se* lorsque celles-ci se présentaient sous la simple forme d'une *tight combination*, seuls les monopoleurs ayant acquis cette position par des moyens non conformes au droit devaient être sanctionnés et le cas échéant voir leurs entreprises dissoutes<sup>803</sup>. La taille ne pouvait constituer un critère de qualification, les « actions » seules devaient être jugées<sup>804</sup>.

L'extraordinaire force de dissuasion qu'incarnait la menace d'une dissolution pour les grandes *corporations*, à travers les expériences fracassantes de la *Northern Securities*, la *Standard Oil*, *American Tobacco* et de l'*Union Pacific R. Co.*<sup>805</sup>, se trouva compromise par l'orientation même que les juges ordonnateurs de ces dissolutions avaient prise dans leur jurisprudence. Le *Sherman Act*, adoptait pour les monopoles, la vision traditionnelle en *common law*, que seules les atteintes « déraisonnables » à la liberté de commerce par des actions posi-

---

<sup>799</sup> Business Likes Oil decision, Corporations Look Forward to a Prosperous Period on Settled Basis, *The New York Times*, May 17, 1911, disponible en ligne : <http://query.nytimes.com> .

<sup>800</sup> M. WINERMAN, The Origins of the FTC: Concentration, Cooperation, Control, and Competition, *Antitrust Law Journal*, Vol. 71, 2003, note 66, p. 19.

<sup>801</sup> W. LETWIN, Law and Economic Policy in America. The Evolution of The Sherman Antitrust Act, The University of Chicago Press, 1965, note 7, p. 267.

<sup>802</sup> *United States v. U.S. Steel Corp.*, 251 U.S. 417 (1920). Dans la très importante affaire *U.S. Steel*, jugée à la sortie de la Première Guerre mondiale, la Cour suprême devait se prononcer sur la légalité d'une société créée par les plus grandes entreprises productrices d'acier des États-Unis, parmi lesquelles la *Carnegie Steel Company*, la *Federal Steel Company* et la *National Steel Company*, elles-mêmes issues de multiples fusions antérieures. Constituée à l'origine d'un capital d'1,4 milliard de dollars, la stratégie de l'*U.S. Steel Corporation*, consistait à réduire la concurrence par des acquisitions et par le contrôle des prix. Elbert Gary, son dirigeant, mit en place un programme de conformité de ses pratiques au regard de la jurisprudence existante alors. Conseillé par l'avocat William Jennings Bryan, il limita ainsi les parts de marché de l'*U.S. Steel* dans chacune de ses lignes de production à 50% et substitua les associations et *pools* par des réunions appelées « *Gary Dinners* » où les participants convenaient des prix à fixer et des stratégies à adopter (Voir, W.H. PAGE, The Gary Dinners and the Meaning of Concerted Action, *S.M.U.L. Rev.*, Vol. 62, 2009, p. 597). La Cour suprême dans son arrêt reconne la tentative de monopolisation, en tempérant que les forces du marché n'avaient pas permis d'accomplir ce dessein (*United States v. U.S. Steel Corp.*, 251 U.S. 417- 441(1920)). L'*U.S. Steel* n'avait pas usé de violence et ses parts de marché s'érodaient (*United States v. U.S. Steel Corp.*, 439). La Cour suprême ne retint aucune charge contre *U.S. Steel*.

<sup>803</sup> *United States v. American Tobacco*, 221 U.S. 106 (1911) ; *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 43-45, 75 (1911).

<sup>804</sup> *United States v. U.S. Steel Corp.*, 451.

<sup>805</sup> *United States v. Union Pacific R. Co.*, 226 U.S. 61 (1912).

tives de coercition devaient être punies<sup>806</sup>. Ce glissement dans l'analyse normative permit à certains auteurs d'avancer que la règle de raison avait constitué le « cheval de Troie » de l'analyse économique en droit de la concurrence.<sup>807</sup>

Les dispositions générales de la loi permettaient la pleine résonance des conceptions morales et philosophiques de la Cour alors plus favorables aux idées évolutionnistes qu'encline à celles d'un mouvement progressif alors encore émergent<sup>808</sup>. Pour la majorité démocrate et le Président Woodrow Wilson élu en 1913, l'inefficacité de la loi, amplifiée par l'interprétation relativiste de la Cour suprême, commandait une réforme profonde tant sur le plan institutionnel que dans le champ d'application du droit de la concurrence.

**Conclusion.** L'instauration de l'*adjudicatory model* comme mode de contrôle des pouvoirs de marché, par le vote du *Sherman Antitrust Act*, s'inscrivait dans la tradition politique des États-Unis, guidée par le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs adoptée en 1797. Fondés sur un système politique décentralisé et sur un partage équilibré des compétences, les États-Unis ont choisi de confier au pouvoir judiciaire dans la continuité des doctrines de *common law* des *combinations and contracts in restraint of trade*, la capacité de sanctionner les ententes, les monopoles ainsi que les tentatives de monopolisation du marché. L'objectif de la loi consistait à « *supprimer toute situation de concentration excessive et permettre une organisation de l'industrie en petites unités qui puissent se concurrencer mutuellement* »<sup>809</sup>.

Or, comme le rappelle Marie-Anne Frison-Roche, « *la cohérence des buts devient la condition essentielle de l'efficacité* »<sup>810</sup>. Le but et les moyens définis dans le *Sherman Act* visaient la destruction des structures monopolistiques déjà constituées. Il semblait nécessaire d'autoriser une intervention *a posteriori* du juge sur les marchés trop concentrés afin de permettre le démantèlement de ces monopoles et ainsi faire produire un effet dissuasif à la loi.

---

<sup>806</sup> W.H. PAGE, Ideological Conflict and The Origins of Antitrust Policy, *Tulane Law Review*, Vol. 66, Nov. 1991, p.55.

<sup>807</sup> L'appréciation *in concreto* de l'état du marché permis le développement de l'analyse microéconomique qui attacha corrélativement à la concentration certains bienfaits. Voir en particulier la thèse de R. JOLIET, *The Rule of Reason in Antitrust Law*, Springer Netherlands, Coll. Scientifique de la Faculté de droit de l'Université de Liège, 1967, p.15-66.

<sup>808</sup> Cf. *United States v. United Shoe Machinery Co.*, 247 U.S. 32, 65-66 (1918). Voir, W.H. PAGE, *The Ideological Origins of U.S. Antitrust Law, in, Issues in Competition Law and Policy*, (ABA Section of Antitrust Law), 2008, p.6.

<sup>809</sup> B. BELLON, Cent ans de politique antitrust aux États-Unis, *Revue d'économie industrielle*. Vol. 63. 1er trimestre 1993. p.14.

<sup>810</sup> L'efficacité des décisions en matière de concurrence : notions, critères, typologie, *Petites Affiches*, n° spécial 28 décembre 2000, p. 4-10.

L'étude du contexte historique précédant le vote du *Sherman Act* montre que les législateurs ont intentionnellement choisi d'ignorer que la formation des monopoles se réalisait principalement par les opérations de croissances externes des entreprises. La défense de cette liberté, quoique récente en droit américain, fut érigée en dogme indépassable jusqu'au *Clayton Act* en 1914<sup>811</sup>. Conscient des bénéfices économiques et sociaux pouvant être tirés des fusions, mais aussi des troubles que celles-ci pouvaient entraîner, le Congrès avait reporté sur le pouvoir judiciaire la charge d'en sanctionner les abus. La Cour suprême fédérale encore inscrite dans le courant de la pensée juridique de la *Classical Legal Thought*<sup>812</sup> s'appuyait sur le droit comme une science autonome, indépendante et hermétique aux apports naissants des autres sciences sociales, s'interdit de constituer sur le fondement du *Sherman Act* une base légale à une surveillance des opérations de regroupement structurel d'entreprises. Son interprétation relativiste de la loi à l'encontre des monopoles constitués par la fusion ne permit pas aux États-Unis de se prémunir de ces phénomènes, au contraire il engendra à plusieurs reprises la création de géants industriels. L'impulsion d'un traitement de la problématique des monopoles sous l'angle d'un contrôle des concentrations devait d'abord être politique.

---

<sup>811</sup> Pub.L. 63–212, 38 Stat. 730.

<sup>812</sup> La pensée classique américaine<sup>812</sup> appelée aux États-Unis *Classical Legal Thought*<sup>812</sup>, avait entrepris depuis son émergence en 1850 jusqu'à sa pleine expansion de 1885 à 1940<sup>812</sup>, une rationalisation et une conceptualisation du droit selon la méthode enseignée par Christopher Columbus Langdell<sup>812</sup> professeur à l'école de droit de Harvard. Cette méthode encore utilisée de nos jours dans les écoles de droit américaines, consiste à déduire de cas éclairants des principes généraux qui pourraient s'appliquer à des affaires ultérieures. La logique syllogistique et l'extrême rationalité des raisonnements adoptés par les juristes de la pensée classique dénotaient une vision à la fois conservatrice et formaliste du droit en contradiction pour leurs opposants avec l'esprit original de la *Common law*. Ces efforts de rationalisation et de systématisation ont mené à un mouvement de contestation assez hétérogène<sup>812</sup> chez nombre de praticiens du droit<sup>812</sup>. Le premier courant identifié a été celui de la *Sociological Jurisprudence* fondée par Roscoe Pound<sup>812</sup> et porté par l'un des plus fameux juristes américains, Oliver Wendell Holmes<sup>812</sup>. Il s'agissait de retrouver l'essence de la *Common law*, c'est-à-dire cette « *capacité de faire face, de manière*

*décentralisée, expérimentale et empirique, au changement social* ». Voir, T. KIRAT, *Le pragmatisme de Richard Posner : un regard critique*, Texte de la communication à la journée d'étude « Les philosophes pragmatistes et les économistes : quelles proximités ? », IDHE-ENS de Cachan, 11 avril 2005, p. 3. ; F. MICHAUT, États-Unis (Grands courants de la pensée juridique américaine contemporaine) in. *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS, (sous la direction de), p.661 sq. ; M. GARCIA VILLAGAS, Champs juridiques et sciences sociales en France et États-Unis, *L'année sociologique*, 2009/1, Vol. 59, p. 29-62 ; D. KENNEDY, W. W. FISHER III, *The Canon of American Legal Thought*, Princeton University Press, 2006, p.1-7. ; W.H. PAGE, Legal Realism and the Shaping of Modern Antitrust, *Emory Law Journal*, Vol. 44, Winter 1995, N° 1, pp2-69.

# CONCLUSION DU TITRE 1

Le rappel des éléments historiques ayant conduit à l'établissement d'un contrôle *ex post* des concentrations aux États-Unis a permis d'observer que ce modèle n'a jamais constitué un choix évident ni unanime. Les caractéristiques politiques, philosophiques et économiques qui ont entouré la création des États-Unis ont laissé émerger des courants politiques divers et parmi eux, des forces antifédéralistes. Ces dernières ont exprimé tout au long de son histoire politique et économique une défiance envers toutes les tentatives de centralisation publique du pouvoir. Face à l'expansion des positions monopolistiques de certaines entreprises sur le marché national, deux modèles concurrents se sont présentés au Congrès fédéral. Le premier d'ordre structurel, correspondait au *quo warranto* des États qui avait permis avant le vote du *Sherman Act* de contrôler les achats d'actions entre sociétés. Il requérait l'intervention de l'*Attorney General of Law* pour réguler les opérations de croissance externe transétatiques et la publication des activités stratégiques des entreprises à un organe fédéral *ad hoc*. Le second d'ordre comportemental se fondait sur une extension des règles de *Common law*. Suivant un tropisme conservateur, le *Sherman Act* de 1890 opta pour ce second modèle. La foi dans les propriétés autorégulatrices du marché et le développement d'un droit des sociétés local avaient annihilé les capacités d'intervention de l'État fédéral en matière de surveillance des entreprises. Tant la Cour suprême que le Congrès n'étaient disposés à appréhender les monopoles sous l'angle de leurs structures. L'impossibilité de contenir les concentrations par le *Sherman Act* accusé d'avoir si ce n'est généré, au moins dynamisé ce mouvement, appelaient une transformation originale des pratiques politiques en matière d'antitrust, vers une réorganisation de ses modalités de contrôle.



## **TITRE 2- LES TRANSFORMATIONS DES MODALITÉS DE CONTRÔLE**

**Introduction.** Par conservatisme plus que par attentisme, les pouvoirs publics américains s'étaient tournés lors de l'élaboration de la première loi antitrust vers le mode traditionnel de régulation sociale que constitue la responsabilité civile et pénale<sup>813</sup>. Les actions judiciaires servaient de courroies de transmission des affaires vers l'instance judiciaire, dont la tâche était de « modeler »<sup>814</sup> la loi afin que celle-ci s'accommode aux circonstances particulières de l'espèce et soit en parfaite adéquation avec la réalité. Malgré la « plasticité » des dispositions de la loi Sherman, la Cour suprême des États-Unis ne s'était pas saisie de la problématique des effets des concentrations économiques sur la concurrence. Le caractère intrinsèquement « polycentrique »<sup>815</sup> de ces questions soulignait les limites des capacités techniques des juges<sup>816</sup>, précédant toute considération quant au caractère éventuellement idéologique du prononcé de leurs décisions. L'interprétation du *Sherman Act*, n'avait pas permis, selon le professeur Spencer Weber Waller<sup>817</sup>, la production d'une jurisprudence en cohérence avec les buts politiques de la loi et en concordance avec les attentes sociales que celle-ci avait initiées. Au contraire, s'agissant des concentrations, sa portée en avait été affectée, décourageant toutes poursuites publiques sur ce fondement<sup>818</sup>. L'approche adoptée par la Cour suprême a pourtant entraîné l'évolution du champ d'application du droit de la concurrence et corrélativement une modification de la nature du contrôle de l'autorité fédérale et de ses structures institutionnelles à travers de trois lois majeures : le *Federal Trade Commission Act*<sup>819</sup> suivi du *Clayton Antitrust Act*<sup>820</sup> de 1914 et le *Hart Schott Rodino Antitrust Improvements Act* de 1976.

---

<sup>813</sup> Cf. J. CARBONNIER, *Droit civil*, Presses Universitaires de France, Coll. Quadrige, Vol. 1, Ed. 2004, p. 37 et s. Pour une étude de la règle de droit comme mode de régulation sociale voir plus généralement, F. CHAZEL, J. COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, Coll. « Droit et société », 1991.

<sup>814</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil*, Presses Universitaires de France, Coll. Quadrige, Vol. 1, Ed. 2004, p. 41.

<sup>815</sup> L.L. FULLER, Adjudication and the Rule of Law, *American Society of International Law Proceedings*, Vol. 54, First Session (1960), p.3 ; L.L. FULLER, The Forms and Limits of Adjudication, *Harvard Law Review*, Vol. 92, No.2, (Dec. 1978), p. 394. La problématique au cœur du contrôle des concentrations qui vise à déterminer les effets des fusions-acquisitions sur le marché est par essence polycentrique. Il s'établit sur la base d'une analyse multitechnique mettant en jeu dans la plupart des cas, des valeurs dissociées rendant difficile l'établissement de règles claires par les cours.

<sup>816</sup> En comparaison avec la règle de la prohibition *per se*. Voir, F. SOUTY, *Politique de la concurrence aux États-Unis*, P.U.F., Coll. Que-sais-je ?, 1998, p. 15.

<sup>817</sup> W.L. REYNOLDS, S. WEBER WALLER, Legal Process and the Past of Antitrust, *SMU Law Review*, N° 48, 1995, p. 1811 et s. ; S. WEBER WALLER, Prosecution by Regulation : The Changing Nature of Antitrust Enforcement, *Oregon Law Review*, Vol. 77, 1998, p. 1417 et s.

<sup>818</sup> E. T. SULLIVAN, The Antitrust Division as a Regulatory Agency : An Enforcement Policy in Transition, *Washington University Law Quarterly*, Vol. 64, N° 4, 1986, p. 1005.

<sup>819</sup> *Federal Antitrust Act*, 26 septembre 1914 modifié, Mar. 21, 1938, ch. 49, § 1, 52 Stat. 111; 1950 Reorg. Plan No. 8, § 3, eff. May 24, 1950, 15 F.R. 3175,64 Stat. 1265.), ch. 311, § 1, 38 Stat. 717. Codifié au Titre 15 U.S. Code § 41.

<sup>820</sup> *An Act To Supplement Existing Laws Against Unlawful Restraints and Monopolies And For Other Purposes*, dit *Clayton Antitrust Act*, 08 octobre 1914, Pub.L. 63–212, 38 Stat. 730 modifié Pub. L. 94–435, title

La section 7 du *Clayton Act* visait pour la première fois de manière directe et explicite les fusions comme pouvant être interdites dans le cas où elles auraient pour effet « *substantially to lessen competition or to restrain trade between the corporations, or tend to create a monopoly* »<sup>821</sup>. Première étape d'un mouvement global vers une expansion du territoire d'intervention de l'État fédéral sur les opérations du marché. Le *Clayton Act* ne sera toutefois parachevé qu'en 1976 par le *Hart Scott Rodino Antitrust Improvements Act* qui guérira la loi de la « maladie infantile » qui paralysait son effectivité. Le HSR Act allait en effet, clore soixante-deux années d'un jeu de dupe entre les autorités de concurrence et les entreprises, où les « *midnight deals* »<sup>822</sup> précédaient des contentieux sans fin<sup>823</sup>. Car si la FTC et le DOJ s'étaient vus attribuer la compétence d'appliquer le *Clayton Act* jusqu'à l'avènement du contrôle *a priori*, leurs pouvoirs et leurs ressources matérielles n'avaient pas été mis en coïncidence avec les enjeux attachés à leur fonction. Seul le changement procédural vers le contrôle *ex ante* transformera de manière substantielle la nature du rôle de ces agences fédérales et leurs relations avec le marché.

À cet égard, l'impulsion vers un système de type réglementaire a semblé s'établir à travers la création de la FTC et par le développement précurseur du *Bureau of Corporations* au sein du *Department of Commerce and Labor* créé par Théodore Roosevelt le 14 février 1903, qui sera par la suite absorbé par la FTC.

Comment expliquer cependant, du point de vue de l'efficacité, l'attribution à deux agences distinctes la compétence de contrôler les concentrations ? Et surtout le maintien dans le temps de cette double compétence ?

Si la matrice historique peut expliquer cette impulsion initiale jamais remise en cause, la conception implicite d'une réticence à remettre entre les mains d'un seul corps la fonction de contrôler l'exercice d'une liberté constitutionnelle semble s'imposer. Dans ce cadre, la méthode utilisée par le courant de *l'Institutionnalisme historique*<sup>824</sup> pour qui « *toute institution*

---

III, § 305(b), Sept. 30, 1976, 90 Stat. 1397; Pub. L. 107-273, div. C, title IV, § 14102(c)(2)(A), Nov. 2, 2002, 116 Stat. 1921), codifié au Titre 15 U.S.C. §§ 12-27, 29 U.S.C. §§ 52-53.

<sup>821</sup> La loi visait dans un premier temps les « *stocks* » acquis au sein d'une autre société, le champ de la loi sera étendu par le *Celler-Kefauver Act*, du 29 décembre 1950, « *the acquisition of the whole or any part of the assets of another corporation when the effect of the acquisition may substantially lessen competition or tend to create a monopoly* ». *Celler-Kefauver Anti-Merger Act*, at 1127, disponible en ligne, <https://fraser.stlouisfed.org/title/5841>.

<sup>822</sup> W. J. BAER, *Reflections on 20 Years of Merger Enforcement under the Hart-Scott-Rodino Act*, FTC Public Statement, 31 octobre 1996.

<sup>823</sup> L'affaire *El Paso Gas Co.* 1964- 1981. 17 ans de procédure contentieuse, réputée élément déclencheur du contrôle *a priori*. Voir *infra*.

<sup>824</sup> Selon, D. Béland et F. Vergnolle de Chantal, *l'institutionnalisme historique* « (...) adopte une perspective comparative et historique sur les institutions et les politiques publiques. Montre la contingence des choix effectués et de reconstituer les perceptions des acteurs à un moment et à un endroit donné ». BÉLAND D.,



*résulte prioritairement de la sédimentation d'une série de choix antérieurs* »<sup>825</sup>, permet de comprendre ce qui apparaît comme un immobilisme. Toute tentative d'objectivisation de l'efficacité du système de contrôle des concentrations rompt alors face à la complexité du réel.

Sans épuiser l'état des questions que pose l'agencement des formes structurelles de contrôle, s'interroger sur la persistance des motifs anciens vient à questionner les raisons de l'avenir du dualisme institutionnel en droit des concentrations. Devant l'inefficacité des mécanismes primaires d'intervention, la création d'un organe administratif spécialisé en matière de concurrences s'imposera au corps politique, suivant cependant, une logique cumulative où les prérogatives des institutions antérieures sont malgré tout maintenues (**Chapitre 1 —La création du dualisme institutionnel**). La naissance de la FTC a mené toutefois à un mouvement d'internalisation progressif du contrôle des opérations de concentrations en ce qu'il convient d'appeler « un contrôle *ex ante* imparfait » jusqu'au vote de la loi Hart Scott Rodino en 1976 aux États-Unis. (**Chapitre 2 —L'émergence d'un contrôle administratif bicéphale**). Le contrôle *a priori* des concentrations européen (**Chapitre 3 – Le modèle européen**).

---

VERGNIOLLE DE CHANTAL F., L'État en Amérique. Entre invisibilité politique et fragmentation institutionnelle, Revue française de science politique, n° 2, Vol.64, 2014, p ;192-205.

<sup>825</sup>

# Chapitre 1. La création du dualisme institutionnel

**Le dualisme institutionnel.** La présence de deux autorités de contrôle des concentrations aux États-Unis a souvent été qualifiée « *d'accident historique* »<sup>826</sup>. Cette « incongruité » selon l'*Antitrust Modernization Commission*, ne pourrait plus se reproduire de nos jours « *a single agency generally would be a superior institutional structure* »<sup>827</sup>. Pérennisé en droit des concentrations, ce système « *inelegant, redundant, and often problematic* »<sup>828</sup>, si éloigné du modèle moniste européen<sup>829</sup> dans sa conception autant que dans son fonctionnement, interroge.

Quelles sont les raisons d'une telle attribution par le Congrès ? Pourquoi le législateur a-t-il confié à deux reprises, la première fois en 1914<sup>830</sup> et la seconde en 1976<sup>831</sup>, à deux autorités publiques concurrentes la compétence de contrôler les concentrations ? Quelle finalité poursuivait-il en déléguant cette mission en sus d'une commission d'experts indépendants, à une simple autorité de poursuite ?

---

<sup>826</sup> J.T. ROSCH, *Rewriting History : Antitrust Not As We Know It..Yet*, ABA Antitrust Section 2010, Spring Meeting Washington D.C., April 23, 2010. [Disponible en ligne] : <https://www.ftc.gov> ; N. CHUBB, *Agency Draw : How Serious Questions in Merger Review Could Lead To Enhanced Merger Enforcement*, *Georges Mason Law Review*, Vol. 18, N° 2, 2011, p. 534.

<sup>827</sup> Antitrust Modernization Commission, *Report and recommendations*, Avril 2007. (AMC Report ci-après).

<sup>828</sup> D. CRANE, *The Institutional Structure of Antitrust Law*, Oxford University Press, 2011p. 28 ; Voir aussi, D.D. SOKOL, *Antitrust, Institutions, and Merger Control*, *George Mason Law Review*, Vol. 17, No. 4, p.1080.

<sup>829</sup> Le dépôt des notifications de concentration s'effectue auprès de la *Direction générale de la concurrence*. Nous reviendrons de manière détaillée sur son organisation dans la deuxième partie de la présente thèse.

<sup>830</sup> Aux termes de la Section 11 du Clayton Act, « Whenever the Commission, Board, or Secretary vested with jurisdiction thereof shall have reason to believe that any person is violating or has violated any of the provisions of sections two, three, seven, and eight of these titles, it shall issue and serves upon such person and the Attorney General a complaint stating its charges in that respect, and containing a notice of a hearing upon a day and at a place therein fixed at least thirty days after the service of said complaint ». Tandis que sa Section 15 « that the several district courts of the United States are hereby invested with jurisdiction to prevent and restrain violations of this Act, and it shall be the duty of the several district attorneys of the United States in their respective districts, under the direction of the Attorney General, to institute proceedings in equity to prevent and restrain such violations ». 38 U.S. Stat. At L. 730-740 (1914).

<sup>831</sup> Le *HSR Antitrust Act* (Pub. L. 95-435, 90 Stat. 1390), qui introduit le contrôle *a priori* des concentrations ne revient pas sur les compétences partagées par la FTC et le DOJ issues des Sections 11 et 15 du Clayton Act, 15 U.S. Code § 18.

Ce « *design institutionnel* »<sup>832</sup> est d'autant plus étonnant que sous l'influence positiviste les États-Unis ont très tôt accordé une place importante aux méthodes scientifiques dans leur organisation administrative<sup>833</sup>. La question de l'efficacité a rapidement irrigué le champ de la recherche académique américaine en portant son attention tant sur les structures institutionnelles que sur la gestion publique, en valorisant de manière constante « *la neutralité* » et « *la rationalité* », « *les procédures rigoureuses et standardisées* »<sup>834</sup>. Or, le mode d'organisation du contrôle *a priori* des concentrations se heurte à cette volonté apparente d'établir une administration rationnelle.

Le dualisme a pourtant souvent été remis en cause, avec comme projet récurrent l'absorption des compétences de la division antitrust de la FTC au profit du *Department of Justice*<sup>835</sup> qui constitue une branche à part entière de l'Exécutif fédéral. Les critiques à l'égard de la FTC sont apparues dès les premières années de son existence<sup>836</sup>, atteignant un paroxysme au cours des années 1980<sup>837</sup> et se poursuivirent par vagues, jusqu'au début des an-

---

<sup>832</sup>Selon D. Crane, l'*institutional design* suggère une construction consciente d'un édifice institutionnel. L'on peut se poser la question de l'intention des rédacteurs de la loi Clayton. Cf. D.A. CRANE, *The Institutions of Antitrust Enforcement*, Oxford University Press, 2011, p. xiii ; M. C. STEPHENSON, Optimal Political Control of Bureaucracy, *Mich. L. Rev.*, octobre 2008, vol. 107, p. 66.

<sup>833</sup> La première initiative de ce type a été incarnée dans le *New York Bureau for Municipal Research* créé en 1912, chargé d'appliquer des solutions scientifiques inspirées des méthodes de Frederick Taylor, aux organisations publiques. Il fut la première organisation à utiliser des indicateurs de performances et des outils de références pour mesurer l'efficacité de l'administration. Cf. G.B. HOPKINS, The New York Bureau of Municipal Research, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 41, Efficiency in City Government, May 1912, pp. 235-244 ; J.S. DAHLBERG, *The New York Bureau of Municipal Research, Pioneer in Government Administration*, New York University Press, 1966.

<sup>834</sup> P. BEZES, F. PIERRU, État, administration et politiques publiques : les dé-liaisons dangereuses, la France au miroir des sciences sociales nord-américaines, *Presses de Sciences-Politique*, 2012/2, N° 2, p.52. Voir aussi, P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Ed. du Seuil, Coll. Point, 2008, p.124.

<sup>835</sup> Selon W. E. Kovacic, la question de la suppression de la FTC s'est posée à chaque élection présidentielle. De l'arrivée à la présidence de Ronald Reagan en 1981, sur les recommandations de l'*Office of Management Budget*, à la réélection de Bill Clinton en 1996. Cf. W.E. KOVACIC, Downsizing Antitrust : Is It time to End Dual Federal Enforcement ?, *Antitrust Bulletin*, Fall 1996, Note 4, p. 507. Voir particulièrement le rapport de l'*American Bar Association* (ABA ci-après) publié en 1989. Report of the American Bar Association Section of Antitrust Law, Special Committee to Study the Role of the Federal Trade Commission, 58 *Antitrust L.J.*, 43, 1989. La Commission de modernisation de l'Antitrust (Antitrust Modernization Commission) de 2007 préconise dans ses conclusions, le maintien du dualisme institutionnel, p. 132.

<sup>836</sup> Voir à titre liminaire, D.M. KEEZER, The Effectiveness of the Federal Antitrust Laws : A Symposium, *The American Economic Review*, Vol. 39, No. 3 (Jun., 1949), pp. 689-724 ; Statement by Everette MacIntyre, Commissioner Federal Trade Commission Before A Meeting Of the District of Columbia Bar Association, May 8, 1962 On the Administrative Court Proposal ; R.A. POSNER, The Federal Trade Commission, *University of Chicago Law Review*, Vol. 47, N° 37, 1969-1970, pp. 47-89 ; R.A. POSNER, A Dissenting View : Do We Really Need An FTC ?, *Antitrust Law & Economic Review*, Vol. 65, N°3, pp.65-98 ; P. H. LARUE, FTC Expertise : A Legend Examined, *Antitrust Bulletin*, Vol. 16, No. 1, 1971, p.1-31 ; R. A. SKITOL, 1969 : The FTC's Mid-Life Crisis and Near-death Experience, *Antitrust*, N° 29, Fall 2014, pp.23-26.

<sup>837</sup> En particulier, l'absence de cohérence, de qualité et de communication claire et des *Chairmen* de la FTC. Par exemple, le *Statement on horizontal merger* de 1982 tranchait avec la précision et la clarté des *merger guidelines* publié par le DOJ à la même période. Cf. Report of the American Bar Association Section of Antitrust

nées 2000<sup>838</sup>, révélant un mouvement inverse à celui que connurent les États d'Europe à la même époque poussés à abandonner sous l'égide de la Communauté européenne (CE ci-après), leurs prérogatives aux bénéficiaires d'autorités indépendantes de concurrence<sup>839</sup>.

**Apparition des agences de régulation fédérale.** Alors que les États européens se sont formés autour de pouvoirs administratifs forts et organisés, l'Amérique a vu se développer très tôt des agences indépendantes. Il s'agissait de pallier les faiblesses de l'État fédéral et l'inefficacité d'un modèle centré sur l'action judiciaire (*adjudicatory model*). Le début du XIXe siècle avait connu le mouvement précurseur des « *Mugwumps* » qui cherchaient par le développement de l'expertise d'une administration vertueuse à augmenter l'efficacité des entreprises privées<sup>840</sup>. Le XXe siècle s'enthousiasmait pour « l'État administratif »<sup>841</sup>. L'administration fédérale étend alors son pouvoir grâce aux apports techniques des experts. Cette « inflation » administrative qui s'exprima par le développement des autorités indépendantes<sup>842</sup> dont le caractère hybride (possédant à la fois des fonctions normatives et « *d'adjudication* ») finit par rencontrer des oppositions qui subsistent encore aujourd'hui<sup>843</sup>.

---

Law Special Committee to Study the Role of the Federal Trade Commission, *Antitrust Law Journal*, Vol. 58, N° 43, 1989, pp. 113-119 ; E. GELLHORN, C.A. JAMES, R. POGUE, J. SIMS, Has Antitrust Outgrown Dual Enforcement ? A Proposal for Rationalization, *The Antitrust Bulletin*, Fall 1990, p.729.

<sup>838</sup> En 1980, le *FTC Improvement Act* (Pub. Law. 96-252, 94 Stat. 374 (1980), soustrait de la compétence de la FTC un grand nombre d'industries. L'autorité indépendante subit une épreuve de dénigrement national auquel même le *Washington Post* prend part. Cf. *The FTC as a National Nanny*, *Washington Post*, Mar. 1, 1978 at A22. Le fameux ouvrage de Thomas C. MCCRAW, *Prophets of Regulation*, publié en 1984 énonce les défauts réels ou supposés que son temps attribuait à l'institution : « *Troubled in infancy, awkward in adolescence, clumsy in adulthood, the agency never found a coherent mission for itself. (...) By common agreement of modern scholars, the FTC has been a singularly unsuccessful agency during most of the seventy-odd years since its creation* ». MCCRAW, *Prophets of Regulation*, Harvard University Press, 1984, p.81. En réalité plusieurs rapports congressionnels étaient venus critiquer la FTC. D'abord en 1949, le « *Hoover Commission Report* » qui relevait les déficiences de la FTC (*Comm. On Independent Regulatory Comm'ns, Report Prepared for the U.S. Comm'n on Organization of the Executive Branch of the Government*, 122-125), puis le « *Nader Report* » en 1969, de l'*American Bar Association* (ABA ci-après), où Ralph Nader qualifiait la FTC de « *a self-parody of bureaucracy* » (Cf. *Commission to study the FTC*, American Bar Association, Report of the Commission to study the Federal Trade Commission, 15. Sep. 1969), mais aussi celui du 7 avril 1989, sur le rôle de la FTC, *Report of the American Bar Association Section Of Antitrust Law Special Committee to Study the Role of the Federal Trade Commission*, 7 avril 1989. Voir, pour comparaison, Report of the American Bar Association Section of Antitrust Law, *Task Force on the Antitrust division of the U.S. Department of Justice*, 1989. R.A. POSNER, A Dissenting View: Do We Really Need an FTC, *Antitrust Law & Economics Review*, Vol. 3, p. 65, 1970

<sup>839</sup> Le parallèle a toutefois ses limites car les administrations « ordinaires » (Espagne jusqu'en 2007, Portugal jusqu'en 2003), chargées dans certains États européens des tâches de surveillance ou de régulation, comme la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF ci-après) en France (jusqu'en 2008), détenaient le pouvoir d'interdire une concentration à la différence du *Department of Justice*. Le DOJ, bien qu'intégré à l'appareil administratif fédéral, n'a en aucun cas cette capacité.

<sup>840</sup> D.M. TUCKER, *Mugwumps, Public Moralists of the Gilded Age*, University of Missouri Press, 1998.

<sup>841</sup> E. ZOLLER, Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie, *RFDA*, 2004, Note 5, p. 757.

<sup>842</sup> L'Interstate Commerce Commission en 1887, la FTC en 1914, puis durant la période du New Deal, la Federal Communication Commission, la Securities and Exchanges Commission, en 1934. La National Labor Relations Board et la Bituminous Coal Commission en 1936. Et enfin, la Federal Maritime Commission en

**Critiques.** Créée pour se soustraire à l'administration existante, la FTC serait devenue elle-même une administration soumise aux influences politiques. À cette défaillance s'ajouterait une incompatibilité de ses fonctions avec le principe de séparation des pouvoirs. Il ne faut en effet pas ignorer qu'une agence indépendante réduit le champ d'influence de « l'administratif-exécutif » et excite les rapports de forces entre les branches. En effet, chacun des pouvoirs veille au regard de la Constitution et aux *checks and balances*, à limiter le champ des pouvoirs vécus comme concurrents. Il existe donc une suspicion endogène envers les autorités indépendantes liée au fédéralisme et à la problématique de la représentation à l'origine des États-Unis<sup>844</sup>.

Le concept de « *path dependency* »<sup>845</sup> dégagé par le courant de sciences politiques de l'institutionnalisme historique qui forme un lien conceptuel entre le passé et le présent peut expliquer l'inertie de la conception institutionnelle américaine<sup>846</sup>. Le passage du temps selon une « logique cumulative » accroîtrait les coûts d'une réformation. La précocité<sup>847</sup> du système américain de concurrence sur les systèmes contemporains, sa construction à tous égards expérimentale, peut justifier que cet « accident » ne se soit pas produit ailleurs qu'aux États-Unis<sup>848</sup>, mais aussi qu'il ait perduré dans le temps.

La FTC tient sa genèse dans la création en 1903 du *Bureau of Corporations* par Theodore Roosevelt, qui tenta d'imposer au début du XXe siècle, un pouvoir exécutif fort. Détournant l'organisme de sa fonction, il entreprit d'instaurer un contrôle des contrats et accords

---

1936. Cf. E. ZOLLER, Droit et régulation, Travaux des séances ordinaires sur le thème de « Regard sur le droit » sous la présidence de François TERRÉ, Académie des Sciences Morales et Politiques, 2008, [disponible en ligne] <http://www.asmp.fr/travaux/communications/2008/zoller.htm>.

<sup>843</sup> Voir notamment, R.A. POSNER, The Federal Trade Commission, *University of Chicago Law Review*, N° 47, 1969-1970.

<sup>844</sup> Cf., E. ZOLLER, Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie, *RFDA*, 2004, p. 757.

<sup>845</sup> P. PIERSON, Increasing Returns, Path Dependence and the Study of Politics, *American Political Science Review*, Vol. 94, N° 2, Juin 2000, p. 251-267.

<sup>846</sup> Le professeur P. Pierson, explique que la théorie du « *chemin de dépendance* » s'inspire des concepts économiques des « *rendements croissants* » (*increasing returns*). Le coût politique, économique ou social d'une décision s'accroît avec le temps, rendant toute réforme plus coûteuse que le maintien d'un *statu quo*. Il devient dès lors extrêmement difficile de voir évoluer les institutions, même si les conditions originelles ayant mené à la décision n'existent plus. P. PIERSON, *Politics in Time. History, Institutions, and Social Analysis*, Princeton University Press, 2004.

<sup>847</sup> 1889 au Canada, 1890 aux États-Unis.

<sup>848</sup> Seuls les États-Unis, le Brésil, la Chine et l'Afrique du Sud possèdent de multiples autorités de concurrence. À notre connaissance les États-Unis restent l'unique État à maintenir un contrôle des concentrations bicéphale.

entre entreprises avant qu'ils ne produisent d'effets sur la concurrence (**Section 1 — La recherche d'une dialectique réglementaire**). N'était-ce pas là, une résurgence du pouvoir monarchique colonial anglais ? Plaçant l'autorité publique dans la position abhorrée d'un créateur de monopoles ? Instigateur des *Clayton Act* et *Federal Trade Commission Act*, le Président Woodrow Wilson, a nourri au contraire, une méfiance accrue à l'égard des commissions d'experts, déterminant l'existence puis la pérennisation du dualisme institutionnel en matière de contrôle des concentrations (**Section 2 — La fragmentation des mécanismes de contrôle**).

### *Section I. La recherche d'une dialectique réglementaire*

**L'impulsion progressiste.** L'entrée dans le XX<sup>e</sup> siècle présenta pour beaucoup d'Américains l'espoir après la dépression des années 1890<sup>849</sup>, d'une modernisation des institutions et d'une réformation de la société<sup>850</sup>. Elle marque pour les historiens l'éclosion à la vie politique d'un mouvement jusque-là sous-jacent, le progressisme<sup>851</sup>.

Difficilement identifiable en raison de son caractère diffus, le progressisme rassemble une multitude de courants de pensée unie par/dans la croyance commune d'un progrès éco-

---

<sup>849</sup> Les États-Unis connurent de 1890 à 1897 une dépression économique sévère à la suite d'une panique bancaire provoquée par les faillites de la *Philadelphia et Reading Railroad*, et de la *National Cordage Company* le 4 mai 1893. Les réserves d'or du Trésor américain n'avaient pas supporté le retrait massif des dépôts effectués auprès des banques de New York, entraînant l'assèchement des liquidités sur les marchés financiers. Le manque de confiance des entreprises dans leurs capacités futures mit fin aux échanges et de nombreuses compagnies de chemins de fer dont la valeur avait été surévaluée firent faillite à leur tour. Plusieurs millions d'Américains se trouvèrent sans emploi, sans que les mesures prises par le Président Cleveland ne pallient la crise ; G.T. WHITE, *The United States and the Problems of Recovery After 1893*, University of Alabama Press, 1982.

<sup>850</sup> L'urbanisation de la société et l'immigration de « masse » joint à une conscience accrue des phénomènes de corruption ont été autant de facteurs déclencheurs de la critique progressiste).

<sup>851</sup> De nombreux historiens situent le commencement de l'ère progressiste à partir de 1890 sans toutefois s'entendre sur la fin de ce mouvement, qui survient selon les auteurs, entre le milieu de la 1<sup>ère</sup> guerre mondiale et l'entre-deux-guerres (J.W. CHAMBERS, *The Tyranny of Change. America in the Progressive Era, 1890-1920*, Rutgers University Press, 2d Ed. 2000 ; M. SKLAR, *The Corporate Reconstruction of American Capitalism, 1890-1916* ; La chronologie établit par J.D. BUENKER et E.R. KANTOWICZ dans leurs *Historical Dictionary of the Progressive Era*, fait coïncider la fin de l'ère progressiste avec l'établissement de la *League of Women Voters* en 1920, Cf. J.D. BUENKER et E.R. KANTOWICZ, *Historical Dictionary of the Progressive Era, 1890-1920*, Greenwood Press, NY, 1988. Plus généralement voir, R. HOFSTADTER, *The Progressive Movement. 1900-1915*, Simon & Schuster, Ed. 1986, p.185 ; S. S. SKOWRONEK, S. M. ENGEL, B. ACKERMAN, *The Progressives' Century, Political Reform, Constitutional Government, and the Modern American State*, Yale University Press, 2016..

nomique et social<sup>852</sup>. Il constitue avant tout une réaction à la rapide industrialisation des États-Unis et au détournement par les puissances économiques privées de « l'intérêt public », dénoncées notamment, par le journalisme d'investigation, les fameux « *muckrakers* ». Déjà, la colère des associations de fermiers du *Midwest* avait provoqué de manière inédite l'intervention de l'État fédéral en 1887, en créant une autorité de régulation l'*Interstate Commerce Commission* (ICC ci-après), afin de maintenir l'équilibre concurrentiel au sein du marché national du rail et ainsi obvier aux pratiques discriminatoires et aux pouvoirs monopolistiques des compagnies ferroviaires<sup>853</sup>. Les monopoles demeuraient dans l'opinion une préoccupation forte<sup>854</sup> dont l'administration du Président McKinley s'était pourtant détournée après la crise de *Cuba* et la guerre avec l'Espagne qui suivit. Lors de la Conférence nationale sur les ententes et sur les trusts, organisée en 1899 à Chicago par la *Chicago Civic Federation*<sup>855</sup>, de nombreux membres de la société civile et politique commençaient à plaider pour un contrôle par l'État fédéral des *mégas-entreprises*.

Contrairement aux populistes cependant, l'approche des « progressistes » consistait à vouloir réguler les excès du marché et non intervenir par la force<sup>856</sup>. Leurs actions visaient strictement des interventions ponctuelles afin de corriger les défauts du marché, non l'entière refonte du système économique américain qu'appelait le mouvement *Grangers*. Les travaux d'une nouvelle classe d'économistes dite « marginaliste » remettaient en cause les dogmes économiques classiques établis, en élargissant de manière considérable la conception de défauts de marché, notamment par l'existence de coûts fixes rendant la concurrence parfaite impossible dans certaines industries. Ainsi, aux États-Unis, Henry Carter Adams ou Richard

---

<sup>852</sup> Voir par exemple, l'ouvrage de l'économiste Henry George qui tente d'identifier les causes des disparités entre les richesses produites et la pauvreté. Cf. H. GEORGE, *Progress and Poverty*, Cosimo Classics, 1<sup>ère</sup> Ed.1879, 2005.

<sup>853</sup> Pour un exposé éclairant de la problématique des monopoles ferroviaires Cf. Le rapport produit en 1886 par le *Committee on Interstate Commerce.*, disponible en ligne: <https://babel.org> ; I.L. SHARFMAN, *The Interstate Commerce Commission. a study in administrative law and procedure*, Vol. 1, Oxford University Press,1931, disponible en ligne : <https://babel.hathitrust.org> ; Pour un récit sur l'épopée du rail, voir, R. E. GALLAMORE, J.R. MEYER, *American Railroads, Decline and Renaissance in the Twentieth Century*, Harvard University Press, 2014.

<sup>854</sup> Voir, R. HOFSTADTER, sur la vision des Américains sur les monopoles et de leur abus, Cf. R. HOFSTADTER, *The Age of Reform*, Vintage Book, 1960, p.215 et s.

<sup>855</sup> Civic Federation of Chicago, Chicago Conference on Trusts : Speeches, Debates, Resolutions, lists of the delegates, committees, etc., September 13th, 14th, 15th, 16th, 1899, The Lakeside Press, Chicago – The Civic Federation of Chicago, 1900., disponible en ligne: <https://archive.org>.

<sup>856</sup> Voir, Federal Regulation in Historical perspective, p. 1220.

T. Ely recommandaient une intervention publique pour résoudre les problèmes sociaux générés par les particularités de certains marchés<sup>857</sup>.

La politique de Theodore Roosevelt va s'insérer dans cet appel collectif au changement en instaurant en dehors de tout cadre juridique, une dialectique empruntée à la régulation économique avec comme incarnation institutionnelle, l'ancêtre de la FTC, le *Bureau of corporations* (§ 1 —La régulation par la coopération). Le parachèvement de sa vision politique en matière d'antitrust devait dans un second temps, mener à la création d'une autorité publique permettant de rendre le dispositif de contrôle administratif fédéral des entreprises opérationnel, projet qui toutefois, n'aboutira pas (§ 2 —Le projet rooseveltien d'une supervision fédérale des entreprises).

### ***§1. La régulation par la coopération***

Les abus des monopoles qui s'étaient constitués à l'issue des vagues de fusions successives à la fin du XIXe siècle appelaient un nouveau régime de politique publique. La coordination des activités économiques ne pouvait plus être abandonnée au marché [ou à l'adjudicatory model], qui correspondait à « l'idéale-type »<sup>858</sup> de régulation politique privilégiée jusque-là. Le premier à exprimer par des actes cette volonté politique nouvelle fut Theodore Roosevelt qui adopta une approche à la fois pragmatique et informelle dans le dialogue avec les entreprises. Concevant son action à travers le concept de « publicité » (A) il choisit pour la mise en œuvre juridique de cette politique une entité administrative nouvelle, attachée au *Department of Commerce and Labor*, le *Bureau of Corporations* (B).

#### **A. La politique antitrust de Theodore Roosevelt**

À son arrivée à la présidence des États-Unis, Théodore Roosevelt a entrepris de réformer le système établi par ses prédécesseurs en matière de concurrence. Sa vision vint cepen-

---

<sup>857</sup> J. WHITECLAY CHAMBERS II, *The tyranny of change: America in the Progressive Era. 1890-1920*, Rutgers University Press; 2nd ed., 2000, p.109.

<sup>858</sup> Selon la typologie de P. Le Galès, *in*, Les métamorphoses de la régulation économique, J. COMMAILLE, B. JOBERT (sous la direction de), L.G.D.J., Coll. Droit et société, 1998, p.203.



dant à souffrir d'une certaine dualité : favoriser l'expansion des grandes entreprises industrielles au bénéfice des États-Unis (2) en maintenant une pression réformatrice forte (1).

### 1. Le réformateur

Le 15 septembre 1901, Theodore Roosevelt succéda au Président William McKinley dans un contexte politique grave. Alors en visite à l'Exposition panaméricaine de Buffalo à New York, McKinley<sup>859</sup> est assassiné par l'anarchiste Leon Czolgosz le 7 septembre 1901. L'arrivée de Roosevelt au pouvoir s'inscrit ainsi dans une période particulière où les idées de « gauche » et « d'extrême gauche » vues aux États-Unis au travers d'un large spectre, sont combattues et instituées en ennemi national<sup>860</sup>. Theodore Roosevelt, membre du parti républicain connu une carrière politique fulgurante. Avant d'être désigné Vice-Président de William McKinley, il fut élu à 23 ans à la chambre basse de l'État de New York dans le 21<sup>e</sup> *district* de Manhattan<sup>861</sup>. Diplômé d'Harvard, Roosevelt était avant tout un homme d'action, tantôt aventurier<sup>862</sup>, tantôt entrepreneur<sup>863</sup>. Battu à l'élection de la mairie de New York en 1887, il réussit néanmoins à siéger au sein de la *Civil Service Commission*<sup>864</sup> où il s'éleva contre la corruption qui s'étendait dans le monde politique<sup>865</sup>. Chef du *Board of the Commissioners* de la police de New York en 1895, puis secrétaire adjoint à la marine de McKinley, il devint gouverneur de l'État de New York en 1898, grâce à la réputation qu'il acquit lors de la guerre contre l'Espagne.

---

<sup>859</sup> 1901-1909. Cf. <https://www.whitehouse.gov/1600/presidents/theodoreroosevelt>

<sup>860</sup> Lors de son premier message annuel devant le Congrès fédéral, Theodore Roosevelt parla de l'assassin de William McKinley en ces termes « *President McKinley was killed by an utterly depraved criminal belonging to that body of criminals who object to all governments, good and bad alike, who are against any form of popular liberty if it is guaranteed by even the most just and liberal laws, and who are as hostile to the upright exponent of a free people's sober will as to the tyrannical and irresponsible despot* ». Voir, <http://www.presidency.ucsb.edu>.

<sup>861</sup> New York Times, Learning Network, « On this Day », <http://www.nytimes.com>.

<sup>862</sup> R. HOFSTADTER, *Bâtisseur d'une tradition*, Economica, Coll. Nouveaux Horizons, 1990, p.288.

<sup>863</sup> *Idem*.

<sup>864</sup> *Ibid*.

<sup>865</sup> Voir, T. ROOSEVELT, *An Autobiography*, The Floating Press, First published in 1913, 2014, pp.75-100, 138-159, 202. Pour une étude historique et une analyse complète du phénomène de la corruption politique aux États-Unis durant l'ère progressive, Cf. R. L. MCCORMICK, *The Discovery that Business Corrupts Politics : A Reappraisal of the Origins of Progressivism*, *The American Historical Review*, Vol. 86, No. 2 (Apr., 1981), pp. 247-274.

Les réformes entreprises en tant que gouverneur avaient heurté la « machine » politique républicaine et ses financiers au point que Roosevelt avait dû sa désignation à la Vice-Présidence du second terme de William McKinley à sa réputation de réformateur<sup>866</sup>.

## 2. Les influences idéologiques

Loin de l'imagerie et la caricature véhiculées par les journaux de son temps qui immortalisèrent Theodore Roosevelt en « *trust buster* »<sup>867</sup> la teneur de sa pensée en matière de concurrence comme son action politique envers les monopoles n'est pas univoque.

Lorsque Roosevelt entra dans ses fonctions de Président des États-Unis en 1901, la législation antitrust était encore récente et il ne semblait pas posséder d'idée arrêtée sur la dangerosité réelle ou supposée de telles entreprises<sup>868</sup>. En tant que gouverneur de l'État de New York<sup>869</sup>, il s'était avisé auprès de responsables républicains de l'opinion à adopter sur ce thème qu'il pressentait comme cardinal lors des prochaines élections<sup>870</sup>. Dans ses lettres à Herman Kohlsaat en 1899, éditeur de *Chicago Times Herald* et proche conseiller du Président McKinley, il se dit alarmé par « *the growth of popular unrest and popular distrust on this question* »<sup>871</sup>. Comme lors de l'élaboration du *Sherman Act*, il était important que les républi-

---

<sup>866</sup> Theodore Roosevelt avait engagé un grand nombre de réformes impopulaires au sein de l'organisation locale du parti Républicain. Il avait notamment soutenu l'introduction d'une taxe sur le rail et sur les autos, améliorer le sort des travailleurs, du système éducatif et de la protection des ressources naturelles et paysagers. Voir, R. HOFSTADTER, *Bâtisseur d'une tradition*, Economica, Coll. Nouveaux Horizons, 1990, p.288-299.

<sup>867</sup> Voir notamment, dans le *New York Evening Journal*, la série de l'artiste Frederick Opper, « Willie and His Papa » qui caricature les élections de 1900, <http://www.theodore-roosevelt.com/trcartoonsprompt.html> ou encore dans le *Chicago Daily News* par L.D. Bradeley, <http://www.theodore-roosevelt.com/toonsbytopicantitrust.html> ; Sur le traitement médiatique de Theodore Roosevelt voir plus largement, M. RENAULT-MONIN, *Théodore Roosevelt, personnage de caricature : les moments clés de la satire politique*, Thèse de doctorat, Université de la Sorbonne-Nouvelle, 27-11-2015, disponible en ligne : <http://www.theses.fr>. La réputation de « trustbuster » résulte du grand nombre de poursuites judiciaires intentées contre les « trusts ». Le *Federal Antitrust Laws* publié par le *Department of Justice*, dénombre quarante-cinq actions en huit ans contre trois sous la présidence de McKinley, en plus de quatre ans. Voir, United States Department of Justice, *The Federal Antitrust Laws, with summary of cases instituted by the United States, and lists of cases decided thereunder*, 1926, p. 72-82.

<sup>868</sup> H.B. THORELLI, *The Federal Antitrust Policy*, George Allen & Urwin, 1954, p. 412-415.

<sup>869</sup> Theodore Roosevelt fut gouverneur de l'État de New York de Janvier 1899 à Janvier 1901.

<sup>870</sup> Ses correspondances personnelles révèlent une forte interrogation à propos des trusts : « *How about trusts ?* » le 7 août 1899, auprès de Herman Kohlsaat, puis le 15 août à Charles Frederick Scott, « *Would you giving me a hint about trusts ?* ». *The Letters of Theodore Roosevelt*, Vol. II, The Years of Preparation 1898-1900, selected and edited by E.E. MORISON, J.M. BLUM, A.D. CHANDLER Jr, Harvard University Press, 1951, p. 1045, 1060.

<sup>871</sup> *Id.* p. 1045. *The Letters of Theodore Roosevelt*, Vol. II, The Years of Preparation 1898-1900, selected and edited by E.E. MORISON, J.M. BLUM, A.D. CHANDLER Jr, Harvard University Press, 1951, p. 1045.

cains se saisissent de ce sujet, afin finalement que « *tout change pour que rien ne change* »<sup>872</sup>. Descendant d'un milieu favorisé, Theodore Roosevelt avait été élevé dans le dépassement de soi et des contraintes que la nature pouvait imposer<sup>873</sup>. Son père Theodore Roosevelt Sr., qui était un homme d'affaires important<sup>874</sup> et estimé pour ses qualités humaines<sup>875</sup> lui avait transmis une certaine idée de l'équité qui l'amenait à penser que « *the rich man is held to the same accountability as the poor men* »<sup>876</sup>.

Cependant, selon William Letwin, Roosevelt comprenait malgré tout, peu de choses à l'économie<sup>877</sup>. Il s'était entouré de professeurs<sup>878</sup> qui partageaient l'idée que le problème des « trusts »<sup>879</sup> ne pouvait se résoudre qu'à travers une politique de transparence des activités des entreprises. À cette fin, ils recommandaient la mise en œuvre de procédures d'enquêtes afin de contraindre les sociétés à plus de droiture<sup>880</sup>. L'expérience de l'*US Industrial Commission*<sup>881</sup> qui avait étudié en profondeur les phénomènes de concentrations en réunissant témoi-

---

<sup>872</sup>La citation exacte de G. TOMASO DI LAMPEDUSA issue de son roman *Le guépard* est « *Si nous voulons que tout continue, il faut que d'abord tout change* », La République des Lettres, Ed. 2016. Theodore Roosevelt ajoute, « *What I fear is, if we do not have some consistent policy to advocate, then the multitudes will follow the crank who advocates an absurd policy, but who does advocate something* ». *The Letters of Theodore Roosevelt*, Vol. II, The Years of Preparation 1898-1900, selected and edited by E.E. MORISON, J.M. BLUM, A.D. CHANDLER Jr, Harvard University Press, 1951, p. 1045.

<sup>873</sup>Theodore Roosevelt était un enfant asthmatique, de constitution physique faible. Marqué par les moqueries, son père l'encouragea à apprendre la boxe et s'adonner à un exercice physique intense. Il décrira ce parcours dans son récit, *The Strenuous Life*, en 1900. Cf. T. ROOSEVELT, *Strenuous Life*, Applewood Books, 1900, Ed. 1970.

<sup>874</sup>Le banquier J-P Morgan reconnaîtra sa grande admiration pour Theodore Roosevelt Sr., mort prématurément d'un cancer des intestins lorsque son fils était encore étudiant à Harvard. Il soutiendra financièrement Theodore Roosevelt tout au long de ses campagnes politiques. Cf. W. KOLASKY, Theodore Roosevelt and William Howard Taft : Marching Toward Armageddon, *Antitrust*, Vol. 25, 2010-2011, p.98.

<sup>875</sup>Voici ce que Theodore Roosevelt écrivait à propos de son père : «My father, Theodore Roosevelt, was the best man I ever knew. He combined strength and courage with gentleness, tenderness, and great unselfishness. He would not tolerate in us children selfishness or cruelty, idleness, cowardice, or untruthfulness. ». Voir: <https://www.nps.gov>.

<sup>876</sup>*The Letters of Theodore Roosevelt*, Vol. II, The Years of Preparation 1898-1900, selected and edited by E.E. MORISON, J.M. BLUM, A.D. CHANDLER Jr, Harvard University Press, 1951, p. 1060.

<sup>877</sup>W. LETWIN, Law and Economic Policy in America. The Evolution of The Sherman Antitrust Act, The University of Chicago Press, p.199.

<sup>878</sup>William Letwin cite à titre liminaire, Arthur Twining Hadley président de Yale, le professeur Jeremiah Jenks de l'Université de Cornell, Erwin Robert Anderson Seligman de l'Université de Columbia, mais aussi Elihu Root et James B. Dill, qui avait supervisé la légalisation des holdings dans le New Jersey. Voir, W. LETWIN, *Law and Economic Policy in America. The Evolution of The Sherman Antitrust Act*, The University of Chicago Press, p.198. Il faut ajouter George Perkins qui aura le rôle majeur d'agent de transmission de J.P Morgan. Cf. W. KOLASKY, Theodore Roosevelt and William Howard Taft : Marching Toward Armageddon, *Antitrust*, Vol. 25, 2010-2011, p.98 et s.

<sup>879</sup>Était désigné communément comme « trust » selon Louis Brandeis « *all kinds of combinations of concerns engaged in the same line business* ». Cité par T. C. MCCRAW, *Prophets of Regulation*, Harvard University Press, 1984, p. 95.

<sup>880</sup>W. LETWIN, Law and Economic Policy in America. The Evolution of The Sherman Antitrust Act, The University of Chicago Press, p.198.

<sup>881</sup>L'United States Industrial Commission est une formation ad hoc, indépendante et apolitique créée sous la présidence de William McKinley par la loi du 18 juin 1898, « *to investigate questions pertaining to immigra-*

gnages et données économiques sous l'expertise du professeur Jenks<sup>882</sup>, nourrit d'autant la réflexion de Theodore Roosevelt.

L'aboutissement de cette réflexion s'incarnera dans son premier « message annuel » devant le Congrès, le 3 décembre 1901<sup>883</sup>. Roosevelt y exprime sa vision du contrôle de la concurrence<sup>884</sup>. Il commence par définir ce qui selon lui est improprement appelé « trusts » comme de « *great industrial combinations* »<sup>885</sup> ayant participé à la prospérité du pays. En accord avec la rhétorique évolutionniste propre à la période, les richesses acquises proviennent non pas du « *governmental action* », mais bien « *to natural causes in the business world* »<sup>886</sup>. Roosevelt dénonce « l'ignorance » et les démagogues qui dressent le peuple contre ces grandes entreprises<sup>887</sup>. Il souligne leurs effets bénéfiques sur l'économie américaine,<sup>888</sup> mais aussi les problèmes qu'elles génèrent. À cet égard, il reconnaît « *that there are real grave evils, one of the chief being overcapitalization* ».

La finesse de Theodore Roosevelt pour ne pas heurter la machine partisane est cependant perceptible. Il met en évidence l'inefficacité de la loi dans ce domaine et avance que seule une action du Gouvernement national permettra aux Américains de se défaire des préjugés qui perdurent contre les grandes entreprises. Theodore Roosevelt argue la « *sincere conviction* » que les « *combination and concentration should be, not prohibited, but super-*

---

*tion, to labor, to agriculture, to manufacturing and to business* » et ainsi, « *to suggest such laws as may be made the basis of uniform legislation by the various States of the Union, in order to harmonize conflicting interests and be equitable to the laborer, the employer, the producer and the consumer* ». Elle était composée de dix-neuf membres répartis ainsi : neuf membres appartenant à la société civile étaient désignés par le Président, cinq membres du Sénat étaient désignés par le Vice-Président et les cinq derniers étaient désignés par le Speaker parmi les membres de la Chambre des Représentants. Les travaux de la commission sur les trusts sont consultables en ligne : <https://archive.org>.

<sup>882</sup> Idem.

<sup>883</sup> *The first annual message to Congress*, disponible en ligne: <http://www.presidency.ucsb.edu>

<sup>884</sup> Toutefois modérée par certains de ses conseillers. Selon William Kolasky, Georges Perkins et Robert Bacon, tous deux associés du banquier J.P Morgan, ont pressé Roosevelt d'adopter un langage plus tempéré envers les trusts, considérant que « *size and business efficiency went hand in hand* ». Dans une lettre écrite à son beau-frère, Theodore Roosevelt reconnaît que ces deux individus à cette occasion « *were arguing like attorneys for a bad case* ». Cf. W. KOLASKY, Theodore Roosevelt and William Howard Taft: Marching Toward Armageddon, *Antitrust*, Vol. 25, 2010-2011, p.98 citant J. STROUSE, *Morgan : American Financier*, Harper Collins, 2000, p. 439.

<sup>885</sup> *The first annual message to Congress*, disponible en ligne: <http://www.presidency.ucsb.edu>

<sup>886</sup> *Ibid. The first annual message to Congress*, disponible en ligne: <http://www.presidency.ucsb.edu>

<sup>887</sup> *The first annual message to Congress*, [disponible en ligne]: <http://www.presidency.ucsb.edu> ; *The Letters of Theodore Roosevelt*, Vol. II, The Years of Preparation 1898-1900, selected and edited by E.E. MORISON, J.M. BLUM, A.D. CHANDLER Jr, Harvard University Press, 1951, p. 1060.

<sup>888</sup> Notamment du point de vue de la concurrence internationale.cf. *The first annual message to Congress*, disponible en ligne: <http://www.presidency.ucsb.edu>

*vised and within reasonable limits controlled* »<sup>889</sup> et pour accomplir cette mission il déclare sans détour « *I believe in a strong executive; I believe in power* »<sup>890</sup>. En raison de l'absence d'uniformité des droits étatiques et leur incapacité à contrôler les actions des entreprises sur la concurrence, cette supervision ne pouvait être que fédérale lorsque ces entreprises agissaient au sein du commerce interétatique.

La méthode devant être utilisée pour empêcher les abus des trusts tout en conservant leurs effets bénéfiques passait par « *knowledge of the facts —publicity* »<sup>891</sup>. En effet, « *the Government should have the right to inspect and examine the workings of the great corporations engaged in interstate commerce* »<sup>892</sup>. Si l'État fédéral avait la compétence d'enquêter et de publier le cas échéant les éléments financiers « extraordinaires » des entreprises, elles cesseraient leurs comportements anticoncurrentiels, en application d'un adage que Theodore Roosevelt avait fait sien : « *speak softly and carry a big stick* »<sup>893</sup>. La tâche de Roosevelt s'étendait en trois temps : enquêter et publier les abus des entreprises, poursuivre et condamner et enfin élaborer un système légal de supervision des entreprises exerçant un commerce interétatique. La mise en œuvre de ce programme devait se réaliser à travers la création du *Bureau of Corporations*.

### **A. L'incarnation institutionnelle d'une supervision de l'Exécutif sur les entreprises : le « *Bureau of Corporations* »**

Le *Bureau of Corporations* matérialise la vision politique originelle de Theodore Roosevelt en matière de concurrence. Présenté initialement comme un outil d'évaluation et d'aide à l'élaboration des politiques publiques (1), il constitua en réalité un véritable instrument d'action de l'exécutif fédéral<sup>894</sup>. Directement intégré à l'administration, il fut détourné de sa fonction comme procédé de régulation (2).

---

<sup>889</sup> *Ibid.*

<sup>890</sup> Theodore Roosevelt to George O. Trevelyan, June 19, 1908, *The Letters of Theodore Roosevelt*, Elting E. Morison Ed., VI, p. 1087.

<sup>891</sup> *Ib.* cf. *The first annual message to Congress*, disponible en ligne: <http://www.presidency.ucsb.edu>

<sup>892</sup> *Ib.* cf. *The first annual message to Congress*, disponible en ligne: <http://www.presidency.ucsb.edu>

<sup>893</sup> Roosevelt a usé de cette expression, qu'il disait tenir d'Afrique de l'Ouest, devant le Congrès pour illustrer sa pensée en matière diplomatique. Elle explique néanmoins plus généralement l'attitude qu'adoptera Roosevelt face aux dirigeants de son parti, comme sa politique envers les monopoles. Cf. « *The Big Stick Policy* », <https://www.britannica.com/event/Big-Stick-policy>.

<sup>894</sup> Un « instrument d'action publique » constitue selon les professeurs Halpern, Lascoumes et Le Galès, « un dispositif à la fois technique et social qui organise des rapports sociaux spécifiques entre la puissance pu-

## 1. La création du Bureau of Corporations

La propension des entreprises à l'expansion, soit par des opérations de croissance externe, soit grâce à une croissance interne, était conçue pour Theodore Roosevelt comme un phénomène naturel et inévitable participant à la prospérité du pays<sup>895</sup>. Le fonctionnement des marchés constituant par essence des situations « fluides » et « complexes »<sup>896</sup>, « la normativité imposée » de l'État<sup>897</sup> se trouvait mise en échec. Aussi pour Roosevelt, seule une autorité capable de distinguer entre les « *good and bad trusts* »<sup>898</sup> était en mesure de répondre aux problématiques de concurrence. Il semble adopter à cet égard, l'approche de la *sunshine regulation*<sup>899</sup>, dégagée par Charles Francis Adams en 1865, concepteur de la commission de régulation des chemins de fer de l'État du Massachusetts, qui avait déjà utilisé la publication de données comme outil de régulation du monopole du rail. Le Bureau des corporations n'était cependant pas porteur à sa création d'une telle ambition (a), son champ d'intervention étant strictement limité à l'édiction de rapports à l'attention du Président (b).

---

blique et ses destinataires en fonction des représentations et des significations dont il est porteur ». Cf. C. HALPERN, P. LASCOUMES, P. LE GALÈS, *L'instrumentalisation de l'action publique. Controverses, résistances, effets*, SciencesPo. Les Presses, 2014, p.13.

<sup>895</sup> Theodore Roosevelt garde avec constance une vision différenciée des *great corporations*. E.M. FOX, L.A. SULLIVAN, *The Good and Bad Trusts Dichotomy : a Short History of Legal Idea, The Antitrust Impulse. An Economic Historical, and Legal Analysis*, T. KOVALEFF (sous la direction de), Vol.1, Routledge, Ed. 2016 ; « *The evils are real and some of them are menacing, but they are the outgrowth, not of misery or decadence, but of prosperity--of the progress of our gigantic industrial development. This industrial development must not be checked, but side by side with it should go such progressive regulation as will diminish the evils. We should fail in our duty if we did not try to remedy the evils, but we shall succeed only if we proceed patiently, with practical common sense as well as resolution, separating the good from the bad and holding on to the former while endeavoring to get rid of the latter.* »

Message Annuel devant le Congrès des États-Unis, le 2 décembre 1902. [ Disponible en ligne : ] <http://www.presidency.ucsb.edu>.

<sup>896</sup> T.K. MCCRAW, *Prophets of Regulation*, Belknap Press, Ed 1986, p.45.

<sup>897</sup> Expression de G. Timsit, in, G. TIMSIT, *La Régulation. La notion et le phénomène*, *Revue française d'administration publique*, 2004/1, N° 109, p. 5-11.

<sup>898</sup> « *You must face the fact that only harm will come from a proposition to attack the so-called trusts in a vindictive spirit by measures conceived solely with a desire of hurting them, without regard as to whether or not discrimination should be made between the good and evil in them, and without even any regard as to whether a necessary sequence of the action would be the hurting of other interests.* » At Music Hall, Cincinnati, Ohio, On the Evening of September 20, 1902, in, *Presidential Addresses and State Papers*, February 19, 1902, to May 13, 1903 By Theodore Roosevelt, 1910, Vol. I, p.180-181.

<sup>899</sup> Selon l'expression du professeur McCraw in, T.K. MCCRAW, *Prophets of Regulation*, Belknap Press, Ed 1986.

## a. La création

Le *Bureau of Corporations* a accompagné la création du *Department of Commerce and Labor*, par une loi du 14 février 1903<sup>900</sup>. Subdivision indépendante du *Secretary Cabinet*<sup>901</sup>, le *Bureau of Corporations* était formé de proches de l'Exécutif, choisis à titre personnel pour leurs compétences techniques et leur loyauté politique<sup>902</sup>. La direction du Bureau était attribuée au *Commissioner*<sup>903</sup> nommé par le Président et approuvé par le Sénat, qui était entouré d'un personnel administratif d'appui, le *Clerk to the Commissioner* et le *Chief clerk*, tous deux de formation juridique<sup>904</sup>. La forme institutionnelle du *Bureau of Corporations* et la définition de son champ d'intervention avaient été difficiles à élaborer pour Roosevelt, qui nourrissait à l'origine des doutes sur la constitutionnalité d'un tel organe<sup>905</sup>.

L'idée de connaître les coûts et l'organisation interne des grandes structures industrielles en place n'était toutefois pas nouvelle. La publication des données avait déjà été utilisée dans la régulation du rail pour lutter contre les pratiques discriminatoires<sup>906</sup>, son application aux entreprises nationales était néanmoins beaucoup plus originale<sup>907</sup>. Si un consensus dans l'opinion était apparu en faveur de mesures de transparence, les conceptions quant au degré de révélation des informations pertinentes et de la méthode pour les recueillir différaient au sein même du parti républicain.

---

<sup>900</sup> Sec. 6, Act of Feb. 14, 1903, 32 Stat. 827.

<sup>901</sup> Bureau of Corporations, *Annual Report of the Commissioner of Corporations*, Dec. 21, 1904, Washington Government Printing Office, 1904, p.7. disponible en ligne: <https://babel.hathitrust.org>

<sup>902</sup> Theodore Roosevelt choisit James R. Garfield (1903-1907) comme Commissaire du Bureau des corporations sur le conseil de George Perkins, mais aussi, Z. Lewis Dalby comme *Clerk to the Commissioner* et Warren Choate comme *Chief Clerk*. Ils établirent les méthodes administratives du Bureau jusqu'à son absorption par la FTC en 1914. Cf. M.H. FISHBEIN, Records in the Bureau of Corporations, *The American Archivist*, Vol. 18, No. 2 (April 1955), p.161-162 ; W. KOLASKY, Theodore Roosevelt and William Howard Taft : Marching Toward Armageddon, *Antitrust*, Vol. 25, 2010-2011, p.100.

<sup>903</sup> J.R. Garfield (1904-1906), H. Knox Smith (1907-1911), Luther Conant, Jr. (1912) ; J.E. Davies (1913-1914). L'intégralité des rapports annuels publiés par les commissaires est consultable en ligne : <https://babel.hathitrust.org>.

<sup>904</sup> Bureau of Corporations, *Annual Report of the Commissioner of Corporations*, Dec. 21, 1904, Washington Government Printing Office, 1904, p.7. disponible en ligne: <https://babel.hathitrust.org> ; A.M. JOHNSON, Theodore Roosevelt and the Bureau of Corporations, *The Mississippi Valley Historical Review*, Vol. 45, No. 4 (Mar., 1959), p. 573.

<sup>905</sup> Theodore Roosevelt, *An Autobiography*, New York, 1913, p. 464-465. disponible en ligne: <https://archive.org>.

<sup>906</sup> H.C. ADAMS, What is publicity ?, *The North American Review*, George Harvey Ed., Vol. CLXXV, New York, 1902 ; ZOLLER, Droit et régulation.

<sup>907</sup> La création d'un organe *ad hoc* d'enquête et de surveillance des entreprises a été recommandée dans le rapport préliminaire de l'*Industrial Commission*, créé par le Congrès en 1898 en réponse « *to the general public concern which developed in the late nineties over the rapid growth of industrial consolidations* ». La Commission préconisait des mesures obligatoires de publicité. Cf. U.S. Industrial Commission, I, *Preliminary Report on Trusts and Industrial Combinations*, 1900 disponible en ligne: <https://archive.org>.

Charles E. Littlefield, un républicain réformateur, membre de la Chambre des Représentants, avait introduit lors du dépôt d'un amendement au *Sherman Act*, une obligation de transmission d'informations à l'ICC pour les entreprises exerçant un commerce interétatique<sup>908</sup>. Une non-conformité à cette obligation aurait privé l'entreprise du marché national. Ce dispositif ne coïncidait pas avec la vision de Roosevelt qui souhaitait réserver l'accès de ces informations au pouvoir exécutif et en faire ainsi l'objet de son instrument d'action<sup>909</sup>.

Le projet de loi qui introduisait le *Bureau of Corporations* au sein du *Department of Commerce and Labor*, avait d'abord réduit le Bureau aux simples tâches de récolte d'informations et de publications, sans pouvoir contraindre les témoins à comparaître ou à produire des documents. Sous l'impulsion du Président, un amendement déposé par le Sénateur Knute Nelson allait réorienter la loi vers les visées de Theodore Roosevelt. La recherche et la production des données et informations ne seraient plus publiques, mais allaient être transmises au Président afin qu'il puisse faire des « recommandations » au Congrès sur la réglementation du commerce interétatique<sup>910</sup>. L'usage et la publication de ces données et informations étaient laissés à sa discrétion. Une telle appropriation de ce qui était apparu être le premier véritable dispositif de contrôle public des « trusts » avait hérissé la Chambre des Représentants, qui soulignaient le danger de confier une telle prérogative au Président<sup>911</sup>. L'habileté politique de Roosevelt permit cependant le vote de la loi le 10 février 1903<sup>912</sup>.

---

<sup>908</sup> Charles E. Littlefield proposait d'amender le *Sherman Antitrust Act*, en imposant une nouvelle législation plus sévère en matière de tarifs et de pratiques discriminatoires à l'industrie du chemin de fer. Les entreprises exerçant un commerce interétatique auraient eu l'obligation de transmettre leurs données comptables à l'ICC sous peine de sanction, à charge pour cette dernière de produire un rapport d'information au Congrès chaque année sur ces entreprises. La proposition de Littlefield était considérée par Roosevelt et ses conseillers comme « trop drastique ». Votée devant la Chambre de Représentants le 17 janvier 1903, elle ne reçut pas d'appui politique au Sénat Cf. H.B. THORELLI, p.548 ; House Resolution 17, 57 Cong., 2 Sess. (1903). Voir aussi, la lettre ouverte de Philander Knox, *Attorney General* au Sénateur George Hoar, *Cherman of the Senate Judiciary*, de rejet de la proposition de Littlefield, urgeant le Congrès de réguler les trusts, non de les détruire. Knox to George F. Hoar, January 3, 1903, *Senate Exec. Docs.*, 57 Cong., 2 Sess., No. 73 (Serail 4422), 15-21.

<sup>909</sup> Ce qui permit au professeur Gabriel Kolko d'avancer que Theodore Roosevelt cherchait à protéger en premier lieu par cet écran, les intérêts des grandes entreprises. Cf. G. KOLKO, *The Triumph of Conservatism : A Re-interpretation of American History, 1900-1916*, Free Press, 1977, p. 64-67.

<sup>910</sup> *Cong. Record*, 57 Cong., 2 Sess., 2003 (February 10, 1903).

<sup>911</sup> Le Représentant démocrate William Richardson d'Alabama « He can suppress all data, every scintilla of information. He can hold it secret and stand pat and say and do nothing, and no law can move him. Is that publicity ? ». Le Washington Post souligna que la Bill était « a sop to public opinion, and would neither provide effective publicity nor as a check to the operations of the trusts ». Cf. A.M. JOHNSON, Theodore Roosevelt and the Bureau of Corporations, *The Mississippi Valley Historical Review*, Vol. 45, No. 4 (Mar., 1959), p. 576 ; W. MURPHEY, Theodore Roosevelt and the Bureau of Corporations : Executive-Corporate Cooperation and the Advancement of the Regulatory State, *American Nineteenth Century History*, 2013, p.82.

<sup>912</sup> Selon Arthur M. Johnson, Theodore Roosevelt parvint à manipuler la presse en exploitant la haine de l'opinion contre la *Standard Oil* en attribuant des menaces à John D. Rockefeller Senior, contre six sénateurs. En réalité, un seul télégramme avait été envoyé par John D. Rockefeller Jr., qui entendait protéger ses intérêts. Il est



## b. Le champ d'intervention du Bureau of Corporations

L'acte de création du *Bureau of Corporations* imposait que « *the said Commissioner shall have power and authority to make (...), diligent investigation into the organization, conduct, and management of the business of any corporation, joint stock company or corporate combination engaged in commerce among several States (...) and to gather such information and data as will enable the President of the United States to make recommendations to Congress for the legislation of such commerce and report such data to the President* »<sup>913</sup>.

Il ressortait de ces dispositions selon James R. Garfield que le *Bureau of Corporations* était destiné au service de la branche législative de l'État fédéral, seul compétente en vertu de la Section 8 de l'Article premier de la Constitution des États-Unis, à régler le commerce interétatique. C'est à ce titre que le Congrès a le pouvoir d'obtenir toutes les informations nécessaires à l'élaboration de la loi.

Cependant, cette fonction consultative, qui permettait d'éclairer en théorie le législateur sur l'opportunité d'une mesure visant le commerce national ou international, s'effectuait à travers le *médium* du Président des États-Unis. Ce dernier détenant toute autorité pour décider si la discussion devait rester interne à l'autorité gouvernementale ou au contraire s'extérioriser. Le Congrès ne pouvait saisir de lui-même le Bureau<sup>914</sup> ou exiger la transmission d'informations et de données.

Le champ d'intervention du *Bureau of Corporations* s'étendait au contrôle de toutes les personnes morales engagées dans un commerce interétatique ou international tel que défini par la Cour suprême des États-Unis, à l'exception des *common carrier* et de manière restreinte au secteur des assurances<sup>915</sup>. Cet organe d'inspection effectuait en dehors de tout rôle répressif, des enquêtes sur des entreprises spécifiques ou des rapprochements d'entreprises, collectait et publiait les informations nécessaires, développait une base légale de recherche juridique

---

certain, néanmoins selon cet auteur, que plusieurs représentants de la *Standard Oil* étaient en désaccord avec l'amendement de Nelson. Voir, A.M. JOHNSON, Theodore Roosevelt and the Bureau of Corporations, *The Mississippi Valley Historical Review*, Vol. 45, No. 4 (Mar., 1959), p. 576.

<sup>913</sup> The Department of Commerce and Labor Act, Section 6, 14 February 1903.

<sup>914</sup> La saisine du Bureau of Corporations peut néanmoins s'exercer via le *Secretary of Commerce and Labor*.

<sup>915</sup> A.M. JOHNSON, Theodore Roosevelt and the Bureau of Corporations, *The Mississippi Valley Historical Review*, Vol. 45, No. 4 (Mar., 1959), p. 576

sur l'action du Bureau ainsi que des études économiques et statistiques<sup>916</sup>. L'exercice de ces compétences administratives pouvait être mené grâce aux larges pouvoirs que la loi lui avait accordés en référence à ceux de *l'Interstate Commerce Commission*. Ainsi, ce simple organe consultatif détenait les pouvoirs :

« *to investigate the organization, conduct and management of corporations engaged in interstate commerce; to compel witnesses, and the production of books, papers, and documents for such purpose; to administer oaths; to obtain the aid of the Federal courts in the procuring of such testimony; to require reports from such corporations; to investigate the legal conditions applicable to such corporations, and the legal questions raised thereby; and to report to the President the information so acquired* »<sup>917</sup>.

Le *Bureau of Corporations* pouvait donc dans l'exercice de sa mission, contraindre les entreprises à divulguer les éléments qu'il jugeait nécessaires, sous couvert d'une garantie de confidentialité censée être apportée par l'intervention médiate du Président. Ainsi, pour le commissaire Garfield, les tâches des deux entités ne pouvaient se confondre : l'ICC récoltait les informations aux fins d'application de la loi, alors que le *Bureau of Corporations* avait pour objet principal son élaboration<sup>918</sup>. Le Président Roosevelt ne souscrivit pas longtemps à cette appréciation. Les précieuses informations recueillies connurent une destination autre que l'aide à l'élaboration de la loi.

## ***2. Le détournement fonctionnel***

Intégré à l'administration fédérale, sous le contrôle direct du Président, le *Bureau of Corporations* devint un moyen de contrainte informel de Théodore Roosevelt en direction des entreprises pour la mise en œuvre de sa politique de concurrence.

L'administration d'une activité de surveillance efficace des entreprises sous-entendait la réalisation de plusieurs conditions essentielles. Elle suggérait d'abord un accès à une information suffisante, mais aussi une utilisation adéquate de ces informations. En réunissant entre ses

---

<sup>916</sup> *Idem.*

<sup>917</sup> *Ibid.*

<sup>918</sup> *Ib.*

mais le traitement de ces deux variables, Theodore Roosevelt s'était positionné en arbitre, détenteur d'un pouvoir de sanction informel, menant une politique de « coopération coercitive »<sup>919</sup> grâce à la menace de publication des données compromettantes récoltées par le *Bureau of Corporations*.

L'accès à l'information reposait cependant sur la confiance initiale qui existait entre le Président et les opérateurs économiques. La personnalité de Theodore Roosevelt et certains éléments apparents tels que son appartenance politique au Parti républicain et une rhétorique orientée en faveur des entreprises<sup>920</sup> permettaient de penser qu'auprès de lui ils trouveraient si ce n'est une protection, une médiation. L'absence d'indépendance statutaire du *Bureau of Corporations* garantissait l'entière subordination de cet organe au pouvoir politique présidentiel. La confiance des entreprises reposait au second lieu, sur des considérations juridiques, le *Bureau of Corporations* étant limité par ses missions et enjoint par la loi au respect de n'utiliser les données recueillies que dans le but d'accomplir sa tâche<sup>921</sup>.

Le rôle du *Bureau of Corporations* évolua néanmoins, dès la première affaire qui lui fut confiée. En 1904, le *House Committee on Foreign and Interstate Commerce* saisit le Bureau aux fins d'une enquête sur le « *Beef trust* »<sup>922</sup> suspecté de discriminations sur les tarifs des transports. Formé des six plus grandes sociétés d'emballage de viande, le « trust » fournissait

---

<sup>919</sup>W. MURPHEY, Theodore Roosevelt and the Bureau of Corporations : Executive-Corporate Cooperation and the Advancement of the Regulatory State, *American Nineteenth Century History*, 2013, p.85

<sup>920</sup> Les biographes de Theodore Roosevelt affirment que les positions modérées du Président étaient parfois contraintes par l'aile conservatrice du Parti républicain qui jouissait d'une influence considérable au Sénat. Roosevelt reconnaît dans ses mémoires avoir voulu définir une ligne médiane, soulignant l'importance des consolidations et rapprochements capitalistiques comme un bienfait « *indispensable in the business world* », ne souhaitait pas les laisser hors de tout contrôle. Cf. L.L. GOULD, *Theodore Roosevelt*, Oxford University Press, 2012, p.13 ; H.F. PRINGLE, *Theodore Roosevelt : A Biography*, Mariner Books, Ed. 2003, p. 237 et s. ; G.E. MOWRY, *Theodore Roosevelt and the Progressive Movement*, Hill & Wang Pub, Ed. 2000, p. 34. Voir aussi, T. ROOSEVELT, *An Autobiography*, The Floating Press, First published in 1913, 2014, p. 425.

<sup>921</sup> « *He can not make investigations, or procure or furnish information by means of his compulsory powers, for the purpose of enforcing penal provisions other than those contained in the organic act of the Bureau, nor can he furnish information so procured to private individuals for their personal use. His compulsory investigatory powers are further limited by the rights of privacy of the citizen, which may not be invaded by inquiry except for a definite constitutional and legal object, and only such matters may be investigated as relate to and give information upon the objects of the Bureau and its work.* ». Voir: Report of Commissioner of Corporations, 1903/1904-1913/1914, p.15, disponible en ligne : <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=uc1.b5333454&view=lup&seq=1>.

<sup>922</sup> La saisine du *Bureau of Corporations* n'a pas été directe néanmoins. La Chambre des Représentants interpella le *Secretary of Commerce and Labor*, qui saisit le Bureau. Marc Winerman note que le *Deputy Commissioner of Corporations* Herbert Knox Smith doutait de la légalité de la résolution autorisant la saisine. Cf. M. WINERMAN, WINERMAN M., The Origins of the FTC: Concentration, Cooperation, Control, and Competition, *Antitrust Law Journal*, Vol. 71, 2003 citant G. LEINWAND, *A History of the United States Bureau of Corporations 1903-1914*, Thèse non publiée, New York University, 1962 ; *Report of the Commissioner of Corporation, 1904*, p. 28

60 % du marché de la viande fraîche<sup>923</sup>. Le *House Committee* demandait qu'une étude soit menée sur les marges exercées par le *Beef Trust* et leurs impacts sur le prix final<sup>924</sup>. Antérieurement à cette demande, le trust avait déjà fait l'objet en 1903 d'une injonction par la *Circuit court* de Chicago de mettre fin à une entente décelée<sup>925</sup>. Parallèlement à la saisine du *Bureau of Corporations*, le *Department of Justice* tentait de démontrer que le *Beef Trust* ne respectait pas l'injonction de la Cour<sup>926</sup>.

James Garfield, premier commissaire du *Bureau of Corporations* procéda à plusieurs interrogatoires, assurant les dirigeants des principales compagnies d'emballage de Chicago, du caractère secret de l'enquête. Il était convenu qu'il n'adopterait pas de « *detective methods* » et que l'obligation de divulgation du Bureau était tempérée par son refus « *to permit in any other manner the invasion of private rights* »<sup>927</sup>. La coopération établie fut fructueuse et permit l'ouverture des livres de comptes du trust. Le *Department of Justice* demanda alors que lui soit transmis les informations récoltées par le *Bureau of Corporations*<sup>928</sup>. Roosevelt tarda à accéder à cette demande, attendant que sa réélection soit prononcée. Une fois élu, il ordonna à Garfield, la communication de toutes les données pertinentes et utiles aux poursuites engagées par l'*Attorney General* de Chicago<sup>929</sup>. Preuves qui furent néanmoins frappées d'irrecevabilité devant la Cour<sup>930</sup> sur le fondement du Ve Amendement de la Constitution américaine<sup>931</sup>, ces éléments étant réputés avoir été obtenus par la contrainte. Le Congrès décida alors d'accorder une immunité aux personnes physiques qui « *in obedience to a subpoena, give*

---

<sup>923</sup> W. LETWIN, *Law and Economic Policy in America. The Evolution of The Sherman Antitrust Act*, The University of Chicago Press, p. 241.

<sup>924</sup> A.M. JOHNSON, Theodore Roosevelt and the Bureau of Corporations, *The Mississippi Valley Historical Review*, Vol. 45, No. 4 (Mar., 1959), p. 578.

<sup>925</sup> U.S. v. Swift, 122 Fed. 529 (Apr. 18, 1903).

<sup>926</sup> A.M. JOHNSON, Theodore Roosevelt and the Bureau of Corporations, *The Mississippi Valley Historical Review*, Vol. 45, No. 4 (Mar., 1959), p. 578.

<sup>927</sup> Annual Report of the Bureau of Corporations, cité in, W. MURPHEY, Theodore Roosevelt and the Bureau of Corporations : Executive-Corporate Cooperation and the Advancement of the Regulatory State, *American Nineteenth Century History*, 2013, p. 87.

<sup>928</sup> Le *United States District Attorney of the northern district of Illinois*, requis la transmission de toutes les informations collectées par le Bureau of Corporations à propos du « *Beef Trust* ». Cf. Bureau of Corporations Records, File 3161, National Archives.

<sup>929</sup> A.M. JOHNSON, Theodore Roosevelt and the Bureau of Corporations, *The Mississippi Valley Historical Review*, Vol. 45, No. 4 (Mar., 1959), p. 571, 581.

<sup>930</sup> Cf. *United States v. Armour & Co*, 142 Fed. R. 808.

<sup>931</sup> Le 5<sup>ème</sup> Amendement de la Constitution américaine constitue une protection contre la l'auto incrimination. Il dispose en effet, que « *No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.* ».

*testimony under oath or produce evidence, documentary or otherwise, under oath* »<sup>932</sup>. Dès lors, seules les personnes ayant prêté serment et ayant été assignées par le *Bureau of Corporations* pouvaient prétendre à une exemption de charge fondée sur les preuves rapportées.

Le rapport sur le *Beef Trust* fut rendu public en mars 1905<sup>933</sup>, son caractère trop technocratique et l'omission de certaines informations divulguées par les journalistes *Muckrackers* provoquèrent la déception des commentateurs et de la population<sup>934</sup>. Devenu auxiliaire enquêteur auprès du *Department of Justice* jusqu'en 1914, le *Bureau of Corporations* permit la poursuite et le démantèlement de monopoles en violation avec le *Sherman Antitrust Act*<sup>935</sup>, à l'instar de la *Standard Oil*, dont l'enquête menée par le commissaire Garfield et le rapport publié le 5 avril 1906<sup>936</sup> furent accablants pour la société qui avait résisté aux tentatives de négociations initiées très en amont par Theodore Roosevelt<sup>937</sup>.

Le Président Roosevelt adoptait une attitude pragmatique, préférant la résolution informelle des affaires par des voies discrètes que l'usage de la voie judiciaire nécessairement publique, qui heurtait indifféremment selon lui, de nombreux intérêts économiques légitimes<sup>938</sup>.

---

<sup>932</sup> United States Statutes at Large, XXXIV, Part 1 (1906), 798, J. H. NELSON, *The law relating to the Interstate Commerce Commission, the Sherman Anti-Trust Act, and the Bureau of Corporations*, Banks Law Pub. Co., 1908, p.368, <http://hdl.handle.net>

<sup>933</sup> *Report of the Commissioner of Corporations on the Beef Industry*, March 3, 1905, disponible en ligne: <https://babel.hathitrust.org>.

<sup>934</sup> Le rapport du *Bureau of Corporations* a semblé en partie exonérer le *Beef Trust*, affirmant que les « *big six* » ne détenaient en réalité que 45% du marché de la viande fraîche et écartant toute augmentation des prix fondée sur une collusion entre entreprises. De plus, certains auteurs comme Hans Thorelli et L.L. Gould, affirment que durant la période de coopération entre le « *trust* » et le *Bureau of Corporations*, certaines données sur les prix ont été supprimées par l'entreprise *Swift & Co.*. Pour Gould, « *Mr. Garfield has discovered nothing of the real facts and the real truth about the Beef Trust* ». Cf. THORELLI, p. 428 ; . L.L. GOULD, *Theodore Roosevelt*, Oxford University Press, 2012, p. 214.

<sup>935</sup> Le *Bureau of Corporations* apporta une aide substantielle au *Department of Justice* pour poursuivre la *Standard Oil Company* qui refusa toute coopération avec les autorités publiques. Theodore Roosevelt impulsa la poursuite contre *American Tobacco* en juillet 1907 qui avait tenté de négocier une cession des actions qu'il détenait dans la *British American Tobacco*. Selon Kolasky, Roosevelt aurait refusé de poursuivre son fondateur James Duke sur le versant pénal du *Sherman Act*. Cf. W. KOLASKY, *Theodore Roosevelt and William Howard Taft : Marching Toward Armageddon, Antitrust*, Vol. 25, 2010-2011, p. 101.

<sup>936</sup> *Report of the Commissioner of Corporations on the Transportation of Petroleum*, May 2, 1906, disponible en ligne : <https://babel.hathitrust.org>.

<sup>937</sup> La *Standard Oil* se décida à coopérer au tard, offrant le financement de la campagne présidentielle de Roosevelt ; Voir, W. KOLASKY, *Theodore Roosevelt and William Howard Taft : Marching Toward Armageddon, Antitrust*, Vol. 25, 2010-2011, p.101 ; W. MURPHEY, *Theodore Roosevelt and the Bureau of Corporations : Executive-Corporate Cooperation and the Advancement of the Regulatory State*, American Nineteenth Century History, 2013, p. 92.

<sup>938</sup> M.J SKLAR, *The Corporate Reconstruction of American Capitalism, 1890-1916*, Cambridge University Press, 1988, p. 193.

Il n'hésita pas à protéger face au Congrès les entreprises *US Steel*<sup>939</sup> et *International Harvester*<sup>940</sup> qui avaient coopéré aux investigations.

Ces deux entreprises avaient en effet, attiré l'attention du Sénat par certaines de leurs pratiques et par leurs positions sur leurs marchés respectifs, emportant la saisine du *Bureau of Corporations* en janvier 1905 pour *U.S. Steel* et en décembre 1906 pour *International Harvester*. Les dirigeants de ces entreprises s'étaient cependant rapprochés de Roosevelt, offrant leur entière collaboration aux enquêtes de l'autorité fédérale à condition que les informations ne soient pas transmises au *Department of Justice*<sup>941</sup>. En échange, elles devaient nécessairement mettre fin pour l'avenir à leurs pratiques anticoncurrentielles<sup>942</sup>. Theodore Roosevelt invita l'*Attorney General* Moody à ne poursuivre aucune de ces sociétés, lui assurant de l'absence de preuve d'abus et repoussant les demandes du Congrès qui exigeaient le transfert des informations récoltées<sup>943</sup>.

La création du *Bureau of Corporations* a constitué la première traduction d'une dialectique nouvelle entre l'autorité publique et les entreprises. L'évolution vers un traitement en amont des affaires, dès l'éveil d'une suspicion de pratiques ou d'opérations incompatibles avec la concurrence permettait aux entreprises d'éviter un procès coûteux et présentait l'opportunité de se mettre en conformité avec les normes fédérales. La publicité était donc utilisée comme un levier pour obtenir un engagement significatif des entreprises et la menace d'une application stricte du droit, comme un moyen de sanction économique.

---

<sup>939</sup> *U.S Steel* est né le 25 avril 1901 de la fusion de 115 entreprises spécialisées dans l'extraction, le traitement et le transport de métaux. Il possédait 66% du marché de l'acier. G. KOLKO, *The Triumph of Conservatism : A Re-interpretation of American History, 1900-1916*, Free Press, 1977, p.170.

<sup>940</sup> *International Harvester* a été créé à la suite de la fusion horizontale entre les cinq plus grands fabricants d'engins agricoles des États-Unis. L'opération a été élaborée par George Perkins de la banque J.P. Morgan, réunissant au sein de l'entreprise 85% de la production et de la vente de tracteurs, ainsi qu'une capitalisation de 120 millions de dollars. Voir, *United States v. Int'l Harvester Co.*, 214 F. 987, 900-991 (D. Minn. 1914).

<sup>941</sup> Les intérêts financiers de J. Pierpont Morgan avaient déjà été heurtés lors de la dissolution de la *Northern Securities* en 1904. Une coopération postérieure avec les autorités fédérales américaines avait déjà permis la sécurisation d'une opération de fusion entre plusieurs lignes de commerce naval américaines au sein de la *International Mercantile Marine Company*. U.S. Steel « *that the information would not be given out or made public* », Gary to Jame Rudolph Garfield, November 10, 1905 ; International Harvester « *that the general effect that International Harvester Compay would take the same treatment of the information furnished* » Memorandum of meeting, January 18, 1907, BOCR 4902-1.

<sup>942</sup> Plusieurs lettres de Gary témoignent de pratiques illégales par ces sociétés, en affirmant que leur connaissance par l'autorité fédérale avait mené à l'abandon de ces pratiques. W. MURPHEY, *Theodore Roosevelt and the Bureau of Corporations : Executive-Corporate Cooperation and the Advancement of the Regulatory State*, American Nineteenth Century History, 2013, p.82. p.101.

<sup>943</sup> Le Commissioner Knox Smith, qui dirigea le Bureau of Corporations de 1907-1912, fut convoqué en janvier 1909 devant le Senate Judiciary Committee. Cf. W. MURPHEY, *Theodore Roosevelt and the Bureau of Corporations : Executive-Corporate Cooperation and the Advancement of the Regulatory State*, American Nineteenth Century History, 2013, p.100.

Dès lors que les entreprises acceptaient ce procédé d'échange, les pouvoirs publics renonçaient à la mise en œuvre de leurs prérogatives de puissance publique à condition que les entreprises acceptent à leur tour de renoncer aux droits dont elles auraient bénéficié dans le cadre d'une procédure contentieuse. Cette « régulation » par la coopération initia une nouvelle forme de relation entre l'État fédéral et les entreprises. Le développement de canaux de communication parallèles tenus « hors du droit » comme de l'espace public, permettant l'établissement d'un contrôle de compatibilité informel des opérations des entreprises par l'autorité politique<sup>944</sup>.

Theodore Roosevelt ne concevait cependant pas le *Bureau of Corporations* comme un dispositif abouti. Il ne s'était de plus, jamais satisfait du *Sherman Antitrust Act*<sup>945</sup>. Il portait l'ambition de réformer en profondeur le droit des sociétés avec le soutien ambigu des grands industriels, afin d'instaurer un système de surveillance publique de la concurrence<sup>946</sup>.

## §2. *Le projet rooseveltien de surveillance fédérale des entreprises*

La collaboration établie entre l'État fédéral et les entreprises s'avérait fructueuse. Les entreprises renonçaient à leurs pratiques et opérations illégales si toutes poursuites étaient suspendues à leur encontre. Au-delà même, elles acceptaient de soumettre leurs projets *a priori* au pouvoir administratif-exécutif afin de se conformer aux conditions définies discrétionnairement par le Président. Cette méthode avait toutefois l'inconvénient de se placer en

---

<sup>944</sup> Le Président Roosevelt fut consulté par J.P Morgan lors de l'acquisition de la *Tennessee Coal & Iron*. Morgan voulait se prémunir de poursuite future à l'encontre de cette opération. Lorsque Theodore Roosevelt quitta ses fonctions, le Congrès entreprit en 1909 une enquête sur cette acquisition, qui avait mené selon le *Senate Judiciary Committee* « *to gain control of the country's iron ore supply and open-hearth rail production and have given it a monopoly (...)* ». Cf. KOLASKI, Theodore Roosevelt and William Howard Taft : Marching Toward Armageddon, *Antitrust*, Vol. 25, 2010-2011, p. 101.

<sup>945</sup> Theodore Roosevelt rejetait tant la dénomination de loi « anti trust », que son interprétation par la Cour suprême. Cf. M. SKLAR, *The Corporate Reconstruction of American Capitalism, 1890-1916*, Cambridge University Press, 1988, p. 184.

<sup>946</sup> Le moment où Theodore Roosevelt choisit d'embrasser la voie d'une organisation gouvernementale chargée de la surveillance du marché national n'est pas connu des historiens. Selon Melvin Urofsky, Roosevelt l'attribuerait indirectement au leader démocrate, William Jennings Bryan. Voir, Theodore Roosevelt to William Doodley Foulke, 16 novembre 1907, in, *The Letters of Theodore Roosevelt*, Vol. 5, Elting E. Morrison Ed., p. 847. Cf. M.I. UROFSKI, Proposed Federal Incorporation in the Progressive Era, *The American Journal of Legal History*, Vol. XXVI, 1982p. 168.

dehors de tout cadre juridique établi par le Congrès, seule institution fédérale à détenir le pouvoir législatif<sup>947</sup>.

Le droit de la concurrence applicable alors était le *Sherman Act* voté en 1890 qui reportait le bon fonctionnement du marché sur le pouvoir judiciaire. Pour Theodore Roosevelt « *experience has definitely shown not merely the unwisdom but the futility of endeavoring to put a stop to all business combinations. Modern industrial conditions are such that combination is not only necessary but inevitable* »<sup>948</sup>. Il ne s'agissait pas en effet d'interdire « *every contract and combination (. . .) in restraint of trade or commerce* », <sup>949</sup> mais de distinguer les atteintes raisonnables, des atteintes déraisonnables à la concurrence, les « *good trusts from the bad trusts* »<sup>950</sup>. Or, cette mission devait au regard de Roosevelt comme nombreux de ses contemporains, être « *administered by an executive body* »<sup>951</sup>. Le *Garfield Report* fut le premier rapport émanant de l'administration nationale prônant la création d'un système de supervision fédérale des entreprises (A). Inscrit dans l'*Hepburn Bill*, le projet de loi proche d'être voté fut abandonné (B).

---

<sup>947</sup> L'article 1er de la Constitution américaine charge le Congrès dans sa section 1 « All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives. ». En opposition au principe « *delegata potestas non potest delegati* » la branche exécutive du federal government bénéficie dans le cadre de ses fonctions du pouvoir délégué de préciser la loi et d'édicter des règlements. La question d'une dérive bureaucratique résultant de l'existence de nouvelles entités administratives au sein de l'Exécutif a été soulevée dès les prémices de la République. Cf. M.D. MCCUBBINS, *Abdication or Delegation ? Congress, the Bureaucracy, and the Delegation Dilemma*, Regulation, Vol. 22, pp. 30-37, 1999 ; B.R. WEINGAST, M.J. MORAN, *Bureaucratic Discretion or Congressional Control ? Regulatory Policymaking by the Federal Trade Commission*, *Journal Of Political Economy*, Vol. 91, No. 5 1983, pp. 765-800 ; A.H. GARRISON, *The Rule of Law and the Rise of Control of Executive Power*, Texas Review of Law & Politics, Vol. 18, No. 2, 2014, pp. 204-355. Sur la maxime *Delegata Potesta, voir*, P.W. DUFF, H.E. WHITESIDE, *Delegata Potestas Non Potest Delegari A Maxim Of American Constitutional Law*, Cornell Law Review, Vol. 14, Issue 2, 1929.

<sup>948</sup> Theodore Roosevelt, *Seventh Annual message* (Dec. 3, 1907), cité par W. LETWIN, *Law and Economic Policy in America. The Evolution of The Sherman Antitrust Act*, The University of Chicago Press, 1965, p.245. De même, le Bureau of Corporations considérait « *the attempt to maintain a state of competition by prohibiting all combination, reasonable or unreasonable, is wrong in principle* ». La volonté du Congrès « *to stop the operation of strictly economic law by statutory enactment* » était vu comme « *singularly futile* ». Cf. U.S. Bureau of Corporations, *Report of the Commissioner of Corporations*, 21 Dec. 1904 (58th Cong., 3d sess., H.R. Doc. No. 165), p. 40-41.

<sup>949</sup> Sherman Act, 1890, Section 1.

<sup>950</sup> A.M. JOHNSON, Theodore Roosevelt and the Bureau of Corporations, *The Mississippi Valley Historical Review*, Vol. 45, No. 4 (Mar., 1959), p. 575.

<sup>951</sup> W. LETWIN, *Law and Economic Policy in America. The Evolution of The Sherman Antitrust Act*, The University of Chicago Press, 1965, p. 246.



## A. Le Garfield Report

Au début du XXe siècle, « *the trust question was the corporate question* »<sup>952</sup>. Face aux insuffisances de la loi Sherman, de nombreuses initiatives émanant de la société civile ont constitué autant d'actes préparatoires (1) à la décision d'une évolution politique en faveur de l'établissement d'un contrôle des entreprises par une agence spécialisée (2).

### 1. Les appels antérieurs

L'existence et la prospérité des *méga*entreprises étaient imputées aux législations étatiques laxistes qui, entraînées dès 1888 dans une « *race to the bottom* » par l'État du *New Jersey*, n'avaient cessé d'imaginer de nouvelles incitations pour attirer les entreprises sur leurs territoires<sup>953</sup>. Leurs dimensions et leurs puissances étaient cependant devenues dangereuses pour la démocratie américaine<sup>954</sup> et depuis de nombreuses années des appels à la création d'une *federal charter incorporation* s'élevaient au sein de la société pour mettre un terme à la croissance incontrôlée de ces entreprises.

En 1892, le juge Seymour D. Thompson avait démontré l'importance d'établir un droit des sociétés fédéral devant le *Kansas State Bar*. Les États ne possédaient plus les ressources nécessaires pour faire face à l'influence de ces très grandes entreprises qui étendaient leurs pouvoirs sur de multiples États. Selon Thompson, les personnes « *must cease their attempts at regulating corporations by their own state legislation. . . The people must change the channel of their action ( . . )* »<sup>955</sup>.

---

<sup>952</sup> En 1900, la *Standard Oil Company* capitalisait 122 millions de dollars, tandis que J.P. Morgan, 1,4 milliards de dollars en 1901 avec la formation de U.S. Steel. Cf. T. C. MCCRAW, *Prophets of Regulation*, Harvard University Press, 1984, note 82, p.54. SKLAR, *The Corporate Reconstruction of American Capitalism, 1890-1916*, Cambridge University Press, 1988, p.179.

<sup>953</sup> Voir, L.D. BRANDEIS, *The Curse of Bigness*, Viking Press, New York, 1934 ; L.D. BRANDEIS, *the Cut Throat Prices : The Competition that Kills*, Reprinted from Harper's Weekly, 1918 ; T. MCCRAW, *Prophets of Regulation*, Harvard University Press, 1984, 108-109.

<sup>954</sup> R. L. Rabin, *Federal Regulation in Historical Perspective*, *Stanford Law Review*, Vol. 38, May, 1986, p.19.

<sup>955</sup> S.D. THOMPSON, *Abuse of Corporate Privileges, Proceedings of the Kansas State Bar Association*, 9 (1892), p.42, cité par M M.I. UROFSKI, *Proposed Federal Incorporation in the Progressive Era*, *The American Journal of Legal History*, Vol. XXVI, 1982, p.165.

L'introduction d'une *federal licence* ou la création de *federal charters* avaient été plus particulièrement au centre des discussions de deux manifestations publiques majeures, l'une ordonnée par le Congrès par une loi du 18 juin 1898 créant l'*Industrial Commission*, l'autre sur l'impulsion de la *Chicago Civic Federation* qui organisa en 1899 la *Chicago Conference on Trusts*<sup>956</sup>.

L'*Industrial Commission* avait été créée pour répondre « *to the general public concern which developed in the late nineties over the rapid growth of industrial consolidations* »<sup>957</sup>. Composée de membres du Congrès fédéral et de représentants nommés par le Président McKinley, la Commission avait durant dix-huit mois convoqué et entendu les grands acteurs du monde économique. Avaient ainsi témoigné le *Chairman* de la *Federal Steel* Elbert H. Gary, Hugh Campbell président de l'*U.S. Tobacco*, John D. Rockefeller et John D. Archbold de la *Standard Oil Company*. Des économistes et des juristes comme le fameux James B. Dills, avocat d'affaires et conseillers de ces grandes entreprises étaient intervenus pour présenter leurs observations.

De même, la *Chicago Conference on Trusts* qui s'était tenue en septembre 1899 avait réuni ces mêmes protagonistes pour tenter d'examiner les causes et de trouver les remèdes aux phénomènes résultants des « trusts ».

Les interventions et les conclusions de ces deux manifestations étaient du même ordre. Les dirigeants les plus prééminents comme John D. Rockefeller, John D. Archbold et Henry H. Rogers de la *Standard Oil*, se prononçaient sur la nécessité d'un droit des sociétés national et sur l'obligation de publication des comptes des entreprises. Selon Rockefeller, les bénéfices d'une uniformisation du droit des sociétés pour les entreprises prévalaient sur les inconvénients qui en résulteraient<sup>958</sup>. De fervents progressistes appuyaient cette idée. William Jennings Bryan, représentant démocrate à la présidence des États-Unis de 1896 à 1908, exigeait la création d'un système coordonné entre les législations étatiques et nationales. Il notait l'impossibilité « *for the people in one state to depend for protection upon the people in an-*

---

<sup>956</sup> Organisé par la *Chicago Civic Federation*, qui est une organisation privée non partisane formée d'hommes d'affaires de la ville de Chicago, la *Chicago Conference on trusts* s'était tenue les 13, 14, 15, 16 septembre 1899. Les débats sont disponibles en ligne : <https://babel.hathitrust.org>.

<sup>957</sup> U.S. Industrial Commission, I, *Preliminary Report on Trusts and Industrial Combinations*, 56th Cong., 1st Sess., H.R. Doc. No. 476, pt. 1, 1 Mar. 1900.

<sup>958</sup> M.I. UROFSKI, Proposed Federal Incorporation in the Progressive Era, *The American Journal of Legal History*, Vol. XXVI, 1982, p. 167.

*other state* »<sup>959</sup>. Pour « *the Great Commoner* », aucune entreprise ne devait pouvoir commercer en dehors de ses frontières sans avoir obtenu une « *federal licence* » qui ne pourrait être accordée qu'à des conditions strictes<sup>960</sup>. Au contraire de Bryan, le monde des affaires soutenait l'avènement d'un droit des sociétés nationales à condition que celui-ci ressemble au modèle élaborer par James B. Dill, dans l'État du New Jersey<sup>961</sup>.

Le rapport final de l'*Industrial Commission* publié en 1902 recommandait au Congrès la création d'une *federal licence* c'est-à-dire une autorisation administrative permettant l'exercice d'un commerce interétatique et international. Cette autorisation aurait été délivrée par une agence fédérale chargée sous le contrôle du juge de retirer ou de suspendre l'autorisation en cas de manquement. La Commission soumettait de plus les entreprises à une obligation de transparence de leurs comptes annuels<sup>962</sup>. En décembre 1904, le commissaire James R. Garfield dans son premier rapport publié au nom du *Bureau of Corporations*, reprit les conclusions exposées par l'*Industrial Commission* et la *Chicago Civic Federation*<sup>963</sup>, premier engagement politique d'une réformation du droit antitrust depuis 1890.

## 2. La proposition du Commissaire James Garfield

Maintenir l'existence de quarante-cinq droits des sociétés différents où les entreprises pouvaient naître dans un État et commercer dans un autre avait mené selon lui à « l'anarchie »<sup>964</sup>. Le résultat logique avait été « *an inevitable tendency of State legislation toward the lowest level of lax regulation and of extreme favor toward this special class of incorporators, regardless of the interests of the other classes properly concerned* »<sup>965</sup>.

---

<sup>959</sup>Civic Federation of Chicago, *Chicago Conference on Trusts*, Chicago 1900, p.502, disponible en ligne : <https://babel.hathitrust.org> ; T.H. DAVIES JR, Corporate Privileges for the Public Benefit : The Progressive Federal Incorporation Movement and the Modern Regulatory State, *Virginia Law Review*, Vol. 77, 1991, p. 622-623.

<sup>960</sup> Civic Federation of Chicago, *Chicago Conference on Trusts*, Chicago 1900, p.502, disponible en ligne : <https://babel.hathitrust.org> ; M.I. UROFSKY, Proposed Federal Incorporation in the Progressive Era, *The American Journal of Legal History*, Vol. XXVI, 1982, p. 166.

<sup>961</sup> Idem.

<sup>962</sup> Industrial Commission, Final report, 19, 1902, pp. 649-651.

<sup>963</sup> Civic Federation of Chicago, *Chicago Conference on Trusts*, Chicago 1900 ; Industrial Commission, Final report, 19, 1902.

<sup>964</sup> Commissioner of Corporations, *Annual Report*, 1904, p.39, disponible en ligne: [https://www.sechistorical.org/collection/papers/1900/1904\\_1221\\_ReportCorporations.pdf](https://www.sechistorical.org/collection/papers/1900/1904_1221_ReportCorporations.pdf).

<sup>965</sup> Idem, p.40.

Par là, James Garfield soulevait la nécessité de créer un nouveau système qui redonnerait aux pouvoirs publics les instruments d'un contrôle efficace. Les deux options concevables résidaient soit dans la création de *federal licences*, soit d'une *national chartering*. Ces propositions n'avaient cependant pas les mêmes implications juridiques. La création d'un droit des sociétés fédéral supposait que la formation des entreprises qui projetaient l'exercice d'un commerce interétatique se réalise exclusivement au niveau fédéral, alors qu'une simple *licence* maintenait l'existence des entreprises de droit étatique au sein du commerce *supranational* à la condition qu'elles respectent les éléments préalables essentiels déterminés par la *licence*.

Il développa différentes suggestions quant à l'établissement d'une surveillance fédérale des grandes entreprises, que celle-ci s'exerce dans le cadre d'un droit des sociétés fédéral, de l'octroi d'autorisations ou par de simples enregistrements. Garfield recommandait que ces nouvelles modalités de contrôle public permettent de distinguer entre les atteintes raisonnables et les atteintes déraisonnables au commerce<sup>966</sup>. Les effets attendus étaient de permettre aux entreprises d'agir sur le marché sous la supervision de l'État fédéral en protégeant les individus et les entreprises des abus des pouvoirs de marché. Ce dispositif redonnait de plus, au pouvoir exécutif le pouvoir d'annihiler la jurisprudence de la Cour suprême des atteintes *per se* au commerce existant alors, fortement contestée par Roosevelt et son *Bureau of Corporations*, « *the aim of a new legislation should be to regulate, rather than to prohibit, combination* »<sup>967</sup>.

À l'inverse de la proposition de Jenks, qui souhaitait une démarche volontaire des opérateurs privés pour s'enrôler dans une *federal incorporation*, celle-ci devait être obligatoire pour Garfield. Les entreprises ne recevraient leurs agréments publics qu'à l'issue d'une procédure administrative et une mise en conformité avec des critères capitalistiques, d'organisation, mais aussi de transparence comptable. La surveillance du respect des règles fédérales serait effectuée par le *Bureau of Corporations*, investi du pouvoir d'enquête et de révélation des comptes et activités des entreprises agréées.

---

<sup>966</sup> Le professeur d'économie Jeremiah Jenks, membre de l'*Industrial Commission* et proche conseiller de Theodore Roosevelt s'était prononcé pour une fédéralisation à titre volontaire des grandes entreprises. Opter pour une société de droit fédéral aurait permis de régulariser les atteintes « raisonnables » au commerce pour ces entreprises. Cf. SKLAR, *The Corporate Reconstruction of American Capitalism, 1890-1916*, Cambridge University Press, 1988, p.188.

<sup>967</sup> Commissioner of Corporations, *Annual Report*, 1908.

La publication du *Garfield Report* fut accueillie par un large consensus<sup>968</sup>. Il incarnait le premier acte de volonté de Theodore Roosevelt de transformer les conceptions idéologiques ayant cours jusque-là en matière de contrôle des entreprises. Les résultats obtenus par l'action du *Bureau of Corporations* avaient convaincu Roosevelt de la nécessité de réduire les actions judiciaires et de développer une surveillance administrative des entreprises exerçant un commerce interétatique. Malgré les nombreuses propositions de loi émanant des deux grands partis qui suivirent le *Garfield Report*, Roosevelt n'apporta à aucune son soutien<sup>969</sup>, jusqu'à l'organisation par la *National Civic Federation* de la conférence sur les trusts en 1907 qui aboutira sur la première tentative réelle d'établir un contrôle *a priori* des opérations de concentrations.

## B. L'Hepburn bill

Theodore Roosevelt réitéra lors de son discours annuel en 1907, son désir d'instaurer une commission d'experts à l'instar de l'ICC ou du *Comptroller of the Currency*, pour opérer une surveillance des entreprises opérant sur le marché national. En profond désaccord avec l'interprétation que faisait la Cour suprême du *Sherman Act*, à qui il reprochait tant une incompétence technique que les coûts induits par une procédure contentieuse pour les parties<sup>970</sup>. Au contraire, il était indispensable de reconnaître les concentrations, les surveiller et les régler « *and not by the negative prohibitions of penal laws* »<sup>971</sup>. Introduite à la toute fin de la présidence de Roosevelt, l'*Hepburn bill* qui portait les éléments d'une reconfiguration profonde tant sur le plan philosophique, matériel, que procédurale du droit antitrust, fut pourtant mis en échec (2). Les conditions de son élaboration caractérisées par la participation très affirmée du monde des affaires influenceront de manière déterminante le futur des politiques de concurrence américaine (1).

---

<sup>968</sup> U. M.I. UROFSKY, Proposed Federal Incorporation in the Progressive Era, *The American Journal of Legal History*, Vol. XXVI, 1982, p. 177-178.

<sup>969</sup> Idem.

<sup>970</sup> Theodore Roosevelt, 7th Annual Message, 1907.

<sup>971</sup> Commissioner of Corporations, *Annual Report*, 1908, p.5.

## *1. La collaboration des entreprises au projet de Théodore Roosevelt*

Au concert de protestations des consommateurs s'ajoutaient les voix dissonantes des grands industriels qui jugeaient pour leur part hautement insatisfaisant le contexte juridique dans lesquels ils étaient placés. Sous l'ère progressiste, les entreprises devaient en effet, non seulement échapper à la concurrence sauvage des marchés non régulés, mais aussi faire face aux balbutiements de la jurisprudence de la Cour suprême en matière de concurrence. Dans l'incertitude quant à la légalité des techniques et les pratiques qu'elles avaient développées, les entreprises appelaient les pouvoirs publics à déterminer clairement ce qui était interdit de ce qui ne l'était pas, notamment en matière de consolidation<sup>972</sup>.

Le *Sherman Act* avait plongé le monde des affaires dans un contexte d'insécurité juridique auquel les opérateurs économiques souhaitaient mettre fin. Ainsi, en 1899, la *Civic Federation* avait recensé que sur 356 dirigeants interrogés, 293 se sentaient en danger en tant qu'investisseurs et 340 membres sur 431 attendaient une résolution juridique aux *combinations*<sup>973</sup>.

Coordonnées au sein d'organisations d'intérêts très puissantes, telles que la *National Civic Federation* (NCF ci-après)<sup>974</sup>, qui rassemblait, entre autres, des représentants du patronat américain, les entreprises cherchaient à réformer le *Sherman Act*. Leurs buts selon le professeur Rabin étaient de favoriser la coopération économique et de « sécuriser » leurs opérations de concentrations or, l'idée d'une approbation en amont de leurs projets de croissance externes apparaissait extrêmement attrayante<sup>975</sup>. Theodore Roosevelt avait déjà établi à travers le *Bureau of Corporations* des liens étroits avec le marché.

---

<sup>972</sup> RABIN R. L., Federal Regulation in Historical Perspective, *Stanford Law Review*, Vol. 38, May, 1986, p.1220.

<sup>973</sup> Le compte-rendu du questionnaire posé aux membres de la *Civic Federation* est disponible in, H. LAFAYETTE WILGUS, Need of a National Incorporation Law, *University of Michigan Law School*, 1904, p.358.

<sup>974</sup> La *National Civic Federation* et la *National Association of Manufacturers* (NAM ci-après) appartenant autrefois à la même entité, s'étaient scindées en raison de désaccords politiques. La NAM qui représentait en majorité des petites structures commerciales était extrêmement suspicieuse envers les interventions étatiques sur le marché. Pour un historique de la NCF, cf. J. WEINSTEIN, *The Corporate Ideal in the Liberal State 1900-1918*, Beacon Press, 1969, p. 7 et s.

<sup>975</sup> . KOLKO, *The Triumph of Conservatism : A Re-interpretation of American History, 1900-1916*, Free Press, 1977, p.133.

Ainsi, la NCF organisa en 1907 une conférence sur les *trusts* et *combinations* pour faire le point sur les discussions et les avancées en la matière depuis 1899<sup>976</sup>. Étaient réunis à Chicago 492 délégués, en majorité des hommes d'affaire, mais aussi des hommes politiques, des représentants syndicaux, des juristes et des réformateurs<sup>977</sup>. Beaucoup demandaient la légalisation de certaines pratiques comme les agréments de fixation de prix et requéraient l'élaboration de lignes directrices pouvant guider leurs actions et les prémunir de poursuites ultérieures. La conférence se conclut néanmoins par des recommandations finales qui se trouvaient être une synthèse du projet Garfield<sup>978</sup>.

La NCF entendait se saisir de l'appel lancé par le Président Roosevelt dans son message annuel, pour concrétiser une réformation du *Sherman Act* avant que n'arrive le terme du mandat de ce dernier. Les dirigeants les plus puissants des États-Unis, parmi lesquels Elbert H. Gary de la *United States Steel Corporation*, George W. Perkins de la banque *J. P. Morgan*, Seth Low, président de la NCF, l'économiste Jeremiah Jenks, élaborèrent sous la plume des conseillers juridiques de l'homme d'affaires J. P. Morgan, Francis L. Stetson et Victor Morawetz, la proposition de loi qui serait présentée au Congrès<sup>979</sup>. Theodore Roosevelt et le Commissaire du *Bureau of Corporations* Herbert Knox Smith acquiescèrent à la démarche. Ainsi, le texte fut déposé par le William P. Hepburn, membre de la Chambre des Représentants le 23 mars 1908.

## 2. L'échec de l'Hepburn bill

Aux termes de l'*Hepburn bill*<sup>980</sup>, aurait été créée une *federal incorporation charter* ayant permis aux seules entreprises de droit fédéral de bénéficier de la liberté de circulation des biens et des capitaux au sein des États-Unis. L'obtention de cette charte fédérale aurait été

---

<sup>976</sup> A.M. JOHNSON, Antitrust Policy in Transition, 1908 : Ideal and Reality, *The Mississippi Valley Historical Review*, Vol. 48, No. 3, Dec. 1961, p. 420.

<sup>977</sup> M.I. UROFSKY, Proposed Federal Incorporation in the Progressive Era, *The American Journal of Legal History*, Vol. XXVI, 1982, p.178.

<sup>978</sup> W. LETWIN, *Law and Economic Policy in America. The Evolution of The Sherman Antitrust Act*, The University of Chicago Press, 1965, p. 248 ; UROFSKY, Proposed Federal Incorporation in the Progressive Era, *The American Journal of Legal History*, Vol. XXVI, 1982, p. 177 ; Federal Regulation in Historical Perspective, *Stanford Law Review*, Vol. 38, May, 1986, p. 1222-1223 ; SKLAR, *The Corporate Reconstruction of American Capitalism*, 1890-1916, Cambridge University Press, 1988, p. 228-229.

<sup>979</sup> A.M. JOHNSON, Antitrust Policy in Transition, 1908 : Ideal and Reality, *The Mississippi Valley Historical Review*, Vol. 48, No. 3, Dec. 1961, p. 425 ; M.I. UROFSKY, Proposed Federal Incorporation in the Progressive Era, *op.cit.*, p. 178.

<sup>980</sup> H.R. 19745 60th Cong., 1<sup>st</sup> Sess.(1908), cite in, M. WINERMAN, The Origins of the FTC: Concentration, Cooperation, Control, and Competition, *Antitrust Law Journal*, Vol. 71, 2003, p. 20.

conditionnée à la transmission de l'intégralité des documents comptables au *Bureau of Corporations*. La charge d'interpréter le *Sherman Act* dans une version amendée était reportée sur le pouvoir exécutif. Les entreprises avaient la possibilité de soumettre à l'examen du Bureau lors d'une procédure *a priori*, les contrats et projets d'opération de concentrations. À l'issue d'un délai de trente jours, l'acte ou le projet de croissance externe était réputé constituer une atteinte « raisonnable » au commerce<sup>981</sup>. L'absence de notification emportait donc la légalité de l'acte ou de l'opération projetée, non contestable devant un tribunal quand bien même ceux-là auraient généré *ex post* des effets anticoncurrentiels<sup>982</sup>.

Plus remarquable, la Section 4 de *l'Hepburn bill*, accordait rétroactivement une grâce aux entreprises enregistrées auprès du *Bureau of Corporations* en cas d'atteintes raisonnables au commerce, si aucune action judiciaire publique ou privée, n'était intentée à leur encontre dans un délai d'un an suivant la promulgation de la loi.

Les rédacteurs de la loi avaient cependant voulu satisfaire les intérêts contradictoires de groupes hétérogènes. Les concessions accordées à chacune des factions de la NCF rompaient un consensus de façade. Theodore Roosevelt s'était détourné du projet de loi depuis que l'organisation avait tenté lors d'un examen en commission de réviser les pouvoirs du *Bureau of Corporations*. S'identifiant « psychologiquement [à] l'autorité de l'État »<sup>983</sup> et se projetant « jalousement dans les positions [qui satisfaisait] son propre besoin de domination »<sup>984</sup> Roosevelt avait menacé d'opposer un veto à la loi si les pouvoirs du Bureau des corporations étaient amenuisés<sup>985</sup>. Bien que favorable aux prétentions du *big business*, il entendait maintenir et étendre le pouvoir de contrôle de l'Exécutif sur les entreprises, seule condition pour ne pas selon lui, « *turn (. . .) over to what I regard as the chaos and inefficiency necessarily produced by an effort to use the courts as the prime instrument for administrating such a*

---

<sup>981</sup> L'Hepburn bill avait donc pour ambition d'amender le Sherman Act et d'autoriser les atteintes « raisonnable » au commerce. *Idem*.

<sup>982</sup> A.M. JOHNSON, Antitrust Policy in Transition, 1908 : Ideal and Reality, *The Mississippi Valley Historical Review*, Vol. 48, No. 3, Dec. 1961, p. 425 ; . M.I. UROFSKY, Proposed Federal Incorporation in the Progressive Era, *The American Journal of Legal History*, Vol. XXVI, 1982, p. 178 ; W. LETWIN, *Law and Economic Policy in America. The Evolution of The Sherman Antitrust Act*, The University of Chicago Press, 1965, p.249 ; G. KOLKO, *The Triumph of Conservatism : A Re-interpretation of American History, 1900-1916*, Free Press, 1977, p.135-137.

<sup>983</sup> R. HOFSTADTER, *Bâtisseurs d'une tradition*, Économica, Coll. Nouveaux Horizons, 1989, p. 312.

<sup>984</sup> *Idem*.

<sup>985</sup> L W. LETWIN, *Law and Economic Policy in America. The Evolution of The Sherman Antitrust Act*, The University of Chicago Press, 1965, p. 249.



law »<sup>986</sup>. Ajoutant dans une lettre au président de la NCF le 18 mars 1908 « *My desire is to strengthen the hand of the executive in dealing with these matters* »<sup>987</sup>. Perçue comme l'attribution d'un pouvoir discrétionnaire au *Bureau of Corporations*<sup>988</sup> cette vision d'un pouvoir administratif fort était toutefois contestée.

De plus, la NAM et ses groupes associés en conflit avec la NCF rejetaient la proposition de loi dans son entier, accusant les rédacteurs de n'avoir défendu que les intérêts des grands « trusts » en défaveur des petites et des moyennes entreprises. L'*Hepburn bill* avait écarté en effet, pour contenter les représentants syndicaux, l'application des dispositions du *Sherman Act* aux salariés en grèves ou rassemblés en association<sup>989</sup>, emportant le rejet des petits commerçants. L'alliance d'intérêts privés qui avait mené à l'élaboration de la *bill* s'effondra.

Le critère retenu pour contrôler la compatibilité des opérations avec la concurrence consistant à déterminer si l'atteinte était « raisonnable » ou « déraisonnable » présentait de surcroît, de très grandes difficultés pratiques. Lorsque le *House Subcommittee* interrogea le Commissaire des corporations Smith sur la définition de « l'intérêt public » et sur la nature d'une atteinte « déraisonnable » au commerce<sup>990</sup>, il ne put dégager ni méthode ni critères objectifs autres que ceux dégagés par la *common law*. Face à ces défaillances tant conceptuelles que techniques, le Sénat refusa d'entériner « *a power to granting impunity* », contraire au *due process of law*<sup>991</sup>. Le premier projet de loi porteur d'un dispositif établissant une autorité administrative qui aurait anticipé sur le contrôle *a priori* des concentrations instauré par le HSR *Act* de 1976 échoua.

---

<sup>986</sup> Roosevelt to Seth Low, March 28, 1908, *The Letters of Theodore Roosevelt*, Elting E. Morison Ed., VI, 983-984, cité par, A.M. JOHNSON, Antitrust Policy in Transition, 1908 : Ideal and Reality, *The Mississippi Valley Historical Review*, Vol. 48, No. 3, Dec. 1961, p. 419. Le 19 juin 1908, il déclarait sans détour « *I believe in strong executive ; I believe in power* ». Cf. Theodore Roosevelt to George O. Trevelyan, June 19, 1908, *The Letters of Theodore Roosevelt*, *ibid.*, 1087.

<sup>987</sup> Theodore Roosevelt to Seth Low, March 28, 1908, *the Letters of Theodore Roosevelt*, Elting E. Morison Ed., VI, p. 983-984, cité par A.M. JOHNSON, Antitrust Policy in Transition, *op.cit.*, p. 419.

<sup>988</sup> M.I. UROFSKY, Proposed Federal Incorporation in the Progressive Era, *The American Journal of Legal History*, Vol. XXVI, 1982, p. 179 ; A.M. JOHNSON, *op.cit.* p. 428.

<sup>989</sup> W. LETWIN, Law and Economic Policy in America. The Evolution of The Sherman Antitrust Act, The University of Chicago Press, 1965, p. 249.

<sup>990</sup> Smith Testimony, *Hearings on House Bill 19745*, p. 397. Cité par A.M. JOHNSON, *op.cit.* p. 431.

<sup>991</sup> 60th Cong. 2<sup>nd</sup> Sess., Sen. Report 848. Judiciary Committee, *Report on S. 6440* (Janv. 26, 1909), cité par W. LETWIN, *Law and Economic Policy in America. The Evolution of The Sherman Antitrust Act*, The University of Chicago Press, p.250.

En 1911, le successeur de Théodore Roosevelt à la présidence, William Howard Taft<sup>992</sup> repris à son compte l'idée d'instituer un statut fédéral volontaire pour les entreprises<sup>993</sup> et une agence *ad hoc* chargée de superviser leurs opérations. Son projet, fut cependant emporté dans la tempête de l'arrêt de la Cour Suprême, *Standard Oil Co. v. United States*<sup>994</sup> et ne connut aucune suite législative. Malgré le démantèlement de la *Standard Oil*, la consécration de la « règle de raison »<sup>995</sup> qui ne sanctionnait désormais que « les atteintes déraisonnables » au commerce, beaucoup de progressistes conclurent à l'affaiblissement du *Sherman Act* et souhaitaient une modification de ses dispositions<sup>996</sup>. Toutes leurs propositions néanmoins ne visaient qu'à punir les pratiques identifiées dans les affaires judiciaires et prévenir le développement des *holdings* dont l'organisation avait su déjouer l'efficacité de la loi de 1890. L'échec de l'*Hepburn Bill* et de ses successeurs a montré la difficulté d'obtenir un consensus satisfaisant pour réformer la loi Sherman. L'élection présidentielle de 1912 et l'avènement à la tête des États-Unis de Woodrow Wilson fermeront définitivement la voie tant d'un statut fédéral pour les entreprises, qu'un contrôle administratif *a priori* contraignant.

---

<sup>992</sup> W.H. Taft, fut Président des États-Unis de 1909 à 1913.

<sup>993</sup> Dans son message au Congrès en 1911, le Président Taft renouvela la demande déjà ancienne d'une législation qui instituerait une charte fédéral volontaire pour les entreprises engagées dans un commerce interétatique. Ces entreprises auraient eu interdiction d'acquérir ou de posséder les actions d'une autre société sans l'autorisation expresse d'une agence fédérale. Ainsi, si le contrôle d'une entreprise par la prise de participation au capital était visé, les opérations de fusions (*mergers*) ou les achats d'éléments d'actifs (*assets*) devaient être exclus du champ d'application de la loi. Cf. *Congressional Record*, 62d Cong., 2d sess., 48 :1 (1911), 25-26, disponible en ligne : <https://www.govinfo.gov>.

<sup>994</sup> *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1 (1911). Voir par exemple, quelques articles de presse qui illustrent la réaction publique à l'annonce de la règle de raison : « Views of Statesmen and Officials on Effect of the Standard Oil Decision », *Washington Post*, 16 mai 1911 ; « May Amend Sherman Law » *New York Times*, 17 mai 1911.

<sup>995</sup> Cf. J. MAY, *The Story of Standard Oil Co. v. United States*, in, E.M. FOX, D.A. CRANE, *Antitrust Stories*, Foundation Press, 2007, pp. 8-59.

<sup>996</sup> Parmi les propositions de réforme du *Sherman Act*, le sénateur Robert W. La Follette a tenté en 1911 d'introduire une liste d'actes pouvant constituer des « preuves concluantes » de restrictions déraisonnables au commerce, par exemple exercer un commerce sous un nom d'emprunt ou cacher la propriété ou le contrôle d'une entreprise ou celle d'un fabricant. Cf. U.S. Senate 3276, 62d Cong. 1st Sess., Reproduit dans W.S. STEVENS, *Industrial Combinations and Trusts*, Macmillan Co., New York, 1913, p. 530-537. En 1912, le Sénateur John Sharp Williams a présenté une *bill* insérant des prérequis obligatoires dans les statuts des entreprises exerçant un commerce interétatique. À cette occasion aurait été interdit l'achat d'actions au capital d'une autre entreprise. Cf. U.S. Senate 4747, 62d Cong. 1st Sess., Reproduit dans W.S. STEVENS, *op.cit.*, p. 537-540. Alors que le Sénateur Albert B. Cummins, durant la même session, proposa d'imposer une limite de 10% à l'achat d'actions entre entreprises concurrentes, mais aussi de restreindre les fusions, les acquisitions d'actifs autant que la croissance interne des entreprises. Cf. U.S. Senate 5451, 62d Cong. 1st Sess., Reproduit dans W.S. STEVENS, *op.cit.*, p. 540-547.

## Section 2. La fragmentation des mécanismes de contrôle au sein du clayton act

**Le contexte politique ante Clayton Act.** La montée en puissance des exigences de contrôle des grandes unités industrielles et de leur pouvoir a constitué l'une des évolutions les plus importantes du discours politique du début du XXe siècle aux États-Unis. Lors de la campagne de 1912, le droit antitrust est dressé en enjeu politique national. L'époque consent aux transformations et les acteurs politiques ont conscience d'être à la veille de grands travaux de réformes : l'impraticabilité d'un système unique reposant sur la poursuite *ex post* des actes anticoncurrentiels par le *Sherman Act* est alors unanimement reconnue.

Cette élection est en outre, singulière dans l'histoire des États-Unis, car elle confronte trois parties : le parti Démocrate, le parti Républicain et le parti Progressiste créé par Théodore Roosevelt, séparé depuis 1912 des républicains<sup>997</sup>.

L'étude des principaux projets<sup>998</sup> permet de mettre en perspectives les courants idéologiques très divers qui ont circonvenu l'ère progressiste. Tous avaient le souci d'inclure dans leur programme, en apparence du moins, le renforcement des règles de concurrence et un contrôle des grandes entreprises. Les formes et les moyens pour y parvenir différaient cependant

---

<sup>997</sup> Selon, l'historien Richard Hofstadter, des dissensions d'opinions politiques ont rompu les liens qui unissaient William Taft et Théodore Roosevelt autrefois proches. À l'origine du conflit, l'opposition de Roosevelt aux poursuites judiciaires du gouvernement Taft contre deux entreprises affiliées à la Maison des Morgan, *l'U.S Steel* et *International Harvester*. Roosevelt reprochait à Taft ses échecs politiques face aux divisions du parti. Percevant dès 1910 la montée d'une sensibilité progressiste au sein des républicains, il créa le *New Nationalism*, une plate-forme rassemblant les idées progressistes les plus extrémistes et quelques-unes de ses vieilles doctrines, qui n'empêcheront pas la défaite des républicains aux élections de mi-mandat du Congrès. La rupture entre le Président des États-Unis et son prédécesseur s'opèrera définitivement cependant à l'occasion de l'audition de Roosevelt par la Commission congressionnelle *Stanley Steel Investing Committee*, convoqué afin de justifier son approbation à l'achat par *U.S Steel* de la *Tennessee Coal & Iron (TCI)*. William Taft et l'*Attorney General* George Wickersham attaqueront en 1911 *l'U.S Steel Corporation*, pour tentative de monopolisation de l'industrie de l'acier, impliquant directement l'achat de TCI dans ce dessein. Si pour le professeur George E. Mowry, Roosevelt comptait sur une défaite de Taft aux élections présidentielles de 1912 pour préparer sa candidature à celles de 1916, l'action contre les intérêts des Morgan propriétaires *d'U.S. Steel*, hâtera son projet et participera à la création du Parti Progressiste après l'abandon de sa candidature à la convention du parti Républicain. Cf. R. HOFSTADTER, *Bâtisseurs d'une tradition*, Economica, Coll. Nouveaux Horizons, pp. 320-324 ; G.E. MOWRY, *The Era of Theodore Roosevelt, 1900-1912*, Haper, 1958, p. 291 et s. ; W. KOLASKY, Theodore Roosevelt and William Taft : Marching Toward Armageddon, *Antitrust*, Spring 2011, p. 103 ; W. KOLASKY, The Election of 1912 : A Pivotal Moment in Antitrust History, *Antitrust*, Vol. 25, No. 3, Summer 2011, p. 82-83 ; M. WINERMAN, Antitrust and the Crisis of '07, *The Antitrust Source*, December 2008, p.1-7.

<sup>998</sup> Les trois principaux candidats à l'élection présidentielle de 1912 sont William Howard Taft, Théodore Roosevelt et Woodrow Wilson. Un quatrième candidat, Eugene Debs représentant le parti socialiste, fera lui aussi de la concurrence un des thèmes de sa campagne, appuyant cependant sa narrative politique sur les problématiques de droit du travail et de la condition ouvrière. Cf. J. CHACE, *1912 : Wilson, Roosevelt, Taft & Debs – The Election that Changed the Country*, Simon & Schuster, Ed. 2005.

grandement. À chaque modèle de contrôle présenté aux votes des Américains était attachée une vision politique, sociale et économique particulière.

Le parti Républicain avec à sa tête William Taft, candidat à sa réélection, soutenait à la fois la création d'une *federal incorporation law* et l'instauration d'une « *federal trade commission* » chargée d'appliquer et d'administrer le *Sherman Act*<sup>999</sup>. La plate-forme républicaine insistait sur la nécessité de l'existence d'une telle agence pour superviser les transactions commerciales et ainsi empêcher la violation du droit de la concurrence<sup>1000</sup>, rejetant toutefois la conception rooseveltienne qui approuverait par avance les actes et la conduite des entreprises<sup>1001</sup>. Au contraire pour le Président Taft, « *Combination of capital in great enterprises should be encouraged, if within the law, for everyone must recognize that progress in modern business is by effective combination of the means of production to the point of greatest economy.* »<sup>1002</sup>.

Partageant la conviction du parti Républicain que les grandes structures capitalistiques sont à la fois naturelles et nécessaires,<sup>1003</sup> Théodore Roosevelt s'opposait toutefois fermement aux dissolutions d'entreprises portées par le Président Taft durant sa mandature<sup>1004</sup>. Il en-

---

<sup>999</sup> Cette proposition aurait été accueillie selon Marc Winerman sans enthousiasme par William Taft, préférant la résolution des litiges devant les tribunaux de droit commun plutôt que par des remèdes administratifs. Cf. M. WINERMAN, The Origins of the FTC : Concentration, Cooperation, Control, and Competition, *Antitrust Law Journal*, Vol. 71, 2003, p. 30-31. Il considérait de plus l'interprétation du *Sherman Act* et la création de la « règle de raison » comme intelligibles et opérationnelles pour les entreprises. Voir, W. KOLASKY, The Election of 1912 : A Pivotal Moment in Antitrust History, *Antitrust*, Vol. 25, No. 3, Summer 2011, p. 85.

<sup>1000</sup> Les nombreuses actions judiciaires entreprises pour rétablir la concurrence dans certaines grandes industries amènent Taft à défendre le système *ex post* fondé sur l'application de la loi Sherman. Il mena en effet sous sa mandature 89 affaires du 4 mars 1909 au 4 mars 1913, contre 44 pour Théodore Roosevelt du 14 septembre 1901 au 4 mars 1909. Voir, United-States, *The Federal antitrust laws with amendments, list of cases instituted by the United States and Citations of Cases Decided Thereunder or Relating Thereto*, January 1, 1914, Justice Department, Washington, 1914, pp. 26-54, disponible en ligne: <https://books.google.com>. Notons cependant que les décomptes donnés par le *Department of Justice* additionnent les affaires menées parallèlement devant les instances civiles et les instances criminelles. Celles-ci sont donc comptabilisées deux fois.

<sup>1001</sup> M. WINERMAN, The Origins of the FTC : Concentration, Cooperation, Control, and Competition, *Antitrust Law Journal*, Vol. 71, 2003, p. 30.

<sup>1002</sup> Voir, *Official Report of the Proceedings of the Fifteenth Republican National Convention*, Tenny Press, New York, 1912, p. 429-430, cité par D.D. MARTIN, *Mergers and the Clayton Act*, University of California Press, 1959, p. 27.

<sup>1003</sup> L'idée d'une « inévitabilité désirable » des grandes entreprises sera constante chez T. Roosevelt. Il déclare en 1912: « Our aim is to control business, not to strangle it-and, above all, not to continue a policy of make-believe strangle toward big concerns that do evil, and constant menace toward both big and little concerns that do well. Our aim is to promote prosperity, and then see to its proper division. We do not believe that any good comes to anyone by a policy which means destruction of prosperity; for in such cases it is not possible to divide it because of the very obvious fact that there is nothing to divide ». T. ROOSEVELT, A Confession of Faith, Progressive Party Convention, Chicago, Illinois, August 6, 1912, disponible en ligne: <http://www.theodore-roosevelt.com>.

<sup>1004</sup> Dans un éditorial publié dans la revue *New Outlook*, Roosevelt présente le *New Nationalism*. Il affirme : « (...) I do not believe in a system of law in which the object of Governmental proceeding requires the

tendait au contraire établir « *a strong federal administrative commission of high standing which shall maintain permanent active supervision over industrial corporations engage in interstate commerce (. . .)* »<sup>1005</sup>. Cette doctrine paternaliste<sup>1006</sup> appelée « *New Nationalism* »<sup>1007</sup> demandait l’engagement des entreprises, qui en se soumettant de bonne foi aux directives de la commission, se protégeraient de potentielles poursuites. La commission pourrait aussi « *interpret in advance, to any honest man asking the interpretation, what he may do and what hem ay not do in carrying on a legitimate business* »<sup>1008</sup>. En somme selon Herbert Croly, Roosevelt souhaitait réaliser l’harmonie des contraires en servant des fins jeffersoniennes par des moyens hamiltoniens<sup>1009</sup>.

Au New Nationalism, le parti Démocrate opposait The New Freedom<sup>1010</sup> de Woodrow Wilson<sup>1011</sup>. Tenu en effet, de se démarquer du parti dont les idées pouvaient sembler les plus proches des leurs, le parti Démocrate proposait non pas d’exercer une tutelle sur les monopoles comme le suggérait le projet du parti Progressiste, mais de prévenir les atteintes à la concurrence par une législation adéquate<sup>1012</sup>. La plate-forme démocrate avait intégré à son programme par ailleurs, une déclaration visant les holdings promettant de conditionner juridi-

---

dissolution of the corporation or the confiscation of its property ». Nationalism and Special Privilege, New Outlook, Vol. 97, p. 147.

<sup>1005</sup> D.D. MARTIN, *Mergers and the Clayton Act*, University of California Press, 1959, p. 28.

<sup>1006</sup> Idem.

<sup>1007</sup> Pour une description détaillée du déroulement de la convention du parti Progressiste. Voir, G.E. MOWRY, Theodore Roosevelt and the Progressive Movement, in, *Roosevelt, Wilson and the Trusts*, C. EDWIN, Ed. Rozwenc, 1950, pp. 88-96.

<sup>1008</sup> T. ROOSEVELT, A Confession of Faith, Progressive Party Convention, Chicago, Illinois, August 6, 1912, disponible en ligne: <http://www.theodore-roosevelt.com>.

<sup>1009</sup> Journaliste et éditeur progressiste, Herbert Croly est l’auteur de deux ouvrages majeurs, *The Promise of American Life* (1909) et *Progressive Democracy* (1914). Selon Croly, deux théories politiques s’opposent aux États-Unis depuis la Convention de Philadelphie, celle de Thomas Jefferson et celle d’Alexander Hamilton. Ces pensées politiques se sont peu à peu déformées, muées en certitudes et admissions sous-jacentes au sein des partis, promptes à réapparaître lors des grands évènements politiques. Ainsi, selon la conception hamiltonienne, l’État se doit d’intervenir directement pour modifier ou établir les liens économiques tandis que la conception jeffersonienne favoriserait le *laissez-faire*. Alors qu’une politique hamiltonienne est associée dans l’esprit commun à l’aristocratie et aux privilèges spéciaux, le « dogme » jeffersonien a acquis la réputation d’une haute vertu démocratique, d’égalité dans les droits et les opportunités. Croly souligne que la philosophie hamiltonienne a souvent été utilisée par les industriels et les financiers pour justifier des législations d’exception en leur faveur. Cf. A.L. LINKS, citant l’œuvre de Herbert Croly, in, *Woodrow Wilson and the Progressive Era 1910-1917*, Harpers & Brothers Publishers, 1954, Réédition Andesite Press, 2017, p. 19. Voir aussi la critique du professeur Gabriel Kolko sur le rôle de Herbert Croly, in, G. KOLKO, *The Triumph of Conservatism , A Reinterpretation of American History, 1900-1916*, FP The Free Press, 1977, p. 215 et s. ; Voir aussi, D. W. JAENICKE, Herbert Croly, Progressive Ideology, and the FTC Act, *Political Science Quarterly*, Vol. 93, No. 3 (Autumn, 1978), pp. 471-493.

<sup>1010</sup> W. WILSON, *The New Freedom*, New York, 1913.

<sup>1011</sup> Woodrow Wilson présidera l’Université de 1902 à 1910. Cf. <https://pr.princeton.edu> [consulté le 23/07/2019].

<sup>1012</sup> J. CHACE, 1912 : Wilson, Roosevelt, Taft & Debs – The Election that Changed the Country, Simon & Schuster, Ed. 2005, p.195.

quement leur accès au commerce interétatique, ainsi que « any one corporation of so large a proportion of any industry as to make it a menace to competitive conditions »<sup>1013</sup>.

Ces trois partis qui s'engageaient « à renforcer » substantiellement le Sherman Act, restaient cependant remarquablement imprécis quant aux modalités concrètes de réalisation de leurs annonces<sup>1014</sup>.

Woodrow Wilson dont le discours modéré séduit emporta l'élection devant le parti Progressiste et le parti Républicain<sup>1015</sup>. Il donna ses premiers traits au « visage » à peine esquissé d'un « contrôle » des concentrations américain, mettant fin aux débats lancinant sur la nature des rapports à établir entre l'État fédéral américain et le marché.

Absente du programme du parti Démocrate, la victoire de Woodrow Wilson n'impliquait pas de prime abord la création d'une agence administrative spécialisée. Le problème était néanmoins d'ordre institutionnel<sup>1016</sup>. « Retenir » la décision judiciaire et empêcher que les cours généralistes statuent en premier ressort sur des questions économiques complexes constituait l'objectif premier d'une réforme (§1). Ce mouvement de modernisation ne mena pas paradoxalement à l'élaboration d'un plan institutionnel d'ensemble. La rétivité du Président Woodrow Wilson aux commissions administratives a semblé expliquer la fragmentation dans la compétence de mise en œuvre du Clayton Act (§2).

---

<sup>1013</sup> Le programme du parti Démocrate pour l'élection de 1912 est disponible en ligne : <http://www.presidency.ucsb.edu> [consulté le 06/08/2019].

. Voir aussi, D.D. MARTIN, *Mergers and the Clayton Act*, University of California Press, 1959, p. 28.

<sup>1014</sup> Le programme détaillé de chaque parti est consultable à l'adresse suivante : <http://www.presidency.ucsb.edu> [consulté le 23/07/2019].

<sup>1015</sup> Woodrow Wilson fut président des États-Unis de 1913 à 1921.

<sup>1016</sup> « In 1914 there was a general feeling that existing antitrust legislation was ineffective and bred uncertainty largely because its enforcement had been left entirely to the court ». P. ELMAN, *The Federal Trade Commission and the Administrative Process*, *Antitrust Bulletin*, N° 8, 1963, p. 609 ; Statement of Albert H. Walker, Attorney at Law, New York City, in, *Hearings Before the Committee on Interstate Commerce United States Senate, 62d Congress, S.Res. 98, Vol. II, Parts XVIII-XXVII*, Washington Government Printing Office 1912, p. 1537- 1571 ; G.C. HENDERSON, *Gale Making of Modern Law*, Ed. 2010, 1924, p.98.

## §1. La remise en cause du rôle du juge

**L'inadaptation de la jurisprudence de la Cour suprême.** En instituant une commission administrative indépendante, la FTC, par la loi du 26 septembre 1914<sup>1017</sup> et en votant le *Clayton Act*, le 15 octobre 1914<sup>1018</sup>, les États-Unis ont redéfini par incidence le rôle accordé au juge dans le processus d'application de la nouvelle loi *antitrust*. La Cour suprême, pilier d'un conservatisme judiciaire depuis l'arrêt *Lochner*<sup>1019</sup> se trouvait à contre-courant des évolutions sociales. Par le vote de ces lois fondamentales en droit de la concurrence, il fut opéré un retrait du champ d'intervention du juge judiciaire, un éloignement tenant à des raisons qui furent identifiées par un courant de la théorie juridique du début des années cinquante, la *Legal Process Jurisprudence*. Selon cette doctrine les problématiques sises dans les « zones grises » du droit de la concurrence seraient par leur nature même, indisponibles à l'appréhension du juge (A). Les effets de cette inadéquation constatés dès 1912, furent incarnés par le remède de la dissolution (B).

### A. La théorie des polycentric disputes

Les débats et auditions du Congrès durant la période suivant la publication des arrêts *Standard Oil* et *American Tobacco Co*, en 1911<sup>1020</sup> ont révélé la volonté du législateur de mettre un terme aux failles institutionnelles du droit *antitrust*<sup>1021</sup>. En ne sanctionnant que les

<sup>1017</sup> 15 U.S.C. §§ 41-58, amendé. Voir : <https://uscode.house.gov>.

<sup>1018</sup> 15 U.S.C. §12. Voir : <https://uscode.house.gov>.

<sup>1019</sup> *Lochner v. New York*, 198 U.S.45 (1905) ; *Hammer v. Dagenhart* 247 U.S. 251 (1918).

<sup>1020</sup> Voir, Senate Committee on Interstate Commerce, 62 Cong., Hearing, suivant S. Res. 98, pp. 1173 ff, reproduit in W. LETWIN, *A Documentary History of American Economic Policy since 1789*, Aldine Publishing Company, 1961, p. 233 et s. : le Sénateur Cummins et de L. Brandeis rejettent la notion de « *reasonable restraint of trade* ». Cf. de même les multiples propositions de loi, notamment, celle du sénateur Robert W. La Follette en 1911 a déposé une liste d'actes pouvant constituer des « preuves concluantes » de restrictions déraisonnables au commerce, par exemple exercer un commerce sous un nom d'emprunt ou cacher la propriété ou le contrôle d'une entreprise ou celle d'un fabricant. Cf. U.S. Senate 3276, 62d Cong. 1st Sess., Reproduit dans W.S. STEVENS, *Industrial Combinations and Trusts*, Macmillan Co., New York, 1913, pp. 530-537. En 1912, le Sénateur John Sharp Williams a présenté une *bill* insérant des prérequis obligatoires dans les statuts des entreprises exerçant un commerce interétatique. À cette occasion aurait été interdit l'achat d'actions au capital d'une autre entreprise. Cf. U.S. Senate 4747, 62d Cong. 1st Sess., Reproduit dans W.S. STEVENS, *op.cit.*, pp. 537-540. Alors que le Sénateur Albert B. Cummins, durant la même session, proposa d'imposer une limite de 10% à l'achat d'actions entre entreprises concurrentes, mais aussi de restreindre les fusions, les acquisitions d'actifs autant que la croissance interne des entreprises. Cf. U.S. Senate 5451, 62d Cong. 1st Sess., Reproduit dans W.S. STEVENS, *op.cit.*, pp. 540-547.

<sup>1021</sup> A. MARSHAK, *The Federal Trade Commission on the Frontier : Suggestion for the Use of Section 5*, *New York University Law Review*, Vol. 86, 2011, p. 1127.

actions et les comportements qui selon David Martin, étaient manifestement conçus pour monopoliser ou tenter de monopoliser leurs marchés<sup>1022</sup>, la Cour suprême ne s'était pas accordé l'aptitude<sup>1023</sup> d'appliquer le *Sherman Act* de façon à prévenir la formation des monopoles. Une inertie imputable selon la doctrine de la *Legal Process Jurisprudence*, à la spécificité même de ces opérations, qui échapperaient par nature au mode de contrôle *ex post*.

**Le courant de la *legal process jurisprudence*.** Développé par H.L.A Hart, Henri Hart, Albert Sacks, Herbert Wechsler, Paul Freund et Lon Fuller au sein de l'école de droit d'Harvard<sup>1024</sup> à la fin des années 1950, ce courant de pensée a en effet concentré son analyse sur le processus de formation de la jurisprudence<sup>1025</sup>. Leurs sujets d'étude portaient à titre liminaire sur l'office du juge et sur l'identification des buts sociaux attachés aux décisions de justice. La question de la compatibilité du pouvoir discrétionnaire du juge avec le principe de la *rule of law*<sup>1026</sup> constitua un enjeu théorique majeur<sup>1027</sup>.

---

<sup>1022</sup> D.D. MARTIN, *Mergers and the Clayton Act*, University of California Press, 1959, p. 17.

<sup>1023</sup> La Cour suprême a la faculté selon sa composition et sa volonté de jouer, même si elle s'en défend, un rôle politique. L'interprétation de la Constitution permet d'augmenter ou de réduire la compétence du Congrès, ce qui a pour conséquence directe de modifier l'étendue du fédéralisme, particulièrement en matière économique. Il est important de rappeler ici l'arrêt *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S (9 Wheaton) 1, (2 mars 1824), qui sous l'ère du *Chief Justice* Marshall (1835) donnait pleine compétence au Congrès de réglementer les activités commerciales, quand bien même celles-ci s'exerçaient à l'intérieur d'un même État. La *Commerce Clause* (Article 1<sup>er</sup>, Section 8 de la Constitution américaine), sera plus tard interprétée de manière bien plus restrictive. Cf. A. MATHIOT, Le rôle est l'influence de la Cour suprême dans la vie économique des États-Unis au XXe siècle, *Revue française d'Études Américaines*, N° 53, Fev. 1988, p. 27-36 ; S.P HAMILL, From special privilege to General Utility: A Continuation of Willard Hurst's Study of Corporations, *American University Law Review*, vol. 49, Issue 1, Art. 2, p. 104 ; H. HOVENKAMP, *Enterprise and American Law, 1836-1937*, Harvard University Press, 1991, p.80 ; H. HOVENKAMP, Inventing the Classical Constitution, *Iowa Law Review*, N° 1, 2015-2016, p.5.

<sup>1024</sup> Henri Hart (1907-1992) était professeur de droit à l'Université d'Harvard, H.L.A Hart (1907-1978) était professeur de jurisprudence à l'Université d'Oxford, Herbert Wechsler (1909-2000) professeur de droit à l'Université d'Harvard, Paul Freund (1908-1992) professeur de droit constitutionnel à l'Université d'Harvard et Lon Fuller (1902-1978) professeur de philosophie du droit à l'Université d'Harvard. Parmi les ouvrages fondateurs de ce courant de théorie du droit voir, H.M. HART, A.M. SACKS, *The Legal Process. Basic Problems in the Making and Application of Law*, Tentative ed. Published Camb., Mass., 1958 (1<sup>ère</sup> ed.), comprenant une introduction de W.N. Eskridge, jr. et P.P. Frickey (Ed. 1994) ; Plus récemment le manuscrit inédit de H.L.A. HART intitulé « Discretion ». cf. H.L.A. HART, Discretion, *Harvard Law Review*, Vol. 127, No. 2, 2013.

<sup>1025</sup> M. TOURBE, La conception du pouvoir judiciaire chez Woodrow Wilson. Le réalisme juridique à l'épreuve du gouvernement des juges, *Jus Politicum. Dalloz*, N°4, 4 juillet 2012, p.14.

<sup>1026</sup> La *rule of law* est un principe général de droit anglais signifiant « prééminence du droit ». Le respect de la *rule of law* implique « la suprématie de la loi régulière », c'est-à-dire celle énoncée régulièrement par les juridictions et par le pouvoir législatif. Elle implique l'égalité de tous devant la loi et la protection des droits et des libertés individuels contre le despotisme. Ce principe a été transposé aux États-Unis « comme le règne de la Constitution » dans l'arrêt *Marbury v. Madison* de 1803 . Cf. ALLAND D., RIALS S., (sous la direction de), *Dictionnaire de la culture juridique*, Éd. Presses Universitaires de France, Coll. Quadrige Dicos Poche, 2003, p. 1379 et s. Parmi les éléments constitutifs de la *rule of law* réside notamment la prévisibilité de la règle de droit. Voir, B.Z. TAMANAHA, *On the Rule of Law – History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, 2004 ; R.A KHAN, G. DAVIES, Merger Control and the Rule of Law, *Erasmus Law Review*, Vol.02, 2009, p.26 et s.

<sup>1027</sup> La doctrine a fait l'objet de critiques puis d'un intérêt nouveau. Voir particulièrement, E. L. RUBIN, The new legal process, the Synthesis of Discourse, and the Microanalysis of Institutions, *Harvard Law Review*, Vol. 109, 1996, p.1393.



La méthodologie dégagée par la *legal process* encourage les juges à structurer leurs décisions sur des bases explicites et à viser dans leurs motivations de manière transparente et honnête les buts qu'il cherche à atteindre par une « *reasoned elaboration* »<sup>1028</sup>. Les juges respectant les standards de la *legal process doctrine* offriraient alors une réelle prédictibilité du précédent pour les justiciables<sup>1029</sup> et développeraient un corps de règles cohérent et reproductible pour les juges.

**Définition des « *polycentric problems* ».** Si leurs travaux n'étaient pas tournés vers le droit antitrust<sup>1030</sup>, ceux de Lon Fuller dans son célèbre article « *The Forms and the Limits of Adjudication* »<sup>1031</sup>, explique de manière lumineuse l'origine de l'incapacité des cours à traiter efficacement de ce qu'il nomme les « *polycentric disputes* »<sup>1032</sup>.

Pour déterminer la « polycentricité » d'un problème, Fuller, n'offre pas de définition, mais raisonne par analogie :

*What is a polycentric problem? Fortunately, I am in a position to borrow a recent illustration from the newspapers. Some months ago a wealthy lady by the name of Timken died in New York leaving a valuable, but somewhat miscellaneous, collection of paintings to the Metropolitan Museum and the National Gallery "in equal shares," her will indicating no particular apportionment. When the will was probated the judge remarked something to the effect that the parties seemed to be confronted with a real problem. The at-*

<sup>1028</sup> H.M. HART, A.M. SACKS, *The Legal Process. Basic Problems in the Making and Application of Law*, Tentative ed. Published Camb., Mass., 1958 (1<sup>ère</sup> ed), p. 143

<sup>1029</sup> « The opinion should be honest and provide a basis for determining whether the rule laid down controls arguably similar fact situations. Precedent must be distinguished on the basis of expressed decisional standards. That which cannot be distinguished must be overruled ». W.L. REYNOLDS, S.W. WALLER, *Legal Process and the Past of Antitrust*, SMU Law Review, Vol. 48, 1995, p. 1815. Richard Posner, alertera contre ce « langdellianism » d'un nouveau genre. RT. POSNER, *Overcoming Law*, Harvard University Press, 1995, p.75-76.

<sup>1030</sup> Ce courant de pensée cherchait à dégager une théorie générale du processus de raisonnement des cours par le recours à ce que Herbert Weschler appelait « des principes neutres » (Cf. A. WECHSLER, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, *Harvard Law Review*, Vol. 73, No. 1 (Nov., 1959), p. 1-35). Une section de l'ouvrage de Sacks et Hart, *The Legal Process* se concentre cependant sur le travail de la FTC. Cf. H.M. HART, A.M. SACKS, *The Legal Process. Basic Problems in the Making and Application of Law*, Tentative ed. Published Camb., Mass., 1958 (1<sup>ère</sup> ed.), comprenant une introduction de W.N. Eskridge, jr. et P.P. Frickey (Ed. 1994), p.1083-1109.

<sup>1031</sup> L.L. FULLER, K.I. WINSTON, *The Forms and Limits of Adjudication*, *Harvard Law Review*, Vol. 92, N° 2 (Dec. 1978) pp.353-409.

<sup>1032</sup> Idem.

*torney for one of the museums spoke up and said, “We are good friends. We will work it out somehow or other.” What makes this problem of effecting an equal division of the paintings a polycentric task? It lies in the fact that the disposition of any single painting has implications for the proper disposition of every other painting. If it gets the Renoir, the Gallery may be less eager for the Cézanne, but all the more eager for the Bellows, et cetera. If the proper apportionment were set for argument, there would be no clear issue to which either side could direct its proofs and contentions. Any judge assigned to hear such an argument would be tempted to assume the role of mediator, or to adopt the classical solution: Let the older brother (here the Metropolitan) divide the estate into what he regards as equal shares, let the younger brother (the National Gallery) take his pick<sup>1033</sup>.*

Ainsi, le jugement d'un contentieux dont la nature est polycentrique impliquerait la prise en compte de valeurs multiples et incommensurables pour lesquels les cours seraient « *ill-equipped* »<sup>1034</sup>. Philip Elman<sup>1035</sup> semble avoir été le premier à désigner les phénomènes concentratifs comme soulevant des problèmes de type polycentrique.

**La nature polycentrique des problèmes issus des concentrations économiques.** Selon Elman le contrôle des moyens de croissances externes des entreprises ne serait pas accessible de manière efficace aux mécanismes de coercition conventionnels. Au sein de ces « *zones grises* » gouvernées par « *the amorphous Rule of Reason* », il ne peut être joué au « *cops-and-robbers game with ‘good guys’ on one side and the ‘bad guys on the other* »<sup>1036</sup>. Le commissaire souligne *a contrario* que les procédures et remèdes appliqués par les cours fédérales lors de poursuites par le DOJ et par les personnes privées contre les conduites « *unambiguously harmful* » couvertes par les « *per se rules* »<sup>1037</sup> ont été « *quite successful* » « *appropriate and effective* ». Il confirme ainsi la thèse de Fuller, selon laquelle les cours se-

---

<sup>1033</sup> L.L. FULLER, K.I. WINSTON, The Forms and Limits of Adjudication, *Harvard Law Review*, Vol. 92, N° 2 (Dec. 1978) pp.353-409.

<sup>1034</sup> *Idem.*, p.353.

<sup>1035</sup> Commissaire à la FTC de 1961 à 1970.

<sup>1036</sup> P. ELMAN, Antitrust Enforcement : Retrospect and Prospect, *American Bar Association (ABA)*, July 1967, Vol. 53, p.609 et s.

<sup>1037</sup> R.N. COOK, R. A. SKITOL, Fresh Thinking About the FTC/DOJ Interface : Return to the Wilson-Brandeis-Elman Vision, *The Antitrust Source*,(ABA), July 2002, disponible en ligne: <https://www.americanbar.org>.

raient plus efficaces dans les « *yes/no decisions* »<sup>1038</sup> que pour saisir les « *other restrictive practices, less palpable but no less harmful to the economy* (. . .) »<sup>1039</sup>.

Le lien entre la limite des capacités d'appréciation des juges généralistes et un contrôle efficace de l'exercice du pouvoir économique est apparu aux commentateurs et aux acteurs contemporains des arrêts *Standard Oil* et *American Tobacco* en 1911, mais sans doute surtout aux juges eux-mêmes, dont la jurisprudence par à-coup témoigne d'un manque de clarté. La conscience des soubassements économiques de la doctrine de *common law* du *restraint of trade* leur avait fait préférer l'approche « traditionnelle » du droit des sociétés étatique pour traiter des problèmes de concurrence<sup>1040</sup>.

**Des interprétations jurisprudentielles dissonantes.** La lecture économique classique<sup>1041</sup> de la Cour suprême des phénomènes de marché où la coercition constituait l'élément qualifiant du monopole illégal<sup>1042</sup> et une interprétation de la loi fidèle à la doctrine originelle de la *common law* qui ne reconnaît pas les actes volontaires tels que les concentrations

---

<sup>1038</sup> L.L. FULLER, K.I. WINSTON, The Forms and Limits of Adjudication, *Harvard Law Review*, Vol. 92, N° 2, 1978, p.353.

<sup>1039</sup> P. ELMAN, Antitrust Enforcement : Retrospect and Prospect, *American Bar Association (ABA)*, July 1967, Vol. 53, p. 610.

<sup>1040</sup> Voir, H. HOVENKAMP, *Enterprise and American Law, 1836-1937*, Harvard University Press Cambridge, Massachusetts London, England, 1991, p. 269.

<sup>1041</sup> H. Hovenkamp rappelle que les cours n'ignoraient pas les progrès de « *l'économie politique* ». Malgré l'émergence dès la fin du XIXe siècle des théories néoclassiques (et par là, de la « *science économique* »), les cours restaient attachées aux principes économiques « *classiques* », guidés notamment par la liberté contractuelle. Ce n'est qu'après la publication de l'ouvrage *Principles of Economics*, des Britanniques Alfred et Mary Marshall en 1890, où les économistes s'intéressèrent davantage à l'idée d'équilibre de marché entre l'offre et la demande à travers la théorie de l'utilité marginale, se détournant des considérations sur la liberté individuelle, pour aboutir au concept de la concurrence pure et parfaite théorisée par Leon Walras et généralisée dans les années 1930. Cf. *Alfred Marshall, Principles of Economics (1890)* ; *John Bates Clarks, Essentials of Economics Theory (1907)*. R.J.R PERITZ, *Competition Policy in America, History, Rethoric, Law*, Oxford Ed., 1996, p.33 ; H. HOVENKAMP, *Enterprise and American Law, 1836-1937*, Harvard University Press Cambridge, Massachusetts London, England, 1991, p. 282 ; Voir en général, E. COMBE, *La politique de concurrence*, Ed. La Découverte, Coll. Repères, 2008, p.15 et s.

<sup>1042</sup> La concurrence comme entendu par les classiques ne pouvait résulter que de la liberté contractuelle. Dès lors, dans une vision classique, l'atteinte à la concurrence constituait une restriction de la liberté d'autrui. Dans un paradigme classique, explique Hovenkamp, des prix ne pourraient jamais être fixés par un monopole sans que des personnes restreignent l'entrée sur le marché. Ces restrictions pouvant prendre deux formes : la première provenant d'un droit exclusif accordé par la puissance publique, la seconde pouvant résulter d'un accord privé afin d'empêcher l'arrivée de nouveaux acteurs, soit par une entente dirigée contre une cible. Les arrêts condamnant de tels contrats s'appuyaient en général sur la volonté coercitive d'exclure ou de soumettre des concurrents. La notion de « coercition » ne s'appliquant pas aux consommateurs, ceux-là restant libres de ne pas acheter le bien, à l'exception des biens de premières nécessités. H. HOVENKAMP, *Enterprise and American Law, 1836-1937*, Harvard University Press Cambridge, Massachusetts London, England, 1991, p. 288 et s.; H. HOVENKAMP, *The Sherman Act and the Classical Theory of Competition*, *Iowa L. Rev.*, Vol. 74, 1988-1989, p. 1019.

d'entreprises, comme pouvant affecter le commerce<sup>1043</sup>, avaient rendu le *Sherman Act* inefficace pour empêcher la formation des grands trusts.

La Section 1ère du *Sherman Act* qui dispose qu'« *Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal* »<sup>1044</sup> avait été interprétée dans un premier temps de manière à condamner les contrats de fixation de prix et les concentrations qui supprimaient la concurrence. Le juge Harlan rédacteur de l'opinion majoritaire de l'arrêt *Northern Securities* de 1904 assurait que le Congrès « *has, in effect, recognized the rule of free competition by declaring illegal every combination or conspiracy in restraint of interstate and international commerce* ». L'opération visée, un transfert d'actions, avait été en effet qualifié par la Cour en l'espèce de « *combination* » qui s'appuyait sur le respect de la libre concurrence. Cet arrêt traduisait en réalité une vision très hétérodoxe de cette catégorie<sup>1045</sup>. Dans son opinion dissidente, le juge Oliver Wendell Holmes rappelait que « *The court below argues as if maintaining competition were the expressed object of the act. The act says nothing about competition* »<sup>1046</sup>.

L'arrêt *Northern Securities* avait déjà commencé à percevoir les dominances de marché « *or the effective elimination of competition* »<sup>1047</sup>. La nomination par le Président Taft du juge White comme *Chief Justice*, renversera cette construction dans les arrêts *Standard Oil Co.*<sup>1048</sup> et *American Tobacco*<sup>1049</sup>. Prononçant la dissolution des deux entreprises aux motifs non pas que les fusions avaient créé des monopoles anticoncurrentiels, la légalité des acquisitions par la *Standard Oil* ne constituant selon White qu'une « *prima facie presumption* », les concentrations étaient déclarées illégales en vertu de la Section 2 du *Sherman Act* car elles avaient pour

---

<sup>1043</sup> Voir en particulier, l'argumentation des parties défenderesses dans les arrêts *Joint Traffic United States v. Joint Traffic Ass'n*, 171 U.S. 505 et 533 (1898).

: le *Sherman Act* serait inconstitutionnel s'il était interprété de manière à interférer avec « *right to make contracts regarding his own affairs* » ; *Addyston Pipe & Steel Co. v. United States*, 175 U.S. 211, 227(1899).

<sup>1044</sup> *Sherman Antitrust Act 1890* dans son texte original disponible en ligne, consulté le 09/08/2019] : <https://www.ourdocuments.gov/doc> ; codifié 15 USC Ch. 1, disponible en ligne : <https://uscode.house.gov>.

<sup>1045</sup> *Northern Securities Co. v. US*, 193 U.S. 194, points 332 et 342. Voir aussi, le commentaire de Rudolph J.R. PERITZ, in., *Competition Policy in America, History, Rhetoric, Law*, Oxford University Press, 1996, p.26 et s. Pour une analyse de la décision de la *circuit court*, voir, J.L. THORNDIKE, *The Decision in the Merger Case*, Little Brown & Co., 1904.

<sup>1046</sup> *Northern Securities Co v. U.S.*, 193 U. S. (1904), point 403.

<sup>1047</sup>H. HOVENKAMP, *Enterprise and American Law, 1836-1937*, Harvard University Press Cambridge, Massachusetts London, England, 1991, p. 291. Le renversement de jurisprudence mènera à exempter le plus dommageable des trusts : *US Steel*. La cour refusant de reconnaître la dominance de marché telle qu'esquissée dans *Northern securities*.

<sup>1048</sup> *Standard Oil v. United States*, 221 U.S. 1. (1911).

<sup>1049</sup> *United States v. American Tobacco*, 221 U.S. 106. (1911).

but d'empêcher les concurrents potentiels d'entrer sur le marché. Le développement organique de ces deux entreprises à l'aide des multiples rachats de sociétés en amont et en aval de la production de pétrole, était « *necessarily involved the intent to drive others from the field and to exclude them from their right to trade and thus accomplish the mastery which was the end in view* »<sup>1050</sup>.

En opposition à cette conception, l'idée que des marchés hautement concentrés portaient atteinte à la concurrence avait atteint un consensus politique. Il ne se basait pas sur des preuves empiriques, comme le souligne Eleanor M. Fox et Lawrence A. Sullivan, mais plutôt sur une dynamique sociale, économique et politique qui obéissait à une perception commune<sup>1051</sup>. Le Congrès a considéré par les votes du *FTC Act* et du *Clayton Act* que la prévention de telles restrictions dès leur formation constituait « *too big and complex job for untrained judges unaided by expert assistants and compelled to work within the limits of traditional adversary litigation* »<sup>1052</sup>.

Ainsi, la nature polycentrique des problématiques touchant aux concentrations monopolistiques ne pouvait être résolue efficacement par le système traditionnel du contentieux *ex post*. Au-delà de cette incapacité intrinsèque à juger de la dangerosité d'une concentration, les remèdes prononcés par la Cour suprême soulevaient de nombreuses difficultés d'exécution pour l'administration judiciaire.

## **B. Le remède de la dissolution, le cas *American Tobacco***

**L'inefficacité des sanctions *ex post*.** Le modèle de l'*adjudication* qui donne lieu à une rectification *a posteriori* des problèmes de concurrence en revenant sur une concentration déjà réalisée a entraîné de nombreuses conséquences non anticipées. Dans le champ politique, les

---

<sup>1050</sup> Standard Oil, 221 U.S. at 76. (1911).

<sup>1051</sup> E.M. FOX, L.A. SULLIVAN, Antitrust – Retrospective and Prospective : Where are we Coming from ? Where are we Going ?, *New York University Law Review*, Vol. 62, p.942.

<sup>1052</sup> P. ELMAN, Antitrust Enforcement : Retrospect and Prospect, *American Bar Association (ABA)*, July 1967, Vol. 53, p.610.

démantèlements de la *Standard Oil* et d'*American Tobacco* n'ont pas produit l'effet positif souhaité sur l'opinion publique. Sur le plan pratique le cheminement vers un dispositif administratif de la loi *Clayton*, s'est accompli lors de la dissolution de l'entreprise *American Tobacco*.

Depuis le vote du *Sherman Act*, le démantèlement (*dissolution*) et les cessions d'actifs (*divestitures*) avaient été requis auparavant contre plusieurs entreprises plus ou moins intégrées, mais n'avaient jamais été ordonnés comme remèdes<sup>1053</sup> jusqu'à l'arrêt *Standard Oil Co. v. United States*<sup>1054</sup>. Absentes de la loi, les juges y recourent en vertu de leurs pouvoirs d'*equity*<sup>1055</sup> explicitement accordés à la Section 4 :

*The several district courts of the United States are invested with jurisdiction to prevent and restrain violations of sections 1 to 7 of this title; and it shall be the duty of the several United States attorneys, in their respective districts, under the direction of the Attorney General, to institute proceedings in equity to prevent and restrain such violations*<sup>1056</sup>.

Ce pouvoir très ancien, qui permet au juge un certain degré de discrétion dans les moyens à mettre en œuvre pour faire cesser la violation de la loi prend cependant des formes clairement établies dans le cas du *Sherman Act*. Ainsi selon le professeur Oppenheim,

*« the essence of equity jurisdiction is the power of the court to mould the decree to the necessities of the particular case. Invocation by the United States of the general authority of a court of equity under the Sherman Act enables the court to exercise a wide discretion in framing its decree so as to give effective and adequate relief. Since the public interest is directly involved, the*

---

<sup>1053</sup> Le terme de « *relief* » est utilisé en droit antitrust américain jusqu'au vote du *HSR Act*. La notion de « *remedy* » apparaîtra pour désigner les mesures prises avant la consommation de la concentration. Cf. 15 U.S.C. § 1 (2004). Dans un souci de clarté et dans l'absence de traduction satisfaisante, nous utiliserons en français le terme de « remède » pour ces deux notions. Il faut au demeurant souligner que ces méthodes constituent des moyens de corrections aux atteintes à la concurrence et non des mesures punitives. Cf. H.A. TOULMIN, *Treatise on the Anti-Trust Laws of the United States and Including All Related Trade Regulatory Laws*, HeinOnline Classic Library, 1951, p. 974.

<sup>1054</sup> *Co. v. United States*, 221 U.S. 1(1911).

<sup>1055</sup> Dictionnaire de la culture juridique, « *Common law* », p. 240.

<sup>1056</sup> 15 U.S.C.A. §4 (2019).

*court may go further in giving relief than it does when only private rights are involved. The Sherman Act vests the court with jurisdiction not only to 'restrain' but also to 'prevent' violations of the Act by injunctions or otherwise ».*<sup>1057</sup>

Dès lors, le juge dispose en vertu de son pouvoir d'*equity*, de moyens comportementaux, les *injunctive reliefs*<sup>1058</sup>, mais aussi de moyens structurels<sup>1059</sup> lorsque ces premiers ne suffisent pas à corriger l'atteinte au commerce<sup>1060</sup>. Sont appelés *divestitures* les « *situations where the defendants are required to divest themselves of property, securities or other assets* », ils consistent donc en des cessions ou des rétrocessions d'actifs appartenant aux *defendants*. Le terme *dissolution* vise généralement toutes situations où il est ordonné de liquider une concentration réputée illégale, ce qui inclut par conséquent selon l'auteur, « *the use of divestiture and divorcement as methods of achieving that end* »<sup>1061</sup>. L'outil de la dissolution a été utilisé par la Cour suprême pour la première fois en 1911 pour démanteler la *Standard Oil* et *American Tobacco*, deux « *leviathans of American business* »<sup>1062</sup>.

**Les dissolutions de la Standard Oil et d'American Tobacco.** Du fait de l'organisation en *holding* de la *Standard Oil*, la Cour suprême avait ordonné par *decree*<sup>1063</sup> à la société mère, la *New Jersey Company*, de se dissoudre dans les six mois suivants le prononcé du jugement.

---

<sup>1057</sup> S.C. OPPENHEIM, *Cases on Federal Anti-trust Laws, Including Restraints of Trade at Common Law : Trade Regulation*, West.Pub. Co., 1948, p. 885 et s.

<sup>1058</sup> BLACK'S LAW DICTIONARY, occurrence de « relief » : « relief (...) is used as a general designation of the assistance, redress, or benefit which a complainant seeks at the hands of a court, particularly in equity. It may be thus used of such remedies as specific performance, or the reformation or rescission of a contract; but it does not seem appropriate to the awarding of money damages. ».

<sup>1059</sup> À titre liminaire, trois types de remèdes structurels sont établis, la *divestiture*, qui correspond à toutes cessions d'actif, le *divorcement*, qui vise principalement les cessions prononcées dans le cadre d'intégrations verticales anticoncurrentielles et enfin, la *dissolution*, qui par la cession ou la rétrocession d'actions mets fin à l'existence juridique de l'entreprise. Le professeur Saul Chesterfield OPPENHEIM précise que ces notions sont dans la pratique utilisées comme synonymes. S.C. OPPENHEIM, *Cases on Federal Anti-trust Laws, Including Restraints of Trade at Common Law : Trade Regulation*, West.Pub. Co., 1948, p. 885 et s. Stephen FRAIDIN, ajoute qu'en matière d'antitrust, le terme *divestiture* constitue l'expression générique, *divorcement* ne renvoyant qu'à un type particulier de *divestiture*. Cf. S. FRAIDIN, *Dissolution and Reconstitution : A Structural Remedy and Alternatives*, *Georges Washington Law Review*, N° 33, 1965, p.900. A. WALTER (1951) *Dissolution Divorcement, Divestiture: The Pyrrhic Victories of Antitrust*, *Indiana Law Journal*, Vol. 27: Iss. 1, Article 1., 1.

<sup>1060</sup> S.C. OPPENHEIM, *Cases on Federal Anti-trust Laws, Including Restraints of Trade at Common Law : Trade Regulation*, West.Pub. Co., 1948, p. 885 et s.

<sup>1062</sup> W.E. KOVACIC, *Failed Expectations ; The Troubled Past and Uncertain Future of the Sherman Act as a Tool for Deconcentration*, *Iowa L. Rev.* 74, 1988-1989, p.1105.

<sup>1063</sup> BLACK'S LAW DICTIONARY, occurrence de « Decree » : « *The judgment of a court of equity or admiralty, answering for most purposes to the judgment of a court of common law. A decree in equity is a sentence or order of the court, pronounced on hearing and understanding all the points in issue, and determining the rights of all the parties to the suit, according to equity and good conscience* ».

Elle soumit son plan de réorganisation en juillet 1911, distribuant au *prorata* les actions de ses sociétés subsidiaires à ses propres actionnaires, dorénavant divisés en trente-trois entreprises indépendantes<sup>1064</sup>. Une fois acceptée par la Cour, la dissolution de la *Standard Oil* fut accompagnée de la simple injonction de ne plus s'entendre à nouveau dans le but de « *restreindre le commerce* »<sup>1065</sup>.

Le cas d'*American Tobacco*<sup>1066</sup>, résultat de fusions successives et de nombreuses consolidations depuis les années 1890, se révélera beaucoup plus complexe à résoudre. Malgré le retentissement spectaculaire de ces deux dissolutions, elles furent considérées comme des échecs du genre, non seulement du point de vue du résultat sur la concurrence,<sup>1067</sup> mais aussi dans leur processus de production.

Si la Cour suprême détermine en vertu de son pouvoir *d'equity* les mesures structurelles à prendre pour mettre fin aux atteintes à la concurrence, sa part n'était pas toujours directe dans l'exécution effective de ces mesures<sup>1068</sup>. Les modalités du plan de dissolution étaient renvoyées à l'examen de la *circuit court* dans des délais fixés *a priori* par la Cour suprême<sup>1069</sup>. La *circuit court* détenait à cet égard un « *administrative power (. . .) to take such further steps as may be necessary to fully carry out the directions which we have given.* »<sup>1070</sup>.

---

<sup>1064</sup> Parmi les plus importantes, la *Standard Oil of New Jersey* (Exxon) ; la *Standard Oil of New York* (Mobil) ; la *Standard Oil of California* (Chevron) ; la *Standard Oil of Ohio* (Sohio) ; la *Standard Oil of Indiana* (Amoco) ; la *Continental Oil* (Conoco) ; l'*Atlantic*. Cf. Cours de l'Université de Pennsylvanie du Professeur John A. Dutton, disponible en ligne : <https://www.e-education.psu.edu/egce120/book/export/html/198>.

<sup>1065</sup> A. M. BICKEL, B.C. SCHMIDT, JR, *History of the Supreme Court of the United States*, Macmillan Publishing Company, Vol. IX, p. 116-117.

<sup>1066</sup> *United States v. Am. Tobacco Co.*, 221 U.S. 106 (1911). L'affaire *American Tobacco* fut initiée sous la présidence de Théodore Roosevelt le 19 juillet 1907.

<sup>1067</sup> Voir en particulier, la bibliographie construite par W. Kovacic qui liste la somme d'ouvrages analysant de manière négative les dissolutions opérées sous le *Sherman Act*. W.E. KOVACIC, *Failed Expectations ; The Troubled Past and Uncertain Future of the Sherman Act as a Tool for Deconcentration*, *Iowa L. Rev.* 74, 1988–1989, p. 1105, note de bas de page n° 4.

<sup>1068</sup> Elle s'appuie le cas échéant sur l'arrêt de la cour inférieure et sur les réquisitions de l'*Attorney general* ; dans l'arrêt *American Tobacco*, la Cour suprême est revenue sur le jugement de la *District court*, en prononçant des mesures plus sévères : « *The Supreme Court did not believe that the relief granted by the lower court was broad enough (. . .). The conviction that a prohibition of interstock ownership would afford only partial relief and that the unification and complexity of the consolidation made it impossible to formulate a remedy that would restore original lawful conditions, deterred the court from decreeing any specific dissolution lest "any remedy it might suggest should operate to injure the public and to perpetuate the wrong created."* ». Cf. M. R. THOMPSON, *Trust Dissolution Proceedings under the Sherman Law*, MA (Master of Arts) Thesis, State University of Iowa, 1915, p. 74.

<sup>1069</sup> Dans l'affaire *American Tobacco*, la Cour suprême accordait six mois avec une prolongation possible de soixante jours pour exécuter le jugement. Cf. 221 U.S. 187.

<sup>1070</sup> 221 U.S. 187.



Rendu deux semaines après l'arrêt *Standard Oil*, le 29 mai 1911, l'affaire *American Tobacco* apparaîtra comme une confirmation sur le fond de la doctrine de « la règle de raison » prononçant la dissolution du monopole<sup>1071</sup>. Il s'en distingue cependant par les circonstances dans lesquelles elle intervient. *American Tobacco Company* est en effet, le résultat d'une intégration économique verticale et horizontale très profonde, dont l'expansion a mené à la création d'une structure extraordinairement complexe<sup>1072</sup>. Les particularités du déroulement du processus d'élaboration du plan de dissolution constitueront le creuset de la réforme institutionnelle de 1914.

**L'impraticabilité des plans de dissolution pour le *Department of Justice*.** Dans les conditions établies par la Cour, le *defendant* devait proposer un plan de dissolution qui était dans la pratique négociée au cours d'entrevues hautement confidentielles (*secret conferences*). Elles rassemblaient deux membres de la Cour ou plus, l'*Attorney General* et ses conseils ainsi

---

<sup>1071</sup> « That the Court below, in order to give effective force to our decree in this regard, be directed to hear the parties by evidence or otherwise, as it may be deemed proper, for the purpose of ascertaining and determining upon some plan or method of dissolving the combination and of recreating, out of the elements now composing it, a new condition which shall be honestly in harmony with and not repugnant to the law ». Cf. 221 U.S. 187.

Sur les motifs de la dissolution, la Cour suprême rappelle que celle-ci intervient « not because of the vast amount of the property aggregated by the combination » mais parce que « the history of the combination is so replete with the doing of acts which it was the obvious purpose of the statute to forbid, so demonstrative of the existence from the beginning of a purpose to acquire dominion and control of the tobacco trade (. . .) ». Cf. 221 U.S. 187.

<sup>1072</sup> La construction d'*American Tobacco* et son développement en monopole a fait l'objet d'un rapport détaillé du *Bureau of Corporations* publié le 1<sup>er</sup> janvier 1911. Cf. United States Bureau of Corporations, *Report of the Commissioner of Corporations on the Tobacco Industry*, U.S. Government Printing Office, 1911, 880 p., disponible en ligne : <https://play.google.com>. En substance, *American Tobacco Company* naît en 1890 sous le régime du droit des sociétés de l'État du New Jersey. L'entreprise a été fondée par les cinq principaux producteurs de tabac des États-Unis. De multiples acquisitions et consolidations ont permis de contrôler 90% du marché des cigarettes, en concluant des accords exclusifs et par le rachat de concurrents. *American Tobacco* prendra part à « une guerre du tabac » et asphyxiera ses concurrents par la fixation de prix prédateurs, c'est-à-dire par la vente de produits en dessous du prix de production et par l'achat massif de champs de tabac. Les pertes pour l'entreprise se compteront en millions de dollars mais assiéra son contrôle du marché amont. En 1898, à l'issue de cette guerre, de nombreux concurrents rejoindront *American Tobacco* pour former la *Continental Tobacco Company*. Poursuivant sa politique de rachats d'entreprises, il sera décidé en 1901 de former la holding *Consolidated Tobacco Company*, afin de centraliser leur contrôle sur l'industrie du tabac. La *Consolidated Tobacco Company*, l'*American* et la *Continental* fusionneront en 1904 en l'*American Tobacco Company* avec une capitalisation de 255 292 100 dollars. Elle contrôlait 75% de la production américaine du tabac à fumer, 80% de la production, 79% du marché du tabac fine coupe destiné aux cigarettes roulées, 80% des cigarettes, 13% des cigares, 90% du tabac à priser et 93% des cigarillos. Le rapport du *Bureau of Corporations* a conclu que la montée constante des prix dans l'industrie du tabac était directement attribuable au degré de contrôle monopolistique d'*American Tobacco*. Voir, *Report of the Commissioner of Corporations on the Tobacco*, Part II, pp. 331-332 et p. 239-240.

que les représentants de l'entreprise objet de la dissolution et ses défenseurs<sup>1073</sup>. Ces *conférences* informelles constituaient de véritables pourparlers.

Parallèlement aux *secret conferences*, la procédure en *equity* était organisée autour d'auditions publiques (*interlocutory hearings*<sup>1074</sup>) au cours desquelles le juge se forgeait une conviction. Le jugement (*final decree*) était rendu à la suite de la *final hearing*, où la Cour entendait non seulement les parties, mais aussi toutes les personnes intéressées à l'affaire et qui voulaient exprimer leurs vues en tant qu'*amicus curiae*<sup>1075</sup>. Invitées à s'exprimer sur le projet de dissolution trois associations indépendantes de l'industrie du tabac, la *National Cigar Leaf Tobacco Association*, la *Cigar Manufacturers Association* et l'*Independent Tobacco Salesmen's Association*, représentées notamment par Louis D. Brandeis ont contesté le plan de dissolution déposé par *American Tobacco*<sup>1076</sup>, sans succès. Le plan de dissolution d'*American Tobacco* présenté le 16 octobre 1911 fut approuvé par le juge le 16 novembre 1911.

Si la *Circuit court* n'était pas tenue d'accepter le plan de l'entreprise défenderesse, elle reconnaissait, « (...) *This Court has neither authority nor power to carry out and enforce any plan of readjustment without the cooperation of the owners of the property, the holders of these stocks and bonds. It would be a sheer waste of time, therefore, to consider any plan rad-*

---

<sup>1073</sup> M.R. THOMPSON, *Trust Dissolution Proceedings under the Sherman Law*, MA (Master of Arts) Thesis, State University of Iowa, 1915 ; A. M. BICKEL, B.C. SCHMIDT, in., JR, *History of the Supreme Court of the United States*, Macmillan Publishing Company, Vol. IX, p. 120.

<sup>1074</sup> *Hearing* est un terme d'*equity* qui se définit ainsi : « *Hearing* (...) is applied to the argument and consideration of a case at the several stages of its progress ». Voir T. ATKINS, *Federal Equity Practice*, Bluebook, Northport, Long Island, 1909, p. 1141.

<sup>1075</sup> La Cour a toutes discrétions pour autoriser des tiers à l'instance à intervenir en tant « qu'amis de la Cour » au regard « de l'importance de la question pour [ces] personne[s] ». Cf. A. DEYSINE, *la Cour suprême des États-Unis. Droit, politique et démocratie*, Coll. Essai les sens du droit, Ed. Dalloz, 2015, p.188. Ces tiers peuvent alors déposer un « *brief* », c'est-à-dire, « a written document; a letter; a writing in the form of a letter. A summary, abstract, or epitome. A condensed statement or epitome of some larger document, or of a series of papers, facts and circumstances, or propositions ». Dans la pratique, il est « the vehicle of counsel to convey to the appellate court the essential facts of his client's case, a statement of the questions of law involved, the law he would have applied, and the application he desires made of it by the court. *Bell v. Germain*, 12 Cal.App. 375, 107 P. 630 ». BLACK'S LAW DICTIONARY, occurrence de « *brief* », p. 240.

L'*amicus curiae*, peut devenir parti à l'instance en déposant « a motion to intervene ». Lors de l'affaire *American Tobacco*, trois associations indépendantes de professionnels du tabac (la *National Cigar Leaf Tobacco Association*, la *Cigar Manufacturers Association* et l'*Independent Tobacco Salesmen's Association*, représentées notamment par Louis D. Brandeis) ont contesté le plan de dissolution déposé par *American Tobacco*. Invitées par la cour à s'exprimer sur le projet de dissolution en tant qu'« amis de la cour », leur « motion to intervene » qui leur aurait permis de devenir partis, fut néanmoins rejetée. Cf. M.R. THOMPSON, *Trust Dissolution Proceedings under the Sherman Law*, MA (Master of Arts) Thesis, State University of Iowa, 1915, p. 94 et s.,

<sup>1076</sup> Ils tentèrent de déposer une « motion to intervene » qui leur aurait permis de devenir parties, qui fut néanmoins rejetée. M.R. THOMPSON, *Trust Dissolution Proceedings under the Sherman Law*, MA (Master of Arts) Thesis, State University of Iowa, 1915, p. 94 et s.

ically different from the one now before us »<sup>1077</sup>. La Cour suprême avait néanmoins décidé qu'en cas d'échec « *the court should prohibit defendants from interstate commerce by means of an injunction or appoint a receiver over the whole property to give effect to the law* »<sup>1078</sup>.

Le *dissolution decree* n'avait donc pas été pensé et conçu par le juge chargé de la procédure de désintégration. Celui-ci s'était actué car il constituait la volonté des parties à l'instance. Celle de l'entreprise *American Tobacco*, mais aussi de l'*Attorney General*, sans que des voix dissonantes puissent effectivement atteindre la cour efficacement.

Interrogé par le Président Taft sur son rôle, l'*Attorney General* Wickersham<sup>1079</sup> commença par souligner « *the very unsatisfactory condition of law and procedure under which [he has] been acting* »<sup>1080</sup>. Ajoutant,

« *It is not right that the Attorney General should be subjected to the responsibility of deciding — because the decision of the Court will almost always follow his attitude — whether or not a proposed plan of disintegration of an individual combination would restore lawful conditions. The questions involved are economic ; they depend upon information which we can not have in this department; and it was a mere chance that the bureau of Corporations had investigated the tobacco industry, and therefore, was possessed of facts which enabled it to come to the assistance of the Department of Justice in this particular instance.* »<sup>1081</sup>

Il poursuivit en requérant qu'il devrait être laissé à l'administration « *to adjudge that a given combination is an illegal combination in restraint of trade and an attempted monopoly (...)*

---

<sup>1077</sup> 191 Fed. Rep. 375 cité par .R. THOMPSON, *Trust Dissolution Proceedings under the Sherman Law*, MA (Master of Arts) Thesis, State University of Iowa, 1915, p.77.

<sup>1078</sup> 221 U.S. 187.

<sup>1079</sup> Nommé *Attorney General* de 1909 à 1913.

<sup>1080</sup> Wickersham a été aidé dans un premier temps par un conseiller spécial McReynolds, qui en désaccord avec les orientations que prenait le plan de dissolution démissionna au cours de la procédure d'élaboration. Il recueillit ensuite les conseils du Bureau des corporations et du *Secretary of Commerce and Labor*, Charles Nagel et du *Solicitor General*, Frederick W. Lehmann, tous deux avocats de renom. A. M. BICKEL, B.C. SCHMIDT, in., J.R., *History of the Supreme Court of the United States*, Macmillan Publishing Company, Vol. IX, p. 118.

<sup>1081</sup> Cité par A. M. BICKEL, B.C. SCHMIDT, in., J.R., *History of the Supreme Court of the United States*, Macmillan Publishing Company, Vol. IX, p. 128.

*pursuant to a plan submitted to and approved by the Department of Commerce or some other appropriate executive department of the government »<sup>1082</sup>.*

Il existait alors selon Elman « (...) *widespread agreement upon the need for an independent, expert administrative agency with broad and flexible powers to investigate and resolve trade regulation problems »<sup>1083</sup>. Comme en témoigna Louis Brandeis, « *our experience of the last 20 years would justify (...) that no corporation ought to control so large a percentage if we desire to maintain competition at all »<sup>1084</sup>**

Fuller note que de fait comme de droit, les problématiques polycentriques ont peu à peu migré des cours vers des modes de résolution extracontentieux, comme la négociation, envers des organes spécialisés appliquant des techniques dites managériales, selon des procédés informels. Philip Elman interprétait cette nécessité comme « *the most certain way to stop monopoly at the threshold is to prevent unfair competition* »<sup>1085</sup> et que « *[t] his can be best accomplished through the action of an administrative body of practical men thoroughly informed in regard to business* ».

## §2. *Le fondement d'un paradoxe institutionnel*

**La création du dualisme institutionnel américain.** On nomme paradoxe une « *proposition qui, contradictoirement, mettant la lumière sur un point de vue pré-logique ou irrationnel, prend le contrepied des certitudes logiques, de la vraisemblance »<sup>1086</sup>. Dans le cadre de cette étude, un présupposé a été établi, l'établissement de deux autorités de contrôle des concentrations constitue une contradiction inhérente aux nécessités d'une administration rationnelle<sup>1087</sup>. Pourtant, en 1914, le *Clayton Act* fut adopté aux côtés du *FTC Act*. Considéré*

---

<sup>1082</sup> *Idem.* p. 129.

<sup>1083</sup> P. ELMAN, Antitrust Enforcement : Retrospect and Prospect, *American Bar Association (ABA)*, July 1967, Vol. 53, p.609.

<sup>1084</sup> Senate Committee on Interstate Commerce, 62 Cong., Hearing, suivant S. Res. 98, pp. 1173, reproduit in W. LETWIN, *A Documentary History of American Economic Policy since 1789*, Aldine Publishing Company, 1961, p. 233 et s.

<sup>1085</sup> H.R. REP. NO. 63-1142, at 19 (1914) (Conf. Rep.)

<sup>1086</sup> Dictionnaire CRNTL, occurrence « *paradoxe* », <https://www.cnrtl.fr/definition/paradoxe>.

<sup>1087</sup> William Kovacic, rapporte, qu'interrogé sur l'existence de la double compétence du DOJ et de la FTC en matière de concurrence américaine par un commissaire siégeant au sein du Comité anti-monopole ukrainien, celui-ci aurait spontanément réagi par un lacunaire « *Isn't that irrational ?* ». Cf. W.E. KOVACIC, Downsizing antitrust : is it time to end dual federal enforcement ?, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 41, 1996, p. 506.

comme son pendant institutionnel, le Congrès a semblé établir en toute conscience et une double compétence de mise en œuvre<sup>1088</sup>. Certes, une loi est le résultat nécessaire d'affrontements confrontant une multitude de courants opposés, dans son élaboration, dans sa discussion et dans son vote. Ceci fut particulièrement vrai en 1914, limiter cependant notre analyse aux travaux congressionnels ne permet pas de parvenir à bout de ce paradoxe<sup>1089</sup>.

La loi comprend en effet, trois sections spécifiques, rédigées en termes distincts, qui ouvrent la compétence générale de mise en œuvre de ses dispositions à deux autorités publiques, le DOJ et la FTC et aux personnes privées victimes de la violation de la loi antitrust. Ces trois types d'acteurs participent concurremment, sans ordre de priorité définie dans la loi, à son application.

Ainsi, la Section 11 du *Clayton Act* dispose qu'en dehors des domaines économiques régulés par certaines agences spécialisées « *That authority to enforce compliance with sections two, three, seven and eight of this Act (...) is hereby vested: (...) in the Federal Trade Commission where applicable to all other characters of commerce (...)* »<sup>1090</sup>.

L'Attorney General est désigné par la Section 15 de la loi comme ayant le pouvoir « *(...) to institute proceedings in equity to prevent and restrain such violations.* »<sup>1091</sup>.

Enfin, la Section 4 prescrit que « *That any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefore in any district court of the United States (...)* »<sup>1092</sup> déterminant les conditions d'actions du *private enforcement*.

---

<sup>1088</sup> H. FIRST, E.M. FOX, D.E. HEMLI, Procedural and Institutional Norms in Antitrust Enforcement in the U.S. System, *New York University Law and Economics Working Papers*, 2012, p.3. disponible en ligne: [https://lsr.nellco.org/nyu\\_lewp/303](https://lsr.nellco.org/nyu_lewp/303).

<sup>1089</sup> Selon le professeur Rabin, « Congress passed two regulatory schemes, the Federal Trade Commission Act and the Clayton Act, which tried to bow in the direction of all the contending forces, but on the whole, failed to adopt any coherent strategy towards reconciling business growth with fair competitive practices ». R.L. RABIN, *Stanford Law Review*, N° 38, 1986, p.1225.

<sup>1090</sup> 38 U.S. Stat. At L. 730-740 (1914).

<sup>1091</sup> 38 U.S. Stat. At L. 730-740 (1914). Section 15 du Clayton Act dispose « That the several district courts of the United States are hereby invested with jurisdiction to prevent and restrain violations of this Act, and it shall be the duty of the several district attorneys of the United States, in their respective districts, under the direction of the Attorney General (...) to institute proceedings in equity to prevent. and restrain such violations. ». ]

<sup>1092</sup>Section 4 du Clayton Act : « That any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefore in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy,

Diverses hypothèses ont déjà été formées pour expliquer l'origine du dualisme institutionnel. Les versions varient selon les sensibilités de chaque auteur : le Congrès aurait tantôt pensé le rôle de la FTC comme acteur principal et le DOJ comme suppléant à son action aux côtés du *private enforcement*<sup>1093</sup> tantôt, sa fonction n'aurait été que d'enquête et de conseils. Une étude de la vision du Président Wilson, réel maître d'œuvre de la loi, explicite les fondements de cette compétence partagée (A) marquée si ce n'est transfigurée, par l'intervention déterminante de son conseiller Louis Brandeis (B).

### A. La vision institutionnelle de Woodrow Wilson

Vingt-huitième Président des États-Unis, Woodrow Wilson est traditionnellement présenté comme une figure majeure de l'ère progressiste. Président élu de 1913 à 1921, c'est lui en effet qui réalisa la réforme tant attendue du droit de la concurrence américain, instaurant par la promulgation du *Clayton Act* et de la loi portant création de la *Federal Trade Commission*, les moyens d'intervention d'un futur contrôle préventif des concentrations économiques.

La Section 7 du *Clayton Act*, qui disposait dans sa version originelle que « *No corporation engaged in commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital of another corporation engaged also in commerce, where the effect of such acquisition may be to substantially lessen competition between the corporation whose stock is so acquired and the corporation making the acquisition, or the restrain such commerce in any section or community, or tend to create a monopoly of any line of commerce* »<sup>1094</sup>, appliquait donc au droit de la concurrence les transferts d'actions entre sociétés, parant ainsi à l'interprétation restrictive de la Cour suprême.

Ces nouvelles dispositions adossées à la création d'un nouvel acteur, la FTC chargée de mettre en œuvre concurremment avec le DOJ les dispositions de la section 7 précitée,<sup>1095</sup> fu-

---

and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee ».

<sup>1093</sup> P. ELMAN, Rulemaking Procedures in the FTC's Enforcement of the Merger Law, *Harvard Law Review*, Vol. 78, p. 387; Report before the section of antitrust law of the New York State bar association, *The federal Commission and the Administrative Process*, 28 Janvier 1954.

<sup>1094</sup> The Clayton Act, 15 U.S.C.A. § 14.

<sup>1095</sup> Concurrence également avec les autres dispositions de la loi Clayton et plus contestables, Section 5 du FTC Act.

rent à l'origine d'une profonde transformation de l'ordonnancement institutionnel et juridique du droit antitrust américain.

Partie prenante à l'élaboration de ces réformes afin d'orienter et assurer leur vote selon les modalités qu'il avait décidées, jusqu'à participer à leur rédaction<sup>1096</sup> Woodrow Wilson s'était construit dès 1914 une idée propre et renouvelée du marché et des formes que devait adopter l'intervention publique. Ce fut pourtant sa conception originelle des affaires économiques développée dans de nombreux écrits et discours publiés depuis la fin de ses fonctions de direction à l'université de Princeton en 1910<sup>1097</sup>, jusqu'à son élection à la présidence des États-Unis en 1912, qui l'avait portée auprès des membres les plus influents du parti Démocrate<sup>1098</sup>. Ces idées étaient loin de celles soutenues par les progressistes<sup>1099</sup>. Selon Arthur Link, qui assembla « les papiers » de Woodrow Wilson pour publication<sup>1100</sup>, Woodrow Wilson pouvait être qualifié dans les années 1908 de « *belligerent conservative* »<sup>1101</sup>. Cerné au sein de son parti par les idées populistes du leader William Jennings Bryan, Wilson déclarait que les États-Unis étaient « *déjà sur le chemin de la nationalisation de toutes sortes, ou à*

---

<sup>1096</sup> Le Congrès formé du Sénat et de la Chambre des Représentants est détenteur en vertu de l'article Ier de la Constitution du pouvoir de légiférer. Séparé de la branche législative, le pouvoir exécutif incarné par le Président est chargé aux termes de l'article II de la Constitution de « (...) *take care that the laws be faithfully executed* ». La pratique législative lui permet néanmoins d'exercer un *leadership* dans la formation de la loi. Si ce rôle n'a pas été explicité par les Pères Fondateurs dans la Constitution américaine, son action s'appuie selon Henri A. Turner sur des outils et des procédures *ad hoc* permettant de « guider » l'action du Congrès. En vertu de la Constitution le Président a la possibilité de prononcer des messages devant le Congrès (Article II, Section 3), convoquer celui-ci en session spéciale (Article II, Section 3), user de son veto (Article I, Section 7), une connaissance approfondie des règles et procédures du Sénat et de la Chambre des Représentants peut lui permettre d'agir efficacement sur la formation de la loi. Selon le professeur Kazimierz Grzybowski, Woodrow Wilson distingue en effet entre le rôle du gouvernement et le champ de son pouvoir. Le premier est assez stable : il est d'assurer la paix sociale et l'équilibre entre les conflits d'intérêts pour garantir la liberté individuelle et la justice. Au contraire, le champ de ses pouvoirs dépend des conditions historiques. Le gouvernement doit posséder une capacité d'action suffisante pour parer les nécessités des temps. En contrepartie sont attachées à cette autorité des obligations et des responsabilités déterminées. Sur la participation de Woodrow Wilson au processus législatif voir, H. A. TURNER, Woodrow Wilson : Exponent of Executive Leadership, *The Western Political Quarterly*, Vol. 4, No. 1 (Mars 1951), pp. 97–115. ; K. GRZYBOWSKI, Woodrow Wilson on Law, State and Society, *George Washington Law Review*, Vol. 30, 1962, p. 808.

<sup>1097</sup> Woodrow Wilson fut professeur d'histoire, de sciences politiques et de droit constitutionnel à l'Université de Princeton entre 1890 et 1910. Nommé président en 1902, il quitta ses fonctions académiques de direction après avoir échoué à réformer l'université. Il débuta alors une carrière politique tardive comme gouverneur de l'État du New Jersey en 1910.

<sup>1098</sup> Le président de la maison d'édition *Harper's Weekly* et associé de J.P. Morgan, George B. M. Harvey, de Thomas Fortune Ryan, et du propriétaire du *New York Times*, Adolph Ochs. Cf. R. HOFSTADTER, *Bâtisseur d'une tradition*, Economica, Coll. Nouveaux Horizons, 1<sup>ère</sup> Ed. 1948, 1989, p.345.

<sup>1099</sup> Parmi les ouvrages les plus fameux de Woodrow Wilson, voir : *Congressional Government : A Study of American Politics*, 1885, Transaction Publishers (April 16, 2002), pp. 340 ; *The State : Elements of Historical and Practical Politics*, 1889, Arkose Press (November 6, 2015), pp. 570 ; *Constitutional Government in the United States*, 1908, Palala Press (April 26, 2016), pp 250.

<sup>1100</sup> *The Papers of Woodrow Wilson*, Princeton University Press, en 69 volumes, de 1856 à 1924, publiés entre 1966 et 1994, sous la direction d'Arthur Link.

<sup>1101</sup> A. LINK, *Wilson, The Road to the White House*, Princeton Legacy Library, Vol. 1, p.32.

quelques autres méthodes de contrôle qui sera pratiquement aussi absolue que la nationalisation de fait »<sup>1102</sup>. Sa crainte reposait sur le recours à « l'étatisme » véhiculé par les progressistes, qu'il associait à la force politique montante du socialisme dans ses dimensions les plus alarmantes. Jusqu'en 1912, il n'était pas envisageable d'intervenir de manière directe dans le champ économique. Au contraire, le pouvoir fédéral devait lever les barrières artificielles et les privilèges spéciaux pour préserver et restaurer la concurrence<sup>1103</sup>. Si l'État fédéral (*government*) devait s'ajuster afin de répondre aux besoins de la société à un moment donné, cela devait être par des lois précises et bien rédigées<sup>1104</sup>. Une telle assistance ne constituait pas une « intrusion », mais une juste intervention afin de « libérer » les individus des restrictions artificielles à la concurrence.

Une commission administrative dotée du pouvoir *exclusif* de sanctionner et de superviser les grandes entreprises, mais aussi de répondre à leurs demandes d'interprétation des lois antitrust, telle qu'imaginée par Théodore Roosevelt,<sup>1105</sup> relevait de méthodes « socialistes ». Dans le rapport du *Senate Committee on Interstate Commerce* de 1912, le Sénateur Républicain Robert B. Cummins, avait proposé d'accorder à la future commission le pouvoir « *to approve or disapprove before the event proposed changes in business organization* »<sup>1106</sup>, ce que les hommes d'affaires avaient nommé « *advance advice* »<sup>1107</sup>:

*« What we are proposing to do, therefore, is, happily, not to hamper or interfere with business as enlightened business men prefer to do it, or in any sense*

---

<sup>1102</sup> R. HOFSTADTER, *Bâtisseur d'une tradition*, Economica, Coll. Nouveaux Horizons, 1<sup>ère</sup> Ed. 1948, 1989, p.344.

<sup>1103</sup> Woodrow Wilson a étudié l'économie avec Richard Ely, mais resta indifférent selon Marc Winerman aux nouvelles théories « néo-classiques » marginalistes. Il préféra suivre les travaux de John Bates Clarks fondés sur des considérations morales. Cf. M. WINERMAN, *The Origins of the FTC: Concentration, Cooperation, Control, and Competition*, *Antitrust Law Journal*, Vol. 71, 2003, p. 40 ; W. DIAMOND, *Economic Thought of Woodrow Wilson*, The Johns Hopkins Press 1943, p.34.

<sup>1104</sup> W. DIAMOND, *Economic Thought of Woodrow Wilson*, The Johns Hopkins Press, 1943, p.46. Pour Wilson, l'État et le gouvernement demeurent des institutions pratiques. En tant qu'institution, le gouvernement n'est pas une invention humaine. Sa forme, son champ d'autorité et ses fonctions sont déterminés par la condition de chaque société dont il est parti. Conséquemment à ces observations, Woodrow Wilson relève que les pouvoirs du gouvernement et le champ de son contrôle social ne peuvent jamais rester fixe ou limité de manière permanente. Ils changent lorsque la société change. Il réaffirme cependant le principe immuable de la liberté des peuples qui guide ces changements. K. GRZYBOWSKI, *Woodrow Wilson on Law, State and Society*, *George Washington Law Review*, Vol. 30, 1962, p.808.

<sup>1105</sup> Roosevelt décrit les principaux éléments de son programme in T. ROOSEVELT, *The Trusts, the People, and the Square Deal*, *Outlook*, N° 99, November 18, 1911, p. 649 ; J.M. BLUM, *The Republican Roosevelt*, Harvard University Press, 1977, p. 116-123.

<sup>1106</sup> W. LETWIN, *Law and Economic Policy in America. The Evolution of the Sherman Antitrust Act*, The University of Chicago Press, 1965, p.272.

<sup>1107</sup> T. C. MCCRAW, *Prophets of Regulation*, Harvard University Press, 1984, p. 128 et s.



*to put it under the ban. The antagonism between business and government is over. We are now about to give expression to the best business judgment of America, to what we know to be the business conscience and honor of the land. The Government and business men are ready to meet each other half-way in a common effort to square business methods with both public opinion and the law. »*<sup>1108</sup>

Échauder par les conséquences juridiques, politiques et économiques du rachat autorisé par le président Roosevelt entre *Steel Corporation* et la *Tennessee Coal & Iron Company* (TC&I ci-après)<sup>1109</sup>, il n'était pas question qu'une autorité publique puissent être à l'origine de la création de futurs monopoles<sup>1110</sup>.

Dans la perception wilsonienne le « socialisme »<sup>1111</sup> offrait des solutions qui impliquaient « *the virtual control of all industry and of all means of transportation by the govern-*

---

<sup>1108</sup> 51 Cong. Rec. 1962-63 (1914).

<sup>1109</sup> En accord avec la politique de coopération avec les grandes entreprises de Théodore Roosevelt, les dirigeants de la *Steel Corporation* s'étaient rendus par un train spécial à minuit selon le récit pittoresque de Melvin Urofsky, au rendez-vous nocturne organisé à la Maison-Blanche par George W. Perkins. Ils désiraient savoir si le « gouvernement » attaquerait sur le fondement du *Sherman Act*, la concentration projetée entre la *Steel* et TC&I, cette acquisition ne présentant pour elle, selon George Perkins, qu'une augmentation de 2 % de ses capacités de la production en acier. À cette question, Théodore Roosevelt répondit que le problème « *n'était pas la taille* », refusant toutefois d'accorder son accord express, il rapporta n'y avoir opposé aucune objection (« *although refusing to give outright sanction to the purchase, Roosevelt 'interposed no objection'* »). Théodore Roosevelt fut en effet interrogé par une commission d'enquête organisée par la Chambre des Représentants, appelé « *Staneley Committee* » sur son rôle dans le développement de *U.S. Steel*. Cf. *Big Steel and the Wilson Administration. A study of the Business-Government Relations*, Ohio State University Press, 1969, p.13.

<sup>1110</sup> Les multiples concentrations de la *U.S. Steel* ont mené selon le professeur A. Chandler, à créer la plus grosse entreprise du monde. Issue de la fusion de 180 producteurs d'acier, la *Steel Corporation* possédait en 1910. 40% des parts de marché de l'acier brut et 71% dans la production de rails de chemin de fer. La doctrine économique a considéré que l'arrêt *United States v. U.S. Steel* de 1920, en ne prononçant pas la dissolution de l'entreprise, ratifia « *the most socially damaging of all mergers in U.S. history* ». Cf., A.D. CHANDLER, Jr., *Scale and Scope : The Dynamics of Industrial Capitalism*, Harvard University Press, 1990, p. 132 ; D.O. PARSON, E.J. RAY, *The United States Steel Consolidation : The Creation of the Market Control*, *The Journal of Law and Economics*, Vol. 18, No. 1, Apr. 1975, p. 182-183. Plusieurs rapports et enquêtes ont été menés par les autorités publiques : l'*U.S Steel* avait fait l'objet d'un rapport par le Commissaire du Bureau des corporations (*Report of the Commisser of Corporation on the Steel Industry*, 1911), une commission d'enquête a été créée sur l'impulsion des Démocrates progressistes sous la présidence du Représentant du Kentucky Augustus O. Stanley la même année (United States. Congress. House. Committee on Investigation of United States Steel Corporation., MacRae, F. J., Stanley, A. Owsley., United States. Congress. Senate. Committee on the Judiciary., United States. Bureau of Corporations. (191112). *United States Steel Corporation: Hearings before the Committee on Investigation of United States Steel corporation. House of Representatives. [In eight volumes]*. Washington: Govt. print. off., disponible en ligne : <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=mdp.35128000346971&view=1up&seq=1>.

<sup>1111</sup> Woodrow Wilson utilise le terme « *socialisme* » dans une acception large qui renvoie globalement aux mouvements de gauches naissants. Woodrow Wilson, *Socialism and Democracy*, August 22, 1887, in Arthur S. Link, ed., *The Papers of Woodrow Wilson*, Vol. 5 (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1966–1993), p. 559–62.

ment itself», conduisant à une « demoralization » de la société<sup>1112</sup>. Il représentait « le danger même auquel nous voulons échapper, celui d'une autorité centralisée et corrompible »<sup>1113</sup>. Il était selon lui, vain d'attaquer les trusts qui proviennent de « forces naturelles »<sup>1114</sup>. Vouloir réglementer les activités économiques des entreprises exigerait « une série de commissions d'experts ; or ces commissions ont tendance à outrepasser la réglementation pour diriger en fait les affaires »<sup>1115</sup>, ajoutant en 1912, « I don't want a smug lot of experts to sit down behind closed doors in Washington and play providence to me »<sup>1116</sup>. Woodrow Wilson doutait particulièrement du scientisme entourant « l'économie politique »<sup>1117</sup> et remettait en cause l'aptitude réelle des experts à appréhender en dehors d'une application stricte du droit, les atteintes comme les remèdes à la concurrence. L'idée de confier à une commission unique et centralisée les pouvoirs de réglementer, poursuivre et juger les entreprises auraient été hautement dommageable.

Contraint par les forces populistes du parti Démocrate et désireux de ne pas laisser les alliés de Théodore Roosevelt au Congrès l'initiative des réformes, Woodrow Wilson guidé par son conseil Louis Brandeis, porta pourtant à son tour la nécessité d'une commission.

## B. Les apports de Louis Brandeis

Devant le Congrès réuni en session commune le 20 janvier 1914<sup>1118</sup>, le Président Woodrow Wilson déclarait « *the antagonism between business and government is over* ». Depuis

---

<sup>1112</sup> W. DIAMOND, *Economic Thought of Woodrow Wilson*, The Johns Hopkins Press, 1943, p.58

<sup>1113</sup> R. HOFSTADTER, *Bâtisseur d'une tradition*, Economica, Coll. Nouveaux Horizons, 1<sup>ère</sup> Ed. 1948, 1989, p.343.

<sup>1114</sup> Ce qui sur ce point le rapprochait de Théodore Roosevelt. Louis Hartz releva la similitude de leurs pré conceptions dans son ouvrage *The Liberal Tradition in America*, citant : « *William Allen White avait eu l'une de ses meilleures intuitions lorsqu'il décrivait l'opposition entre eux comme l'opposition entre bonnet blanc et blanc bonnet* ». Cf. D. BÉLAND, F. VERGNIOLLE DE CHANTAL, L'État en Amérique. Entre invisibilité politique et fragmentation institutionnelle, *Revue française de science politique*, N° 2, Vol.64, 2014, p. 86 ; L. HARTZ, *The Liberal Tradition in America*, Harcourt Brace Jovanovitch, NY, 1955, p.230.

<sup>1115</sup> R. HOFSTADTER, *Bâtisseur d'une tradition*, Economica, Coll. Nouveaux Horizons, 1<sup>ère</sup> Ed. 1948, 1989, p.344 ; W. DIAMOND, *Economic Thought of Woodrow Wilson*, The Johns Hopkins Press, 1943, p.76.

<sup>1116</sup> M. WINERMAN, *The Origins of the FTC : Concentration, Cooperation, Control, and Competition*, *Antitrust Law Journal*, Vol. 71, 2003, p. 1.

<sup>1117</sup> Marc Winerman « Wilson's distaste for deductive economic models from the physical sciences, to other disciplines. » Winerman précise, « Wilson's skepticism towards the social sciences had deep roots. In 1896, he saw 'a certain degeneracy' in the scientific spirit ». Idem., p. 40.

<sup>1118</sup> Address by President Woodrow Wilson before Joint Session of Congress on Additional Legislation for the Control of the Trusts and Monopolies, Jan 20, 1914, 51 Cong. Rec. 1962-1964, 1978-1979 (1914). Disponible en ligne : <https://millercenter.org>.

les élections de 1912, le thème de l'inefficacité du droit antitrust pesait lourdement sur l'agenda politique américain. Deux réformes d'envergures étaient en cours de réalisation : à la mi-novembre 1913, la loi de réforme fiscale, l'*Underwood Bill*, avait été votée et la *Reserve Bill*, créant la *Federal Reserve*, se dirigeait sans difficulté vers le Sénat.

Se ralliant à la demande générale appelant la création d'une commission administrative<sup>1119</sup>, Woodrow Wilson précisa toutefois :

« *The opinion of the country would instantly approve of such a commission. It would not wish to see it empowered to make terms with monopoly or in any sort to assume control of business, as if the Government made itself responsible. It demands such a commission only as an indispensable instrument of information and publicity, as a clearing house for the facts by which both the public mind and the managers of great business undertakings should be guided, and as an instrumentality for doing justice to business where the processes of the courts or the natural forces of correction outside the courts are inadequate to adjust the remedy to the wrong in a way that will meet all the equities and circumstances of the case* »<sup>1120</sup>.

Au-delà de la rhétorique nouvelle d'une réforme intégrant l'existence d'une commission administrative, Woodrow Wilson reconnaissait l'importance de statuer enfin à son propos. Comme le *Bureau of Corporations* avant elle, l'action de la commission devait être cependant circonscrite à des tâches d'informations et de publicité afin de compléter le travail des cours et du DOJ.

Le revirement politique du Président Wilson était dû à l'intervention de son conseiller juridique en concurrence, Louis Brandeis. Brillant avocat progressiste<sup>1121</sup>, pourfendeur de

---

<sup>1119</sup> E. D. DURAND, The Trust Legislation of 1914, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 29, No. 1 (Nov., 1914), p.97

<sup>1120</sup> Address by President Woodrow Wilson before Joint Session of Congress on Additional Legislation for the Control of the Trusts and Monopolies, Jan 20, 1914, 51 Cong. Rec. 1962-1964, 1978-1979 (1914). Disponible en ligne : <https://millercenter.org>.

<sup>1121</sup> Louis Dembitz Brandeis (1856-1941). Entré précocement à l'âge de dix-huit ans à l'école de droit de Harvard, il obtint à vingt un ans, grâce à dérogation son diplôme de *doctor of jurisprudence*. Avocat et juriste doué d'un talent hors norme, Louis Brandeis contribua à la construction du droit jurisprudentiel et constitutionnel américain. Durant ses années d'activités d'avocat, il développa des techniques de plaidoiries encore ensei-

trusts, qu'il appelait « *the curse of bigness* »<sup>1122</sup>, Brandeis était à l'origine du programme politique du candidat Wilson de 1912<sup>1123</sup>. Il l'avait notamment aidé à se distinguer de Théodore Roosevelt en opposant le programme de ce dernier comme ayant pour but « *the regulation of the monopoly* » et non « *the regulation of competition* »<sup>1124</sup>.

Wilson confia au *Chairman* Henri Clayton du *House Judiciary Committee*, la rédaction de la réforme. Trois propositions de loi furent composées, assemblées en un paquet la « *Clayton bill* ». Une quatrième proposition de loi fut préparée par les Représentants, Henry Clayton, James H. Covington, William C. Adamson et le Sénateur Francis G. Newlands, qui deviendra la « *Covington bill* »<sup>1125</sup>.

La commission conçue par les *Judiciary* et *Commerce Committees* ressembla dans un premier temps à celle imaginée par le Président Wilson dans son message de janvier 1914. Elle prenait la forme d'une autorité administrative indépendante de l'Exécutif, dirigée par une assemblée de commissaires et dotée principalement de pouvoirs d'enquête et de conseils, sans que cela engage juridiquement la future institution<sup>1126</sup>. Dans le cadre de ses pouvoirs d'enquête, la commission pourrait entamer des recherches sur une entreprise ou ses activités, produire des *subpoena*<sup>1127</sup>, demander la transmission de rapports financiers annuels aux entreprises et autorisée à fournir certaines informations à l'Exécutif. Elle aurait été aussi chargée de produire des rapports publics ou à destination du Congrès. L'élément le plus notable de la proposition de loi résidait dans le rôle de conseil de la Commission auprès des cours et du DOJ, en tant que « *master in equity* », capable en tant qu'expert juridique et économique de conseiller les juges et l'*Attorney General* lors de l'élaboration de remèdes aux atteintes à la concurrence<sup>1128</sup>.

---

gnées de nos jours (le *Brandeis Brief*). Après avoir décliné la direction de la FTC, il fut nommé juge à la Cour suprême en 1916 par Woodrow Wilson. Voir, T. C. MCCRAW, *Prophets of Regulation*, Harvard University Press, 1984.

<sup>1122</sup> T. C. MCCRAW, *Prophets of Regulation*, Harvard University Press, 1984, p.83.

<sup>1123</sup> Louis Brandeis a approché Woodrow Wilson par une note de félicitations en 1912 lui présentant. Invité par Woodrow Wilson, en raison de sa profonde compréhension des enjeux économiques et concurrentiels et fit de lui, selon Arthur Link « *the chief architect of the New Freedom* ».

<sup>1124</sup> A. S. LINK, *Wilson : the Road to the White House*, Princeton University Press, Vol. 1, 1<sup>ère</sup> ed. 1947, p. 489.

<sup>1125</sup> M. WINERMAN, The Origins of the FTC : Concentration, Cooperation, Control, and Competition, *Antitrust Law Journal*, Vol. 71, 2003, p. 59

<sup>1126</sup> H.R. 15613, 63d Cong., 2d Sess., §§ 8-11 et 13.

<sup>1127</sup> Le « *subpoena duces tecum* » est défini dans le Black's Law Dictionary comme « A subpoena ordering the witness to appear and to bring specified documents, records or things ».

<sup>1128</sup> M. WINERMAN, The Origins of the FTC, *op.cit.*, p. 60 ; H.R. 15613, 63d Cong., 2d Sess., §§ 8-11 et 13.

Le 5 juin 1914, la *Clayton Bill* et l'*Interstate Trade Commission bill (Covington Bill)* furent voté par la Chambre des représentants soutenant ainsi ce qui fut désigné comme une « *weak commission* »<sup>1129</sup> « *flabby and whitout teeth* »<sup>1130</sup>, c'est-à-dire une commission n'ayant aucun pouvoir d'*enforcement*, d'application et de mise en œuvre du droit. Le Congrès avait de plus, refusé de consentir au désir des entreprises de voir la future commission conseiller et orienter la légalité de leurs pratiques commerciales, jugeant de telles fonctions imprudente<sup>1131</sup>.

L'étude des travaux congressionnels des lois Clayton et FTC trouve cependant des limites. Comme le relève Thomas E. Kauper, les locuteurs intervenant au cours des débats n'étaient pas toujours au fait des avancements de l'un ou de l'autre projet de loi. Les deux *bills* avaient été débattues et renvoyées entre les deux chambres en même temps: dans chaque chambre les *bills* étaient gérés par deux comités différents; Les débats eurent lieu sans que les orateurs ne sachent ce que l'autre corps avait produit ou ce qui se passait en commissions législatives<sup>1132</sup>.

Le professeur Gabriel Kolko éclaircit une seconde évolution majeure de Woodrow Wilson. Alarmé par les reformulations de moins en moins précises de la *Clayton bill*, caractère pourtant promis dans le programme du *New Nationalism*, George Rublee<sup>1133</sup>, avocat et soutien du parti Progressiste, concepteur du programme de Théodore Roosevelt parvint avec Louis Brandeis, Raymond B. Stevens<sup>1134</sup> et Charles McCarthy<sup>1135</sup> à convaincre le Président de la nécessité de renforcer à proportion, la nouvelle commission<sup>1136</sup>.

---

<sup>1129</sup> G. KOLKO, *The Triumph of Conservatism. A Reinterpretation of American History, 1900–1916*, The Free Press, 1963, p. 263.

<sup>1130</sup> G. KOLKO citant La Folette in, *The Triumph of Conservatism. A Reinterpretation of American History, 1900–1916*, The Free Press, 1963, p. 263.

<sup>1131</sup> 51 Cong. Rec. 8840-41. disponible en ligne : <https://www.govinfo.gov/app/details/GPO-CRECB-1914-pt18-v51/GPO-CRECB-1914-pt18-v51-3/context>

<sup>1132</sup> T. E. KAUPER, *Cease and Desist : The History, Effect, and Scope of Clayton Act Orders of the Federal Trade Commission*, *Michigan Law Review*, Vol. 66, 1967, p. 1099-1101.

<sup>1133</sup> (1868–1957) George Rublee, était un avocat et un homme politique proche de Théodore Roosevelt, fut membre selon Gabriel Kolko de la *Chambers Committee*, c'est-à-dire la Chambre de commerce des États-Unis, rassemblant les hommes d'affaires les plus importants du pays, favorables à la création d'une commission puissante, capable de conseiller les entreprises sur la légalité de leurs activités. Cf. G. KOLKO, *The Triumph of Conservatism. A Reinterpretation of American History, 1900–1916*, The Free Press, 1963, p. 264.

<sup>1134</sup> (1874 – 1942) Représentant Démocrate du New Hampshire.

<sup>1135</sup> (1873-1921) Politologue et administrateur, membre du parti Progressiste, ayant participé à la construction du programme de Théodore Roosevelt.

<sup>1136</sup> « He argued that the Clayton bill was flawed because “it was impossible to define these unfair practices” in a way acceptable to the courts ». Voir, W. KOLASKY, *George Rublee and the Origins of the Federal Trade Commission, Antitrust*, Vol. 26, No. 1, Fall 2011, p. 108 ; G. KOLKO, *The Triumph of Conservatism. A Reinterpretation of American History, 1900–1916*, The Free Press, 1963, p. 263. ; M. WINERMAN, *The Origins*

Adoptant une approche réglementaire, cette nouvelle mouture de la loi autorisait notamment la commission « *to review all trade practice and to order a respondent to cease and desist from using those particular practices that it determined to be unfair* »<sup>1137</sup>, créant alors la controversée Section 5 du futur *FTC Act*<sup>1138</sup>. Le Représentant *Covington* résuma la loi amendée par George Rublee, ainsi :

« *The function of the Federal Trade Commission will be to determine whether an existing method of competition is unfair, and if it finds it to be unfair, to order discontinuance of its use. In doing this, it will exercise power of a judicial nature....It would seem clear that the determination of the question whether a method of competition is unfair is not a determination purely of fact, but necessarily involves the determination of a question of law. The Federal Trade Commission will, it is true, have to pass upon many complicated issues of fact, but the ultimate question for decision will be whether the facts found constitute a violation of law against unfair competition. In deciding that ultimate question the Commission will exercise power of a judicial nature...* »<sup>1139</sup>.

Le *FTC Act* fut voté par le Sénat le 5 août et confirmé par la Chambre des représentants le 10 Septembre 1914. Peu de temps après le passage du *FTC Act*, promulgué le 15 octobre 1914, le *Clayton Act* faisait de la *Federal Trade Commission* une autorité de surveillance des activités économiques des entreprises<sup>1140</sup>, mais aussi une autorité de poursuite au même titre que le DOJ, provoquant alors l'effroi de ce dernier, d'abord enthousiaste d'obtenir l'aide

---

of the FTC : Concentration, Cooperation, Control, and Competition, *Antitrust Law Journal*, Vol. 71, 2003, p. 64-65.

<sup>1137</sup> E. W. KINTNER, *The Legislative History of the Federal Antitrust Laws and Related Statutes*, Chelsea House Publisher, New York, 1978, p. 997 et s.

<sup>1138</sup> « That unfair methods of competition in commerce are hereby declared unlawful. The commission is hereby empowered and directed to prevent, persons, partnerships, or corporations, except banks, and common carriers subject to the Acts to regulate commerce, from using unfair methods of competition in commerce ». Cf. An Act to Create a Federal Trade Commission, to define its power and duties, and for other purposes, 26 septembre 1914, codifié : 15 U.S.C.A. § 45 (modifié). La Section 5 du *FTC Act*, donne en effet à la FTC autorité pour prohiber toutes conduites qui ne tomberaient pas dans le champ d'application du Sherman Act ou même du Clayton Act. Appelée « the FTC's stand-alone authority », la Commission serait réticente à définir des limites claires à cette disposition. Voir, J.J. O'CONNELL, Section 5, 1914, and the FTC at 100, *Antitrust*, Vol. 29, N° 5, 2014, p. 5.

<sup>1139</sup> Congressional Record, Sept. 10, 1914, 14931-33.

<sup>1140</sup> La Section 11 du Clayton Act dispose dans sa version originelle que « That authority to enforce compliance with sections two, three, seven and eight of this Act by the persons respectively subject thereto is hereby vested: (...) and in the Federal Trade Commission where applicable to all other characters of commerce (...) ».

d'appui d'un corps d'experts<sup>1141</sup>. Détenant la compétence de mettre en œuvre les Sections 3, 7 et 8 de la loi Clayton.

Pour W.H.S. Stevens, professeur de droit à l'Université de Columbia et contemporain du passage des lois Clayton et FTC, cette « *concurrent jurisdiction* » était intentionnel. Il s'interroge cependant, « *what advantages this division of jurisdiction will afford, it is a little difficult to comprehend* »<sup>1142</sup>. La perplexité de l'exégète se poursuit :

« *Why, after providing through the Trade Commission a complete and on the whole commendable mechanism for enforcing compliance with these sections, was it regarded as either necessary or advantageous to provide another means of enforcement? The only possible ground which the writer is able to suggest is that it was thought that enforcement might perhaps be facilitated by having both the commission and the Department of Justice on the watch for violations* »<sup>1143</sup>.

Réputée capable de saisir les problèmes économiques de nature polycentrique, devenus d'urgents objets sociaux, une commission était ainsi instituée pour prévenir les atteintes à la concurrence à leur état embryonnaire. Comme le remarque Gerard C. Henderson en 1925, les cours ne pouvaient pas exercer un contrôle continu sur les activités des entreprises, alors qu'au contraire « *An administrative body (...) has the continuing responsibility for results. It must ferret out violations, initiate proceedings, and adopt whatever proper methods necessary to enforce compliance with the law* »<sup>1144</sup>.

---

<sup>1141</sup> Comme l'Attorney Wickersham avant lui, l'Attorney General Harmon était favorable à la création d'une commission de soutien. Il déclarait ainsi : « *If the Department of Justice is expected to conduct investigations of alleged violations of the present law or of the law as it may be amended, it must be provided with a liberal appropriation and a force properly selected and organized. . . . But I respectfully submit that the general policy which has hitherto been pursued of confining this department very closely to the court work is a wise one, and that the duty of detecting offenses and furnishing evidence thereof should be committed to some other department or bureau* ». Cf. E. GELLHORN, C.A. JAMES, R. POGUE, J. SIMS, *Has Antitrust Outgrown Dual Enforcement? A Proposal for Rationalization*, *The Antitrust Bulletin*, Fall 1990, p.715, citant le *Report of the House Committee on Interstate and Foreign Commerce*, H.R. Rep. No. 533, 63 Cong., 2d Sess., pt 1, at 5.

<sup>1142</sup> Le professeur Stevens affirme dans son article posséder une lettre d'un membre de la « *conference committee* » qui reconnaît cette double attribution comme consciente. Nous précisons qu'une « *conference committee* » est un comité *ad hoc* et temporaire, constitué de membres de la Chambre des représentants et du Sénat, réunis en cas de désaccords persistant afin d'aboutir à une conciliation sur un texte commun. Cf. <https://www.senate.gov> ; W.H.S. STEVENS, *The Clayton Act*, *The American Economic Review*, Vol. 5, No. 1 (Mar., 1915), p. 47.

<sup>1143</sup> ; W.H.S. STEVENS, *The Clayton Act*, *The American Economic Review*, Vol. 5, No. 1 (Mar., 1915), p. 47.

<sup>1144</sup> G.C HENDERSON, *Federal Trade Commission A Study in Administrative Law and Procedure*, (New Haven): Yale University Press, 1925, p. 91

Du point de vue politique, la FTC était « *ideologically impure* »<sup>1145</sup> il fallait trouver une voie entre la ploutocratie et les masses. Cet arbitrage permettait d'instituer une autorité publique indépendante de l'Exécutif fédéral, impartial, pouvant exercer une médiation entre les extrêmes<sup>1146</sup> et représenter l'intérêt commun<sup>1147</sup>.

À même d'introduire de nouveaux moyens et techniques administratifs, la Commission avait la charge de construire une doctrine de long terme<sup>1148</sup> et de développer des pratiques qui clarifieraient le droit antitrust, autant d'attributs qui caractérisent aujourd'hui l'État administratif moderne<sup>1149</sup>. Sous les auspices du Président Wilson le Congrès refusa ainsi de confier de manière exclusive à la FTC le pouvoir de surveillance et de poursuite du *Clayton Act*, procédant dès lors à une fragmentation des mécanismes de contrôle des entreprises, déterminant l'existence puis la pérennisation du dualisme institutionnel.

**Conclusion.** La transformation du cadre institutionnel primaire<sup>1150</sup> a induit une profonde modification des fondements généraux établis et des principes de base de l'action de l'État fédéral. La manifestation volitionnelle de la puissance publique a renversé l'ordre social et économique tel qu'ils étaient pensés au XIXe siècle, où sa présence devait se faire légère, presque transparente. Seule la figure modératrice du juge, garant de la *Rule of law*, c'est-à-dire de l'arbitraire du « souverain » était, dans cette conception libérale de la société, apte à sauvegarder les intérêts et droits particuliers. Il leur avait été confié « *a massive delegation of*

---

<sup>1145</sup> A. M. BICKEL, B.C. SCHMIDT, JR, *History of the Supreme Court of the United States*, Macmillan Publishing Company, Vol. IX, 1975, p.143.

<sup>1146</sup> Woodrow Wilson s'opposait à la stricte vision morale qu'il percevait dans le socialisme : « *The socialist, seeing only the extreme individualism which has become 'grasping selfishness'* », Cf. W. DIAMOND, *Economic Thought of Woodrow Wilson*, The Johns Hopkins Press, 1943, p. 46. « *The socialist, altogether to stamp out by making all men equally subject to the public order, to an interpretative law of social cooperation! But the Socialist mistakes: it is not competition that kills, but unfair competition, the pretense and form of it where the substance and reality of it cannot exist .* » W. WILSON, *The State. Elements of Historical and Practical Politics*, D. C. Heath & Co., Publishers, 1898, p. 632

<sup>1147</sup> G.C HENDERSON, *Federal Trade Commission A Study in Administrative Law and Procedure* (New Haven): Yale University Press, 1925, p. 91.

<sup>1148</sup> Voir, P. ELMAN, *The Federal Trade Commission and the Administrative Process*, *Antitrust Bulletin*, N° 8, 1963, p. 610 ; N. CHUBB, *Agency Draw : How Serious Questions in Merger Review could Lead to Enhanced Merger Enforcement*, *George Mason Law Review*, Vol. 18, N° 2, 2011, p. 535-536 ;

<sup>1149</sup> H.H. BRUFF, *On the Constitutional Status of the Administrative Agencies*, *American University Law Review*, Vol. 36, 1987, p. 491.

<sup>1150</sup> Selon la définition du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, « *qui est en premier dans une série, un ordre, qui est au commencement* ». Cf. <https://www.cnrtl.fr/definition/primaire>. [



*authority (. . .) to create a body of common law to interpret over time the broad and quasi-constitutional language that Congress used in the Sherman Act (. . .) »<sup>1151</sup>.*

La transformation des moyens de droit va provoquer par un mécanisme dynamique une transformation de modalités organiques de l'intervention publique, dans sa « *nature* » et dans son « *importance* »<sup>1152</sup>. Cette transformation inscrite dans le *Clayton Act* promulgué le 26 septembre 1914<sup>1153</sup>, vise pour la première fois dans sa section 7, la prévention des atteintes à la concurrence en tentant de contrôler la structure des marchés : sont ainsi prohibées, les acquisitions d'actions entre entreprises dans le cas où ces achats auraient pour effet de « *substantially to lessen competition or to restrain trade between the corporations, or tend to create a monopoly* »<sup>1154</sup>.

---

<sup>1151</sup> W.L. REYNOLDS, S.W. WALLER, Legal Process and the Past of Antitrust, *Southern Methodist University Law Review (SMU)*, Vol. 48, 1995, p. 1813, disponible en ligne le 23/07/2019: <https://digitalcommons.law.umaryland.edu>].

<sup>1152</sup> B. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Ed. Dalloz, Coll. Amphi, 1<sup>er</sup> ed., p.12.

<sup>1153</sup> 38 U.S. Stat. At L. 730-740 (1914).

<sup>1154</sup> La section 7 devait contrôler le développement des *holdings* : les travaux congressionnels montrent un changement terminologique fréquent lors de l'élaboration de la section. La section 7 du *Clayton Act* dispose dans sa version d'origine:

« That no corporation engaged in commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital of another corporation engaged also in commerce, where the effect of such acquisition may be to substantially lessen competition between the corporation whose stock is so acquired and the corporation making the acquisition, or to restrain such commerce in any section or community, or tend to create a monopoly of any line of commerce. ». Codifié aujourd'hui au Titre 15 USC 18 (United States Code) disponible en ligne: <http://uscode.house.gov>. Le Clayton Act interdit aussi les pratiques commerciales déloyales comme les prix prédateurs, les prix discriminatoires et les contrats liés.

## Chapitre 2. L'émergence d'un contrôle administratif bicéphale

Les votes concomitants du *Clayton Act* et du *Federal Trade Commission Act* en 1914 marquent le premier mouvement de distanciation du Congrès fédéral avec le modèle *ex post*. Ce modèle centré sur la jurisprudence des cours et dont les valeurs se fondent comme le relève le professeur Peritz sur la propriété et la liberté contractuelle<sup>1155</sup> tend à s'effacer au profit d'un modèle que nous pourrions qualifier *ex ante* « imparfait »<sup>1156</sup>, c'est-à-dire un modèle d'action où a été consenti à la FTC et au DOJ le pouvoir d'agir en amont des opérations de concentrations sans posséder toutefois les pouvoirs offerts par la régulation<sup>1157</sup>. Le Clayton Act réorienta l'analyse antitrust afin de repérer les menaces émergentes - celles dont les effets « *may be to substantially lessen competition (...) or to restrain such commerce in any section or community, or tend to create a monopoly of any line of commerce* ». Le Congrès ne reconnut toutefois qu'en 1962 que « *may be* » signifiait une « *reasonable probability* » d'un effet anticoncurrentiel, estimant que le « *requirement of certainty and actuality of injury to competition is incompatible with any effort to supplement the Sherman Act by reaching incipient restraints* »<sup>1158</sup>. Le Congrès conçut ainsi le Clayton Act pour appréhender de manière immédiate la nature évolutive de la concurrence, mais aussi postuler du cours probable de la concurrence future. Ce mandat prospectif fit évoluer fondamentalement l'application des lois antitrust. La notion d'« *incipiency* » hérissait l'exigence d'une adoption des lois antitrust aux conditions changeantes du marché. L'impraticabilité d'une application pure et simple de la loi Sherman aux entreprises ayant fusionné et la difficulté de leurs démantèlements<sup>1159</sup> ont convaincu le Congrès de s'attacher les conclusions d'une commission d'experts dédiés à cette application prospective du droit. La diffusion des mécanismes de contrôle, dont les compétences ont été volontairement fragmentées aurait pu servir l'efficacité de la loi *Clayton* par un

---

<sup>1155</sup> R.J.R. PERITZ, *Competition Policy in America. History, Rethoric, Law*, Oxford University Press, Ed. 2000, p. 65.

<sup>1156</sup> Imparfait, car il ne possède pas toutes les caractéristiques de la régulation, contrairement par exemple à l'*Interstate commerce commission*.

<sup>1157</sup> Dans le fameux arrêt de la Cour suprême *Brown Shoe c. United States*, la Cour relève que « Congress used the words 'may be to substantially to lessen competition' to indicate that its concern was with probabilities, not certainties ». Il relève de même que le Clayton Act constitue « an effective tool for preventing ». *Brown Shoe c. United States*, 370 U.S. 294, 319 (1962).

<sup>1158</sup> S. Rep. No. 1775, 81st Cong., 2d Sess. 6. Voir aussi, 51 Cong. Rec. 14464 (remarques du Senator Reed).

<sup>1159</sup> Les entreprises Standard Oil et d'American Tobacco ont négocié avec l'Attorney General.

effet multiplicateur<sup>1160</sup> (**Section 1- La diffusion des compétences de contrôle au sein du Clayton Act**). Au contraire, l'étude de la pratique contentieuse et précontentieuse jusqu'à l'arrêt *United States v. El Paso Natural Gas Co*<sup>1161</sup> qui dura dix-sept ans a montré l'affaiblissement de la Section 7 du Clayton Act, portant logiquement l'attention sur la problématique du périmètre temporel d'intervention (**Section 2 – Le contrôle ex ante imparfait**).

### *Section 1. La diffusion des compétences de contrôle au sein du Clayton Act*

Issue de la volonté du congrès de concevoir une commission d'experts spécialisés dans le droit, mais aussi indépendante de l'Exécutif fédéral, la *Federal Trade Commission* fut confiée l'application du droit de la concurrence. Elle absorba à cette occasion le *Bureau of Corporations*<sup>1162</sup>. De forme hybride, la FTC possède des attributions et des pouvoirs *quasi* juridictionnels qui lui permettent non seulement de prévenir, mais aussi de corriger des actes ou des comportements anticoncurrentiels (§1). Sa compétence n'est toutefois pas exclusive. La FTC veille en effet, parallèlement au DOJ, dont la fonction constitutionnelle première est d'assurer l'effectivité de la loi fédérale avec les personnes privées, à l'application directe des règles du *Clayton Act* et particulièrement la Section 7 qui intéresse cette recherche (§2).

---

<sup>1160</sup> Les entreprises n'ayant pas l'obligation de notifier leur concentration, les autorités de contrôle devaient procéder à une surveillance. Cette position n'est soutenable que jusqu'en 1972 où le contrôle *ex ante* sera rendu obligatoire.

<sup>1161</sup> 376 U.S. 651 (1964). Cf. S. Rep. No. 803, 94th Cong. 2d Sess. 66 (1976), p.70.

<sup>1162</sup> La Section 3 du FTC Act dispose que « That upon the organization of the commission and election of its chairman, the Bureau of Corporations and the offices of authority vested in Commissioner and Deputy Commissioner of Corporations shall cease to exist; and all pending investigations and proceedings of the Bureau of Corporations shall be continued by the commission ». Clayton Act, September 26, 1914 (H.R. 15613.) Public, No. 203.

## §1. La primauté de la *Federal Trade Commission*

Si la forme et les pouvoirs de la FTC furent modelés sur ceux de l'*Interstate Commerce Commission*, celle-ci connut, contrairement à son aînée<sup>1163</sup>, des débuts très lents. Décrite comme « *Troubled in infancy, awkward in adolescence, clumsy in adulthood* »<sup>1164</sup>, la commission fut plongée dès sa création dans le contexte de la Première Guerre mondiale<sup>1165</sup> à peine animée, son dynamisme se verra freiné<sup>1166</sup>.

### A. L'architecture originelle interne de la FTC

La FTC suivit de nombreuses réorganisations au cours de son évolution. Il nous paraît pertinent d'exposer une photographie des premières années de sa création. L'organisation interne initiale eut une importance majeure sur la formation du droit administratif américain dont il porte encore la trace. La FTC fut organisée originellement en cinq divisions administratives<sup>1167</sup> structurées autour du corps de la commission (1.) La *Legal division* (2), l'*Economic division* (3), l'*Administrative division* (4), l'*Export trade division* (5) et enfin l'*Enemy trade division* (6).

#### 1. La commission

Au cœur exécutif de la *Federal Trade Commission*, cinq commissaires sont nommés par le Président des États-Unis et confirmés par le Sénat, pour une durée de sept ans maxi-

---

<sup>1163</sup> V. pour un exposé historique sur l'évolution de l'ICC, S. DEMPSEY, *The Rise and Fall of the Interstate Commerce Commission : The Tortuous Path From Regulation to Deregulation of America's Infrastructure*, *Marquette Law Review*, Vol. 95, p. 1151 (2012).

<sup>1164</sup> T. C. MCCRAW, *Prophets of Regulation*, Harvard University Press, 1984, p. 81.

<sup>1165</sup> Les États-Unis devinrent État belligérant contre l'Allemagne et à ses alliés austro-hongrois le 6 avril 1917. Voir, <https://history.state.gov/milestones/1914-1920/wwi>.

<sup>1166</sup> Voir le *Trading with the Enemy Act* (Oct. 6, 1917, c. 106, 40 Stat. 411) et l'*executive order*, qui suivit (Oct. 12, 1917). Cf. M. WINERMAN, W. E. KOVACIC, *Outpost Years For a Start-up Agency: The FTC From 1921–1925*, *Antitrust Law Journal*, Vol. 77, 2010, p. 155–156.

<sup>1167</sup> Elle subit au cours de son existence de nombreuses réorganisations. Certaines divisions et sous-divisions apparurent pour disparaître aussitôt. Parmi les plus importantes, la *Division of Trade Practice Conferences*, créée en 1926 et la *Radio and Periodical Division* en 1938. Elle subit une réorganisation intégrale le 30 juin 1951. Parfois modélisée autour de ses missions (concurrence, anti-monopole, protection du consommateur, antifraude) ou autour de ses spécialités d'action (juridique, contentieux, recherches économiques). Depuis 1969, la FTC s'organise autour de ses missions légales. Voir, P.A. PAULTER, *A History of the FTC's Bureau of Economics* American Antitrust Institute Working Paper, 2015, p. 2.

mum<sup>1168</sup>. L'indépendance de la commission était garantie à l'origine par le statut de ses membres, ces derniers ne pouvant faire l'objet d'une révocation que pour faute (*for cause*)<sup>1169</sup>. Le corps de la commission était présidé par un *chairman*<sup>1170</sup> que les commissaires désignaient parmi eux jusqu'en 1950<sup>1171</sup>. Le rôle du *chairman* était dans un premier temps limité à la présidence des débats et non à une fonction de direction de la commission dans son entièreté<sup>1172</sup>. Les commissaires se réunissaient jusqu'à vingt heures par semaine et ne pouvaient voter que s'ils étaient physiquement présents<sup>1173</sup>.

La faiblesse inhérente de la fonction de *chairman* et de ses nominations ne servit pas la FTC durant les six premières années de sa vie. Souffrant de l'absence de personnalité de premier plan<sup>1174</sup> et d'un leader propre, elle ne réussit pas à mener l'institution à s'imposer face aux entreprises et aux cours<sup>1175</sup>.

## 2. La Legal division

La *legal division* tenait au sein de la FTC le rôle de surveillance des marchés. Elle était chargée de détecter tout événement, comportement ou manquement pouvant constituer une

---

<sup>1168</sup> FTC Act, section 1. Codifié 15 U.S. Code § 41 (2020).

<sup>1169</sup> Les causes de destitution par le Président de *public officers* sont énumérées par la loi : « *inefficiency, neglect of duty, or malfeasance in office* ». FTC Act, section 1. Codifié 15 U.S. Code § 41 (2020). L'indépendance de la FTC a été par ailleurs reconnu dans l'arrêt *Humphrey v. U. S.*, 295 U. S. 602, 79 L. Ed. 1611, 55 Sup. Ct. 869 (1935).

<sup>1170</sup> Cette dénomination de *chairman* n'a été officialisée qu'en 1950, durant la réforme de

<sup>1171</sup> La présidence de la commission fut tournante de 1916 à 1950. À partir de 1950, le Président des États-Unis le nomme parmi les commissaires et peut le limoger *at will*. Les minutes de la commission sont disponibles en ligne : <https://www.ftc.gov/about-ftc/our-history/ftc-minutes-early-years>. M. WINERMAN, W. E. KOVACIC, *Outpost Years For A Start-Up Agency: The FTC From 1921–1925*, *Antitrust Law Journal*, Vol. 77, 2010, p. 153–154. Voir aussi, HENDERSON, *Federal Trade Commission, A Study in Administrative Law and Procedure*, Bluebook, 20th ed, 1924, p. 1 et 2.

<sup>1172</sup> M. WINERMAN, W. E. KOVACIC, *The William Humphrey and Abram Myers Years: the FTC From 1925 to 1929*, *Antitrust Law Journal*, Vol. 77, N° 3, 2011, p. 713.

<sup>1173</sup> M. WINERMAN, W. E. KOVACIC, *Outpost Years For A Start-Up Agency: The FTC From 1921–1925*, *Antitrust Law Journal*, Vol. 77, 2010, p. 155–156 et p. 165–166.

<sup>1174</sup> Louis Brandeis avait préféré le siège de *Chief Justice* à la Cour suprême en 1916 (1916-1939), à celui de membre de la FTC. T. C. MCCRAW, *Prophets of Regulation*, Harvard University Press, 1984, p. 125 ; Pour un court exposé de son accomplissement à la Cour suprême, voir : [https://supremecourthistory.org/timeline\\_brandeis.html](https://supremecourthistory.org/timeline_brandeis.html).

<sup>1175</sup> Parmi les cinq premiers commissaires de la FTC, Joseph E. Davies, Edward N. Hurley, William J. Harris, Will H. Parry et George Rublee, deux étaient chefs d'entreprises, un était politicien, un autre était avocat politicien et un avocat, personne n'apparaissait être un administrateur de premier plan. Les rotations et démissions (des cinq membres originels, nuls, ne furent encore présent en 1918) et la présidence tournante de la commission, priva la FTC dans ses premières années fondatrices, de stabilité et d'effectivité. Cf. M. WINERMAN, W. E. KOVACIC, *Outpost Years For A Start-Up Agency: The FTC From 1921–1925*, *Antitrust Law Journal*, Vol. 77, 2010, p. 156 ; T. C. MCCRAW, *Prophets of Regulation*, Harvard University Press, 1984, p. 125-127.

atteinte aux réglementations applicables aux opérateurs économiques<sup>1176</sup> en vertu de la section 11 du Clayton Act et 5 du FTC Act<sup>1177</sup>.

Elle se divisait en deux sous-services, l'un dirigé par le *Chief Counsel* et l'autre par le *Chief Examiner* et du *Board of review* qui pourrait davantage être qualifié d'« organe » par son indépendance vis-à-vis de l'ensemble de la commission.

Le *Chief Examiner*, au cœur de la mission d'expertise de la FTC, dirigeait le service d'enquête. Le processus d'établissement des faits (*facts finding*) se déroulant habituellement sous le contrôle formel d'un juge aux États-Unis<sup>1178</sup> a été confié à la FTC. La fonction du *Chief examiner* est de faire « *a report in writing in which it shall state its findings as to the facts* »<sup>1179</sup> dans le domaine de la concurrence particulièrement spécialisé et technique. Il était dans ce cadre « *authorized to employ technical experts as well as a lawyer for its guidance* »<sup>1180</sup> et pouvait procéder à tous les actes nécessaires afin d'établir d'une part les faits litigieux et d'autre part, de collecter le cas échéant les preuves suffisantes pour l'organisation d'un procès<sup>1181</sup>.

---

1176 Sections 2, 3, 7 et 8 du Clayton Act, September 26, 1914 (H.R. 15613.) Public, No. 203.

1177 The FTC Act (Sept. 26, 1914, c. 311, 38 Stat. 717), amendée en 1938, codifiée 15 U.S.C., §§ 45,46.

1178 Le processus de *fact finding* est charnière dans la constitution d'un *case*, c'est-à-dire d'un contentieux. Le *finding of facts* est un moment de la procédure précontentieuse habituellement située dans la « *discovery* ». Il s'agit plus exactement de « *written statement by the court, or the present case by the commission, of the conclusions of fact which shall be taken as true in the proceeding and the conclusion based on the facts found that a violation of law as charged in the complaint has been made* ». Cf. H. W. BEER, *Federal Trade Law and Practice before the Federal Trade Commission, United States District Courts, United States Circuit Courts of Appeals and United States Supreme Court in Federal Trade Commission Cases, Bluebook*, 20th ed., 1942, p. 396 ; Il consiste à établir les faits de manière séparée des questions de droit, pour que leur qualification juridique par la commission soit la plus objective possible. Malgré tout, Gerard Henderson, concluait de manière critique dans son ouvrage de référence, *Federal Trade Commission, A Study in Administrative Law and Procedure*, Bluebook, 20th ed, 1924, p. 92. Voir aussi, W.S. HOLT, *The Federal Trade Commission, Its History, Activities and Organization*, D. Appleton and Company, 1922, p. 34 ; J.L. MECHEM, *Procedure and Practice before the Federal Trade Commission, Michigan Law Review*, Vol. XXI, No. 2, 1922, p. 127 et s.

1179 FTC Act, § 5 ; Clayton Act, § 11.

1180 G.C. HENDERSON, *Federal Trade Commission, A Study in Administrative Law and Procedure*, Bluebook, 20th ed, 1924, p.92.

1181 Il est important de souligner ici le caractère exorbitant du modèle fonctionnel choisi. La FTC s'est vu confier un domaine appartenant habituellement en droit ou en *equity* aux parties à l'instance. Le *finding of facts*, relève en effet, de la compétence de la commission de manière discrétionnaire. Les entreprises répondant aux investigations de la FTC n'avaient pas l'opportunité de verser au dossier leurs conclusions d'enquête (*findings*), de déposer des demandes d'enquête (*request to find*) ou d'opposer des exceptions. Ce qui rapproche ce système dans sa conception au modèle inquisitoire attaché traditionnellement aux pays de tradition romano-germanique. Cf. H. W. BEER, *Federal Trade Law and Practice before the Federal Trade Commission, United States District Courts, United States Circuit Courts of Appeals and United States Supreme Court in Federal Trade Commission Cases, Bluebook*, 20th ed., 1942, p. 395 ; Voir, P. LEGRAND, G. SAMUEL, *Introduction au common law*, La Découverte, Coll. Repère, p. 2 ; E. ZOLLER, *Introduction au droit public*, Dalloz, Coll. Précis, 2d ed, p. 23 et s.

Il avait sous sa responsabilité, les *trial examiners*, officiers publics qui dirigeaient les *hearings*, conduisaient les dépôts de témoignages (*testimony*) et rédigeait le rapport des *founding of facts*. Le *Chief examiner* présidait en outre, les *investigational examiners* chargés d'enquêter à la suite des dépôts de plainte.

Le *Chief Counsel* était à la tête de l'organe de poursuites de la commission. Il avait sous sa direction les *trial attorneys*, spécialisés dans le procès civil. Le *Chief Council* était chargé de l'engagement des poursuites si des atteintes au droit de la concurrence étaient établies. Ce service avait de plus, un rôle de conseil juridique auprès de la commission.

*Board of review* indépendants des autres membres de la commission, mais demeurant au sein de la *Legal division*, il était composé de deux juristes et d'un économiste. Il était chargé d'étudier les *complaints* et de formuler le cas échéant des recommandations aux commissaires.

### **3. L'Economic division**

Sous la direction du *Chief economist*, l'*economic division* était partagée en différentes sections chargées principalement des investigations d'ordre économique et de rédaction de rapports<sup>1182</sup>.

### **4. L'Export trade division**

L'*Export trade division*<sup>1183</sup> a été créée pour l'application du *Webb-Pomerene Act*<sup>1184</sup> afin de compiler les informations sur les sujets d'exportation et d'enquêter sur les plaintes pour concurrence déloyale dans le domaine du commerce d'exportation. Le *Webb-Pomerene Act* avait en effet pour objet d'autoriser les associations de commerce d'exportation. Il sera intégré à l'*Office of the General Counsel* en 1944<sup>1185</sup>.

---

<sup>1182</sup> Pour un développement complet de l'évolution de l'*economic division*, voir, P. A. PAULTER, A History of the FTC's Bureau of Economics, *American Antitrust Institute Studies*, 2015, p. 3 et s. disponible en ligne : [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2657330](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2657330).

<sup>1183</sup> D. KALLEY, M. WINERMAN, First in the World: the FTC International Program at 100, *Antitrust*, Vol. 29, N° 1, Fall 2014, p. 39.

<sup>1184</sup> *Webb Export Trade Act*, April 10, 1918, c. 50, §§ 3–5, 40 Stat. 517.

<sup>1185</sup> Fed. Trade Comm'n, Annual Report Of The Federal Trade Commission For The Fiscal Year Ended June 30, 1944, At 68 (1944).

## 5. *L'Enemy trade division*

Instituée par le *Trading with the Enemy Act*<sup>1186</sup>, la division était engagée dans l'application de la loi précitée, mais aussi la réglementation concernant l'utilisation des licences, marques et brevets détenus par les États ennemis<sup>1187</sup>.

### B. Les compétences de la FTC

Les compétences de la *Federal Trade Commission* ont été déterminées par ses missions. À l'origine celles-ci étaient de deux types. Organe de poursuite et de sanctions envers les « *unfair methods of competition in interstate commerce* » et expert économique chargé des enquêtes et de la récolte des données économiques des entreprises engagées dans le commerce interétatique et international (1). Afin d'accomplir ces missions, la FTC a été dotée de larges pouvoirs (2).

#### 1. Les missions de la FTC

La FTC est une autorité administrative indépendante chargée de la défense active de la concurrence (a). Héritière directe du *Bureau of Corporations*, elle possède la compétence complémentaire de rechercher et d'étudier les activités économiques des entreprises (b).

##### a. La protection de la concurrence

Comme l'*Interstate Commerce Commission* (ICC ci-après) avant elle, avait la fonction de surveiller le rail, la FTC a été créée pour assurer le respect des règles de concurrence des industries manufacturières, du commerce de gros et de la vente au détail interétatique et international<sup>1188</sup>. La FTC disposait à l'origine de deux missions principales dont les enchevêtrements organiques ont longtemps soulevé les hostilités. La première est de prévenir et de pour-

---

<sup>1186</sup> An Act to Define, Regulate, and Punish Trading with the Enemy, and for other Purposes, Oct. 6, 1917, c. 106, 40 Stat. 411.

<sup>1187</sup> L. MECHEM, Procedure and Practice before the Federal Trade Commission, *Michigan Law Review*, Vol. XXI, No. 2, 1922, p. 127.

<sup>1188</sup> *The Webb Pomerene Act* (Apr. 10, 1918, c. 50, §§ 3–5, 40 Stat. 517).



suivre les atteintes à la concurrence (1°), la seconde, *quasi-juridictionnelle* consiste à ordonner des mesures visant à faire cesser la violation des lois antitrust (2°).

### 1°) La fonction de poursuite

Plusieurs bases légales fondent cette mission. Une est de nature générale, dite « *standalone enforcement* », particulièrement contestée pour cette raison<sup>1189</sup> est inscrite à la Section 5 du *FTC Act*<sup>1190</sup>, où la commission a l'obligation de « (. . .) *prevent persons, partnerships, or corporations, except banks, and common carriers subject to the Acts to regulate commerce, from using unfair methods of competition in commerce* »<sup>1191</sup>.

L'autre de nature particulière est inscrite à la Section 11 du *Clayton Act*. Cette disposition donne autorité à la FTC pour faire appliquer la Section 2<sup>1192</sup> visant les prix discriminatoires (*price discrimination*), la Section 3<sup>1193</sup> sur les contrats liés (*exclusive purchasing and*

---

<sup>1189</sup> La doctrine et les praticiens du droit américain ont centré depuis 1914 un très grand nombre de leurs travaux sur l'interprétation sur ce qui constitue des « *unfair methods of competition* ». La Cour suprême refusa dans un premier temps à la FTC la qualité d'interprète de la loi dans un arrêt *Commission v. Gratz*, en 1920. Il jugea que « *They are clearly inapplicable to practices never before regarded as opposed to good morals because characterized by deception, bad faith, fraud, or oppression, or as against public policy because of their dangerous tendency unduly to hinder competition or create monopoly.* » Confinant la Section 5 aux cas délimités dans sa jurisprudence. Cf. [*F. T. C. v. Gratz et al.*, 258 U. S. 483 (1920) Dissenting of L.Brandeis: "*the Act left the determination to the Commission.*"]. L'arrêt *Gratz* fut renversé en 1934 par l'arrêt *Arrow-Hart and Hegeman Company v. Federal Trade Commission* (54 *Sup. Ct.* 532 (1934)). La correspondance de la Section 5 avec le *Sherman Act* et les bornes entourant chacune de ces dispositions continuent de poser question. Cf. N.W. AVERITT, The Meaning of "Unfair Methods of Competition" in Section 5 of the Federal Trade Commission Act, *Boston College Law Review*, Vol 21, N° 2, 1980, p 227 ; W.E. KOVACIC, M. WINERMAN, Competition Policy and the Application of Section 5 of the Federal Antitrust Act, *Antitrust Law Journal*, Vol. 76, 2010, p. 933-934; J. J. O'CONNELL, Section 5, 1914, and the FTC at 100, *Antitrust*, N° 29, 2014, p.5.; J.M. RYBNICEK, J.D. WRIGHT, Defining Section 5 Of The FTC Act: The Failure Of The Common Law Method And The Case For Formal Agency Guidelines, *George Mason Law Review*, Vol. 21, N° 5, 2014, p. 1288 et s. ; A. MARSHAK, The Federal Trade Commission on the Frontier: Suggestions for the Use of Section 5, *New York University Law Review*, Vol. 86, 2011, p. 1121. Le professeur de droit administratif R. J. Pierce proposa même de supprimer cette disposition dans une contribution à l'occasion du 100<sup>e</sup> anniversaire de la FTC. Cf. R.J. PIERCE, The Rocky Relationship Between the Federal Trade Commission and Administrative Law, *The Georgetown Washington Law Review*, Vol. 83, 2015, p. 2032.

<sup>1190</sup> The FTC Act (Sept. 26, 1914, c. 3II, 38 Stat. 717).

<sup>1191</sup> Section 5, The FTC Act (Sept. 26, 1914, c. 3II, 38 Stat. 717) amendée en 1938, codifiée 15 U.S.C., §§ 45,46.

<sup>1192</sup> Section 2 du Clayton Act non modifiée dispose, « That it shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, either directly or indirectly to discriminate in price between different purchasers of commodities, which commodities are sold for use, consumption, or resale within the United States (. . .), where the effect of such discrimination may be to substantially lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce (. . .) ». The Clayton Act (Oct. 15, 1914, c. 323, 38 Stat. 730).

<sup>1193</sup> Selon la Section 3 non modifiée du Clayton Act, « That it shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, to lease or make a sale or contract for sale of goods, wares, merchandise, machinery, supplies or other commodities, whether patented or unpatented, for use, consumption or resale within the United States (. . .), or fix a price charged therefore, or discount from, or rebate upon, such price, on the condition, agreement or understanding that the lessee or purchaser thereof shall not use or deal in

*selling* et *tying arrangements*), la Section 7<sup>1194</sup> qui interdit les acquisitions d'actions qui auraient pour effet de restreindre le commerce ou de tendre à la création d'un monopole et enfin la Section 8<sup>1195</sup> qui prohibe les directions communes d'entreprises conçues pour supprimer la concurrence (*interlocking directorates*). Dès lors que la FTC a des « *reason to believe* »<sup>1196</sup> que la loi antitrust a été violée (à laquelle s'ajoute s'agissant de la section 5 du FTC Act, la preuve d'un intérêt public), celle-ci *doit* poursuivre par une procédure interne à l'institution<sup>1197</sup>.

## 2°) La fonction quasi-juridictionnelle

Conçue comme une composante essentielle du nouveau dispositif pour penser<sup>1198</sup> et appliquer la politique fédérale de concurrence des États-Unis, la FTC a été dotée d'une compétence *quasi* juridictionnelle. Sous l'habitus du tribunal administratif<sup>1199</sup>, la commission est

---

*the goods, wares, merchandise, machinery, supplies or other commodities of a competitor or competitors of the lessor or seller, where the effect of such lease, sale, or contract for sale or such condition, agreement or understanding may be to substantially lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce.* ». The Clayton Act (Oct. 15, 1914, c. 323, 38 Stat. 731).

<sup>1194</sup> En vertu de la Section 7 du Clayton Act, « That no corporation engaged in commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital of another corporation engaged also in commerce, where the effect of such acquisition may be to substantially lessen competition between the corporation whose stock is so acquired and the corporation making the acquisition, or to restrain such commerce in any section or community, or tend to create a monopoly of any line of commerce ». The Clayton Act, (Oct. 15, 1914, c. 323, 38 Stat. 732).

<sup>1195</sup> The Clayton Act, (Oct. 15, 1914, c. 323, 38 Stat. 732–733).

<sup>1196</sup> Section 11 du Clayton Act et Section 5 du FTC Act.

<sup>1197</sup> À la Section 5 (b) du FTC Act (non modifié) : « it shall issue and serve upon such person, partnership, or corporation a complaint stating its charges in that respect and containing a notice of hearing upon a day (...) » et à la Section 11 du Clayton Act : « (...) shall have reason to believe that any person is violating or has violated any of the provisions of sections two, three, seven and eight of this Act, it shall issue and serve upon such person a complaint stating its charges in that respect, and containing a notice of a hearing upon a day (...) ».

<sup>1198</sup> Les travaux congressionnels ont montré qu'une des missions de la FTC était d'établir une doctrine de long terme en matière de concurrence. Conduisant de vastes études économiques et possédant d'importants pouvoirs d'investigations, la commission et grâce aux données récoltées, était un véhicule de développement de standards juridiques supérieur aux cours. Voir, M. WINERMAN, *The Origins of the FTC: Concentration, Cooperation, Control, and Competition*, *Antitrust L.J.*, Vol. 71, 2003, p. 58–92 ; D. BALTO, *Returning to the Elman Vision of the Federal Trade Commission: Reassessing the Approach to FTC Remedies*, *Antitrust L.J.*, Vol. 72, 2005, pp. 1113–1114 ; P. ELMAN, *Antitrust Enforcement: Retrospect and Prospect*, Remarks Before First New England Antitrust Conference, Mar. 31, 1967, *A.B.A. J.*, Vol. 53, (1967), p. 609.

<sup>1199</sup> Le dictionnaire juridique *Blacks Law* définit le *tribunal* comme « *the seat of a judge ; the place where he administers justice* ». ( p. 1677). Le tribunal dans son acception américaine ne se confond pas avec une *court*. La distinction dépend en effet de sa source constitutionnelle. Les « *courts* » fondent leur existence sur l'article III de la Constitution américaine. La *Suprem Court of the United States*, les *United States courts of appeals*, les *United States district courts*, et les *United States Court of International Trade* forment la branche judiciaire du *government* américain. Leur nomination et leur salaire sont protégés par l'article III de la Constitution. L'existence de *tribunals* se fonde sur l'Article I de la Constitution, ils sont dit « *legislative* » car créés par le Congrès pour traiter de contentieux spécialisés. Les juges siégeant au sein de ces tribunaux ne bénéficient pas du

autorisée à exercer un pouvoir de décision unilatérale, prérogative exorbitante si non refusée, fortement contestée. L'institution d'une telle attribution rencontra de nombreuses oppositions d'abord en raison de l'absence théorique d'un pouvoir réglementaire de l'administration (a) puis en raison de l'obreption qui découla de la création de la fonction *quasi*-juridictionnelle (b).

### **(a) La question du pouvoir normatif des agences**

Il n'existe pas dans la Constitution américaine de distinction entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire<sup>1200</sup>. Seul le Congrès détient « *All legislative powers* »<sup>1201</sup>, l'Exécutif n'est présent que pour rendre effectif les dispositions des actes normatifs<sup>1202</sup>. La branche judiciaire inscrite dans la tradition de *common law* anglaise est elle aussi créatrice de droit. Cela est d'autant plus troublant que les principes énoncés dans les arrêts sont désignés comme étant des *rules*<sup>1203</sup> au même titre que de nombreux actes administratifs et sont proches dans leurs effets juridiques des *statutory rules*, c'est à dire, des lois. Le Congrès autorisa pour-tant très tôt<sup>1204</sup> par délégations<sup>1205</sup> les agences fédérales à produire des règles (*rulemaking power*).

---

statut constitutionnel de protection régi par l'Article III de la Constitution. Voir en général. P.C. HOFFER, W.J. HILL HOFFER, N. E. H. HULL, *The Federal Courts, An Essential History*, Oxford University Press, 2016.

1200 ZOLLER É., Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie, *RFDA*, 2004, p. 757.

1201 Article 1, Section 1, Constitution des États-Unis.

1202 Article II Constitution États-Unis

1203 La notion de *rule* est entourée de nombreuses incertitudes. La définition en droit positif est inscrite dans le code de procédure administratif américain (APA), mais est l'objet de contestations doctrinales. R. J. PIERCE Jr., *Administrative Law Treatise*, Wolters Kluwer Law & Business, Vol. I, Fith Ed., 2010, p.216.

1204 La première délégation législative fut opérée par une loi du 29 septembre 1789 créant l'agence fédérale d'administration des pensions militaires d'invalidité. Cette agence avait été dotée à la fois d'un pouvoir réglementaire, mais aussi d'un tribunal administratif interne. Voir, R. J. PIERCE Jr., *Administrative Law Treatise*, Wolters Kluwer Law & Business, Vol. I, Fith Ed., 2010, p. 9. Le développement du droit administratif (*administrative law*) fut constant, mais, relativement inapparent dans l'ordre juridique américain. Ce n'est que récemment que le professeur Jerry Mashaw démontra l'existence d'une importante action administrative au XIXe siècle. Il apparaît que dans de nombreux cas les décisions administratives ne faisaient pas l'objet de *judicial review*. Seules les actes non discrétionnaires pouvaient être annulés par un *writ of mandamus*, (*i. e.*, une ordonnance contraignant une autorité publique ou privée ou encore une cour inférieure, à agir ou à ne pas agir afin de remplir une fonction ou d'appliquer une obligation légale. Voir l'occurrence « *writ of mandamus* » in, B. A. GARNER, *Black's Law Dictionary*, 8th Ed., St. Paul, États-Unis, 2004, p. 980). Sur le développement du droit administratif aux XIXe siècles voir les trois articles majeurs du professeur Jerry Marshaw publié au sein des volumes 115 à 118 du *Yale Law Journal*. Cf. J. MARSHAW Recovering American Administrative Law: Federalist Foundations, 1787–1801, *Yale L.J.* vol. 115, No. 6, 2006, pp. 1256–1344 ; Reluctant Nationalists: Federal Administration and Administrative Law in the Republican Era, 1801–1829, *Yale L.J.*, Vol. 116, N° 8, 2007, p. 1626–1740 ; Administration and "The Democracy": Administrative Law from Jackson to Lincoln, 1829–

La différenciation entre les actes édictant une norme générale et impersonnelle à destination d'un public particulier définit par lui (*rules*) et les actes édictant une norme personnelle où le destinataire est nommément désigné (*orders*) connue quelques circonvolutions, qu'il convient de retracer. La distinction entre ces catégories d'actes est fondamentale, car elles ne possèdent pas les mêmes régimes juridiques et les mêmes procédures. Elle permet donc de dissocier les fonctions administratives des fonctions juridictionnelles de l'agence dont dépend l'application des règles attachées au droit constitutionnel du *due process of law*.

---

1861, *Yale L.J.*, Vol. 117, N° 8, 2008, pp. 1568–1693. disponible en ligne : <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/>

1205 La Cour suprême a eu une position ambiguë sur le principe d'une délégation législative du Congrès. Il a semblé imposer un principe d'interdiction, la *Non delegation doctrine*, dans un arrêt *Field v. Clarck* de 1892 (*Field v. Clarck* 143 U.S. 649 (1892)), statuant que « *that Congress cannot delegate legislative power [...] is a principle universally recognized* » (*ibid.* at 192). Principe réitéré en 1932 dans l'arrêt *United States v. Shreveport Grain & Elevator Co.* (287 U.S. 77, 1932). Elle a toutefois justifié de manière constante la délégation, par des moyens divers, multipliant les exceptions au principe. D'abord en dégageant un test, le « *contingency test* » le pouvoir réglementaire de l'agence se concevant seulement comme accessoire de la loi (*Brig Aurora*, 11 U.S. 382, 1813), abandonné pour élargir le champ des délégations (*Buttfield v. Stranahan*, 192 U.S. 470, 1904). Un nouveau test fut dégagé en 1911, « *l'interstitial test* » (*United States v. Grimaud*, 220 U.S. 506, 1911) où étaient considérées comme constitutionnelles les délégations faites pour « *fill up the details* » d'une législation (220 U.S. 517, 1911) pour laisser place en 1928 au critère de l'« *intelligible principle* ». Dans ce cadre, l'édiction de principes fixés par le Congrès guidant l'exercice du pouvoir de réglementation de l'administration suffirait à rendre l'acte constitutionnel (*J.W. Hampton v. United States*, 276 U.S., 394, 409, 1928). Seuls deux arrêts de 1935, *Panama Refining Co v. Ryan*, 293 U.S. 388, 1935 et *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495, 1935 prononcèrent les délégations inconstitutionnelles. La doctrine a interprété l'inflexion de la Cour dans ces deux arrêts par leur contexte historique. La délégation visée comme inconstitutionnelle dans les deux affaires était inscrite dans le *National Industrial Recovery Act (NIRA Act* ci-après) de 1933. Cette loi avait été voulue par Franklin D. Roosevelt pour combattre la dépression économique après la crise de 1929. Elle octroyait à une agence, la *National Recovery Administration*, constituée de particuliers, le soin de réglementer les marchés dans de très larges secteurs de l'économie, dans lesquels ces derniers pouvaient avoir des intérêts financiers. Le *NIRA Act* autorisait d'une certaine manière la cartellisation et suspendait toutes les règles de concurrence. Les *Associates Justices* n'étaient pas favorables à cette législation d'exception et plus largement au plan d'intervention publique du Président Franklin D. Roosevelt. Cf. sur ce point, J. S. OLSON, *Historical Dictionary of the Great Depression, 1929–1940*, Green Wood Press, 2001, p. 250. La problématique réapparue au début des années 1980, dans deux affaires, *Industrial Union Dpt v. American Petroleum Institute* (449 U.S. 607, 1980) appelée « *Benzene* » et *American Textile Manufacturers Institute v. Donovan* dit « *Cotton Dust* ». Elles concernaient l'interprétation de l'*Occupational Safety and Health Act (OSHA Act* ci-après) qui autorisait l'administration à élaborer des réglementations en matière d'hygiène et de sécurité « *to the extent feasible* ». Tournure vague et ambiguë non définie par la loi, divisa la Cour suprême, sans toutefois déclarer l'inconstitutionnalité de la loi. La *Non delegation doctrine*, ne fut plus soulevé qu'en 1989 par le juge Scalia, dans l'arrêt *Mistretta v United States* (488 U.S. 361, 1989), pour contester l'encadrement des sentences par une agence qui lierait les cours. Voir, R. J. PIERCE Jr., *Administrative Law Treatise*, Wolters Kluwer Law & Business, Vol. I, Fifth Ed., 2010, p. 105 ; voir le compte rendu du symposium « *The Uneasy Constitutional Status of the Administrative Agencies* » publié en 1987. Particulièrement, H. H. BRUFF, On the Constitutional Status of the Administrative Agencies, *The American University Law Review*, Vol. 36, 1987, p. 491 ; F. R. ANDERSON, Revisiting the Constitutional Status of Administrative Agencies, *The American University Law Review*, Vol. 36, 1987, p. 277 ; T.O. SARGENTICH,

The Delegation Debate and Competing Ideals of the Administrative Process, *The American University Law Review*, Vol. 36, 1987, p. 419 ; L.G. CALDWELL, A Federal Administrative Court, *University of Pennsylvania Law Review*, June 1936, p. 972 et s., disponible en ligne : <https://scholarship.law.upenn.edu>.

Définie dans l'*Administrative Procedure Act* de 1946<sup>1206</sup>, la jurisprudence de la Cour suprême avait établi dès le début du XXe siècle le critère matériel de distinction entre la fonction de *rulemaking* des agences et celle d'*adjudication*. Deux arrêts guident toujours les cours dans leurs appréciations. Dans le premier arrêt *Londoner v. Denver* (*Londoner* ci-après) de 1908<sup>1207</sup>, la Cour a retenu qu'un propriétaire à qui la ville avait refusé une audience (*hearing*) pour contester la réévaluation de ses impôts fonciers, avait été privé des garanties du *due process*. Dans le second arrêt, *Bi-Metallic Investment Co. v. State Board of Equalization*<sup>1208</sup> (*Bi-Metallic* ci-après), l'État du Colorado avait augmenté de 40% la valeur de tous les biens imposables de la ville de Denver par un *order*. La Cour rejeta l'argument des requérants fondé sur un manquement au *due process* en distinguant l'espèce du cas *Londoner* où « *a relatively small number of persons was concerned, who were exceptionally affected, in each case upon individual grounds* » alors que dans l'affaire *Bi-Metallic* « *the rule of conduct applies to more than few people* ». On le voit, si le contenu de la norme édictée dans l'acte s'applique à une situation particulière quand bien même il aurait une pluralité de destinataires, le régime de l'*adjudication* devra être suivi.

Il est nécessaire d'identifier à ce point la nature des décisions rendues par le tribunal administratif de la FTC afin de comprendre la spécificité de la fonction *quasi* juridictionnelle qui lui est attribuée. D'abord l'acte résultant d'une *formal complaint*<sup>1209</sup> introduite par le *staff* de la commission est appelé *cease and desist order*<sup>1210</sup>. Il consiste en une commande individuelle de cesser un comportement ou une action, en application de la loi Clayton et il est adressé nommément aux entreprises au regard d'un amalgame de faits propres. Cet acte produit donc des effets juridiques qui affectent les droits des personnes, il est donc un *order* devant faire l'objet d'un jugement.

---

<sup>1206</sup> R.J. PIERCE, The Rocky Relationship Between the Federal Trade Commission and Administrative Law, *The Georgetown Washington Law Review*, Vol. 83, 2015, p. 402.

<sup>1207</sup> *Londoner v. Denver*, 210 U.S. 373 (1908).

<sup>1208</sup> *Bi-Metallic Investment Co. v. State Board of Equalization*, 239 U.S. 441 (1915).

<sup>1209</sup> La Cour suprême a défini dans l'arrêt *FTC v. Gratz* de 1920 la nature et la portée de la *formal complaint*. Selon la Cour :

« The function of the complaint is solely to advise the respondent of the charges made, so the he may have due notice and full opportunity for a hearing thereon. It does not purport to set out the elements of a crime like an indictment or information, nor the elements of a cause of action like a declaration at law or a bill in equity. All that is requisite in a complaint before the commission is that there be a plain statement of the thing claimed to be wrong, so that the respondent may be put upon his defense. The practice of the Federal Trade Commission in this respect, as in many others, is modeled on that which has been pursued by the Interstate Commerce Commission for a generation, and has been sanctioned by this as well as the lower federal courts. ».

Cf. *FTC v. Gratz*, 253 U.S. 430 (1920).

<sup>1210</sup> Si la *complaint* est rejetée, il sera prononcé un *order of dismissal*. V. *infra* la procédure devant le tribunal administratif de la FTC.

## **(b) La forme juridictionnelle du pouvoir de décision unilatérale de la FTC**

Parce que les commissions administratives indépendantes statuent sur des droits individuels en application de la loi, l'organisation politique des États-Unis et la tradition de *common law* n'ont la capacité de percevoir ces décisions que sous un angle exclusivement judiciaire. Pour Elizabeth Zoller, ce refus de reconnaître la fonction administrative s'explique par le silence de la Constitution<sup>1211</sup>. Cette thèse se vérifie dans l'opinion dissidente de l'*Associate Justice Jackson* à propos de l'affaire *FTC v. Ruberoid Co.*<sup>1212</sup> de 1952. « *The rise of administrative bodies (...) have become a veritable fourth branch of the Government, which has deranged our three-branch legal theories much as the concept of a fourth dimension unsettle our three-dimensional thinking* »<sup>1213</sup>. Au-delà, « *administrative agencies have been called quasi-legislative, quasi-executive or quasi-judicial, as the occasion required, in order to validate their functions within the separation-of-powers scheme of the Constitution. The mere retreat to the qualifying "quasi." is implicit with confession that all recognized classifications have broken down, and "quasi" is a smooth cover which we draw over our confusion as we might use a counterpane to conceal a disordered bed* »<sup>1214</sup>.

L'attribution d'une prérogative exorbitante qui affecte les droits individuels ne s'effectue qu'à la condition d'une soumission aux garanties et procédures légales issues de la doctrine constitutionnelle du *due process of law*. Né de sources anglaises<sup>1215</sup> et fondé aux États-Unis sur les 5<sup>e</sup> et le 14<sup>e</sup> amendement de la Constitution, ce principe interdit à toutes institutions fédérales ou étatiques de « *deprived of life, liberty or property without due process of*

---

<sup>1211</sup> Selon le professeur Zoller, la fonction administrative « consiste à appliquer les lois quotidiennement à un grand nombre indéterminé de personnes à la fois, au moyen de règlements, ou à les appliquer à une personne déterminée, au moyen d'une décision individuelle ». É. ZOLLER, *Les Grands Arrêts*, p. 202-203. La doctrine américaine reconnaît la très grande difficulté des États-Unis à faire une place au droit administratif. Il s'agirait de faire entrer « the round peg of administrative government into the square hole of the nation's constitutional culture ». Cf. S. SHAPIRO, *Pragmatic Administrative Law*, in, *Wake Forest Legal Studies Paper*, No. 05-02, Jan. 2005, p.4. disponible en ligne : [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=653784](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=653784)].

<sup>1212</sup> 343 U.S. 470, 487-88, [1952].

<sup>1213</sup> Opinion restituée dans l'ouvrage *Statutes and Courts Decisions*, p. 401., disponible en ligne

<sup>1214</sup> *Idem*.

<sup>1215</sup> Le principe du « due process of law » a pour origine la Magna Carta anglaise de 1215 qui prévoyait que « No freeman shall be arrested, or detained in prison, or deprived of his freehold, or outlawed, or banished, or in any way molested ; and we will not set forth against him, or send against him, tulesse by the lawful judgment of his peers by the law of the land. ». Confirmé en 1354 dans une loi du Parlement où l'expression « by the law of the land » fut substituée par « due process of law », puis en 1625 au sein de la *Petition of Rights* à Charle I, « that freemen be imprisoned or detained only by the law of the land, or by due process of law, and not by the king's special command without any charge ». V. H.E. WILLIS, *Due Process of Law Under the United States Constitution*, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 74, N° 4, Feb. 1926 ; P. MBONGO, *Procès équitable et due process of law*, *Les Nouveaux Cahiers du Droit Constitutionnel*, N° 44, 2014, pp. 49-59. ; É. ZOLLER, *Due process of law [occurrence]*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, ALLAND D., RIALS S., (sous la direction de), P. U.F, Coll. Quadrige, 1<sup>re</sup> éd. 2003, p. 556.

*law* ». Il oblige la tenue des formes et procédures légales qui garantissent les personnes contre les abus lorsque les intérêts liés à « *la vie, à la liberté ou à la propriété* »<sup>1216</sup> sont mis en causes.

Alexandra Lahav, explique l'attachement de la vision américaine à la fonction juridictionnelle parce qu'il constituerait le seul vecteur de l'accomplissement de la *rule of law* dont le *due process* et le corollaire. Le procès judiciaire par ses caractères accusatoire, public et contradictoire constitue une garantie de transparence « *by revealing information crucial to individual and public decision-making* », promeut le « *self-government* » et offre une forme de « *social equality by giving litigants equal opportunities to speak and be heard* »<sup>1217</sup>. Un litige doit être tranché par « *une personne impartiale, tenue pour telle en raison de son autorité personnelle ou du fait des pouvoirs qu'elle tient de la loi (...)* »<sup>1218</sup>. Le juge en théorie, peut seul « *se [prononcer] sur les prétentions des parties en litige* »<sup>1219</sup>. Cette culture du « contentieux » théorisée par Robert A. Kagan sous l'expression d'« *adversarial legalism* » explique la puissance des juges aux États-Unis<sup>1220</sup>. Leur magistère consistant selon le *Chief Justice* Marshall dans l'*opinion* de l'affaire fondatrice *Marbury v. Madison*<sup>1221</sup>, à garantir les libertés individuelles et les droits acquis des citoyens : « *The very essence of civil liberty certainly consists in the right of every individual to claim the protection of the laws whenever he receives an injury* »<sup>1222</sup>.

Pensé dans sa pureté, le contentieux (ici le différend né d'une atteinte à un droit par l'administration) ne permettait pas l'existence d'une fonction dite « *quasi-juridictionnelle* »<sup>1223</sup>. Les commentateurs hostiles à l'égard de ce nouveau pouvoir arguaient

---

<sup>1216</sup> PERROUD, T., *La fonction. Contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Ed. Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque des Thèses, Vol. 127, 2013, p.34.

<sup>1217</sup> A. D. LEHAV, *In Praise of Litigation*, Oxford University Press, 2017, p. 1–2.

<sup>1218</sup> P. HOTI, E. HOXHAI, L'existence d'ordres juridictionnels comme forme de spécialisation de la justice, *Global Journal of Arts Humanity and Social Sciences*, Vol. 3, No. 1, p. 39.

<sup>1219</sup> Idem.

<sup>1220</sup> R.A. KAGAN, *Adversarial Legalism. The American Way of Law*, Harvard University Press, 2002, cité par A. DEYSINE, *La Cour suprême des États-Unis. Droit, politique et démocratie*, Ed. Dalloz, Coll. Les sens du Droit Essai, 2015, p.28. Voir aussi sur le même thème, A. D. LEHAV, *In Praise of Litigation*, Oxford University Press, 2017 et les observations de L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, Presses universitaires de France, Paris, 2015.

<sup>1221</sup> *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 163 (24 Février 1803).

V : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/#tab-opinion-1958607>

<sup>1223</sup> P. WOLL, Administrative Justice: Formal Prescription and Informal Adjudication, *The Western Political Quarterly*, Vol. 14, N° 3, 1961, pp.647-662.

de l'insécabilité du pouvoir judiciaire<sup>1224</sup>. Dès lors qu'un contentieux naissait, la connaissance de ce litige devait être attribuée au juge. L'imprécision de la notion exacerbait particulièrement les critiques, le néologisme pouvant signifier « *thousand of things* » alors que la fonction judiciaire « *means but one thing* »<sup>1225</sup>. Joseph Nimmo, mis en évidence pour la première fois cette difficulté en 1892, à propos de l'ICC soulignant la faiblesse conceptuelle de cette fonction alors émergente :

*The Commission makes a labored effort to prove that its present contention is not for judicial power ; but I think that in this it clearly stultifies itself. It contends for the right to try a case of infraction of the provisions of the Act to Regulate Commerce, according to the forms and " rules of evidence prevailing in the courts," and " sur rounded with all the safeguards which apply in courts," to issue orders upon such decisions to retry the case if ordered to do so by the court of appeal " for the admission of further evidence," or " investigation on any subject," and then, upon a second appeal, the Commission's decision is to be reviewed by the courts only upon the record as thus made by the Commission. If this is held not to be judicial power and judicial proceeding, then I think it will be quite in order for almost anyone to recur to " Story, the Federalist, and other elementary works," in order to ascertain just what constitutes the essential elements of judicial power and judicial proceeding<sup>1226</sup>.*

Dans cette conception, une commission administrative ne pouvait se faire l'auxiliaire du pouvoir judiciaire.

---

<sup>1224</sup> J. NIMMO Jr., (1831-1909), était économiste. Il occupa la fonction de chef du Bureau des statistiques du *Treasury department* de 1878 à 1885, auteur de nombreux rapports pour le Congrès sur le commerce interétatique et international. Il occupa les fonctions d'experts au sein du *Department of Agriculture*.

« Surely, enough has transpired in order to prove that the Federal judiciary is sternly opposed to such an invasion of its province. The judicial power in the United States is a very exclusive power. It tolerates "no brother near the throne" ». (p.16). J. NIMMO Jr., Statement in Reply to the Suggestions of the Interstate Commerce Commission in March 16, 1892, Gibson Bros, 1892, p. 18. disponible en ligne : <https://books.google.com>.

<sup>1225</sup> J. NIMMO Jr., *Statement in Reply to the Suggestions of the Interstate Commerce Commission in March 16, 1892*, Gibson Bros, 1892, p. 18. disponible en ligne : <https://books.google.com>.

<sup>1226</sup> J. NIMMO Jr., Statement in Reply to the Suggestions of the Interstate Commerce Commission in March 16, 1892, Gibson Bros, 1892, p. 17. disponible en ligne : <https://books.google.com>.



L'usage de la forme juridictionnelle eut la conséquence immédiate de questionner la réunion de différentes fonctions au sein d'une seule agence<sup>1227</sup>. L'identification d'un litige (*litigation*) implique une séparation entre le juge et l'auteur qui administre les poursuites. La Cour suprême jugea cependant, qu'une commission administrative indépendante pouvait à la fois agir comme procureur, en introduisant des *complaints* et comme tribunal, en examinant la légalité de la conduite ou de l'acte poursuivi, à la seule condition de respecter les règles auxquelles les cours sont soumises<sup>1228</sup>: « *Deliberation, fairness, conscientious appraisal of evidence, determinations according to the facts, and the impartial application of the law, whether the controversies are decided in the courts or in administrative tribunals, these are the safeguards of society* »<sup>1229</sup>.

La confirmation par les cours de l'organisation et du fonctionnement des commissions administratives cumulant les fonctions de *rulemaker*, de *prosecutor* et de *judge*, a semblé constituer une reconnaissance implicite de la fonction proprement administrative de ces commissions<sup>1230</sup>. Si l'édiction d'un *cease and desist order*, tend à révéler la violation d'une règle de concurrence, au contraire dans le cadre de l'application de la Section 7 du *Clayton Act*<sup>1231</sup>

---

<sup>1227</sup> R.E. CUSHMAN, Constitutional Status of the Independent Regulatory Commissions, *Cornell Law Review*, Vol. 24, N° 1, 1938, pp. 13–53 ; P. ELMAN, The Federal Trade Commission and the Administrative Process, *Antitrust Bulletin*, N° 8, 1963, p. 609. Voir aussi, P.L. STRAUSS, The Place of Agencies in Government : Separation of Powers and the Fourth Branch, *COLUM. L. Rev.*, vol. 84, 1984, p.573 ; H.H. BRUFF, On the Constitutional Status of the Administrative Agencies, *American University Law Review*, Vol. 36, 1987, p. 491 et s. ; pour une analyse contemporaine sur la perspective historique de cette problématique toujours questionnée, voir, S. SHAPIRO, E. FISHER, W. WAGNER, The Enlightenment of Administrative Law : Looking Inside the Agency for Legitimacy, *Wake Forest Law Review*, Vol. 47, 2012, pp. 464–502.

<sup>1228</sup> Voir, *I.C.C. v. Brimson*, 154 U.S. 444 (1894) ; *In re Sanborn*, 148 U.S. 222 (1893) ; *U.S. v. Ferreira*, 13 How. 40, 48 (1852) ; *American Insurance Co. v. Canter*, 1 Pet. 511 (1828). P. WOLL, Administrative Justice : Formal Prescription and Informal Adjudication, *The Western Political Quarterly*, Vol. 14, N° 3, 1961, p. 647.

<sup>1229</sup> Chief Justice Hughes, Address before the American Law Institute, May 12, 1938 cité in H. W. BEER, *Federal Trade Law and Practice before the Federal Trade Commission, United States District Courts, United States Circuit Courts of Appeals and United States Supreme Court in Federal Trade Commission Cases*, Bluebook, 20th ed., 1942, p. 221.

<sup>1230</sup> La nature administrative de cette fonction fut pourtant constatée très tôt par les cours, les *orders* de la FTC ayant été distingués comme administratifs par opposition aux *judicial decrees*. D'abord s'agissant de l'ICC, Cf. *Central Ry. v. Interstate Commerce Commission*, (1907) 206 U. S. 441, 27 Sup. Ct. 700, 51 L. Ed. 1128. Puis, pour la FTC, *National Candy Co. v. F. T. C.*, 104 F. (2d) 999 (C. C. A. 7, 1939). Voir plus généralement, R.A. BROWN, Administrative Commissions and the Judicial Power, *Minnesota Law Review*, Vol. 19, N° 3, 1935, p. 261.

<sup>1231</sup> Voir, l'opinion dissidente du Justice Louis Brandeis, dans l'affaire *FTC v. Gratz* (253 U.S. 421, at 435), en 1920 qui avait été conseiller aux affaires de concurrence du Président Wilson jusqu'en 1916 et avait participé activement à l'établissement de la Federal Trade Commission : « *The task of the commission was to protect competitive business from further inroads by monopoly. It was to be ever vigilant. If it discovered that any business concern had used any practice which would be likely to result in public injury—because in its nature it would tend to aid or develop into a restraint of trade—the commission was directed to intervene before any act should be done or condition arise violated of the Anti-Trust Act. And it should do this by filing a complaint with a view to a thorough investigation and, if need be, the issue of an order. Its action was to be prophylactic. Its purpose in respect to restraints of trade was prevention of diseased business conditions, not cure.* ». *FTC v. Gratz* (253 U.S. 421, at 435)

il sert à prévenir une violation certaine hypothétiquement non encore accomplie, situant l'action de la commission dans ce dernier cas dans une temporalité indéfinie et insaisissable d'un point de vue pratique pour la justice civile.

Cette reconnaissance de pouvoirs « *quasi juridictionnels* » par les cours se fonde cependant sur plusieurs compromis. Il a d'abord été imposé au tribunal administratif une conformation aux garanties et procédures attachées à la fonction de juger (qui mènera au vote de l'APA tentant de définir, identifier et reconnaître l'action administrative des agences fédérales<sup>1232</sup>) et l'absence de voies d'exécution attachée à cette décision administrative, en cas de non-obéissance des *respondents*. La FTC fut soumise à l'obligation de formuler un recours devant la *Circuit Court of Appeals*<sup>1233</sup>, la conception américaine étant indifférente à la nature organiquement administrative des actes<sup>1234</sup>. Ce qui garantit *in fine*, une préservation intégrale des droits constitutionnels des *respondents* en cas d'arbitraire du tribunal administratif, le juge exerçant un contrôle entier puisqu'il a les pouvoirs de prononcer un *decree* confirmant, modifiant ou annulant l'*order*<sup>1235</sup>. Si le caractère inégalitaire de la relation administrative est effacé par la forme *quasi* juridictionnelle du tribunal de la FTC, son évolution vers des procédures de plus en plus contraignantes pour satisfaire ce statut aura pour effet de paralyser à long terme son action.

---

<sup>1232</sup> J.T. ROSCH, *Thought ont he FTC's Relationship (constitutional and Otherwise) to the Legislative, Executive, and Judicial Branches*, Remarks before the Berlin Forum for EU-UE Legal Economic Affairs, 19 Septembre 2009, disponible en ligne : [https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public\\_statements/thoughts-ftcs-relationship-constitutional-and-otherwise-legislative-executive-and-judicial-branches/090919roschberlinspeech.pdf](https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/thoughts-ftcs-relationship-constitutional-and-otherwise-legislative-executive-and-judicial-branches/090919roschberlinspeech.pdf).

<sup>1233</sup> Section 11 du Clayton act et Section 5 du FTC Act. Le *Wheeler-Lea Act* modifiera la Section 5 du FTC act, en offrant un recours civil supplémentaire à la commission en cas de non-respect immédiat d'un *Cease and desist order* rendu définitif. Une amende de cinq mille dollars était prononcée par la *Federal District Court*. *Wheeler-Lea Act*, March 21, 1938, 52 Stat. 111. Cette disposition sera étendue au Clayton Act en 1959 par le vote du Finality Act (73 Stat. 243, 1959).

<sup>1234</sup> Aux États-Unis le contentieux administratif est traité par des juges spécialisés, les *administrative law judges* (ALJ ci-après) officiant auprès des agences exécutives et indépendantes. Leur statut est régi par l'*Administrative Procedure Act* de 1946. Dans un arrêt récent *Lucia v. SEC* du 21 juin 2018 la Cour suprême a jugé que les ALJ étaient des *Officer of the United States* et sont donc à ce titre soumis à l'*Appointment clause* (Article II, Section II de la Constitution des États-Unis) qui donne seule compétence au Président, aux cours et aux chefs de départements, la nomination des Officiers des États-Unis (*Officers of United States*). La doctrine rattache les ALJ à la branche exécutive des États-Unis et non au pouvoir judiciaire. Leur intervention se borne à l'examen de légalité des décisions administratives et sont susceptibles d'appel (*judicial review*) devant les juridictions ordinaires, en principe les *Federal District Courts*.

<sup>1235</sup> H. W. BEER, *Federal Trade Law and Practice before the Federal Trade Commission, United States District Courts, United States Circuit Courts of Appeals and United States Supreme Court in Federal Trade Commission Cases*, Bluebook, 20th ed., 1942, p. 221, p.430

## b. Les missions d'ordre économique

Héritière directe du *Bureau of Corporations*, la FTC s'inscrit dans le prolongement des fonctions de son aîné. Comme nous l'avons vu, le rôle du premier a évolué, passant d'un organe de publicité et de conseils auprès des autorités publiques à un véritable corps d'investigation économique intervenant en appui du DOJ. Ce qui était devenu une pratique induite au sein du *Bureau of Corporations* fut inscrit dans la loi s'agissant de la FTC. Ainsi, aux termes de la section 6 du *FTC Act*, la commission est chargée de collecter et d'analyser les données économiques aux fins de surveillance des marchés interétatiques.

L'*Economic Division*, prédécesseur de l'actuel *Bureau of Economics*<sup>1236</sup>, était chargé de récolter ces données en vue de trois types de missions, produire des rapports sur les activités des entreprises (1°), mener des enquêtes spéciales (*special investigations*) (2°) et enfin effectuer une surveillance des associations de commerce d'exportation (*export trade association*) (3°).

### 1°) La production de rapports d'informations sur les entreprises

Woodrow Wilson déclarait devant le Congrès réuni en session commune le 20 janvier 1914 que la commission devait être d'abord « *an indispensable instrument of information and publicity (. . .) as a clearing house for the facts by which both the public mind and the managers of great business undertakings should be guided* »<sup>1237</sup>.

Ce rôle d'analyste des grandes questions économiques a été défini à la Section 6 (b) et 6 (f) du *FTC Act*. Afin d'aider le travail législatif, la commission a la charge de produire plusieurs types de rapports à destination du Congrès : des rapports dits « spéciaux » (*special reports*) et des rapports annuels (*annual reports*). Ils sont accompagnés de recommandations permettant d'éclairer les membres du Congrès lors de l'élaboration de la loi.

---

<sup>1236</sup> Créé en 1954. Voir, P. A. PAULTER, A History of the FTC's Bureau of Economics, Working Paper No. 15-03, 2015.

<sup>1237</sup> Address by President Woodrow Wilson before Joint Session of Congress on Additional Legislation for the Control of the Trusts and Monopolies, Jan 20, 1914, 51 Cong. Rec. 1962–1964, 1978–1979 (1914). [Disponible en ligne : <https://millercenter.org>].

Aux fins d'information du public, la FTC a aussi un rôle de diffusion de ses études. Elle doit en effet publier chaque année un rapport d'activités comptant ses décisions ainsi que les travaux économiques conduits au cours de l'année fiscale<sup>1238</sup>.

Enfin, si l'intérêt public le commande, la commission a la possibilité, à l'exception des secrets d'affaires, de publier des portions d'informations récoltées.

## 2°) *Les enquêtes spéciales*

La FTC a pour objectif de surveiller les activités de commerce interétatique et de détecter tout comportement ou évènement pouvant restreindre selon les dispositions du *Clayton Act* substantiellement la concurrence ou constituer une « *unfair methods of competition in commerce* »<sup>1239</sup>. Par nature économiques, ces activités produisent des données commerciales stratégiques pour l'autorité de contrôle. L'efficacité des politiques de concurrence reposant sur une information précise et juste, le Congrès a attribué à la FTC une fonction d'enquêteur.

Sur les fondements de la Section 6, la FTC peut enquêter tout d'abord de sa propre initiative sur toutes entreprises exerçant un commerce interétatique, mais aussi, à la demande de *l'Attorney general* dans le cadre d'une procédure précontentieuse contre une entreprise ayant porté atteinte au droit antitrust, la FTC en sa qualité d'expert formulant le cas échéant des recommandations<sup>1240</sup> et enfin une enquête peut être entreprise sous la direction du Président ou du président de la Chambre des représentants ou d'un membre du Congrès<sup>1241</sup>.

---

<sup>1238</sup> Les rapports annuels sont disponibles en ligne sur le site de la FTC.

<sup>1239</sup> Section 5, FTC Act.

<sup>1240</sup> Section 6 (e) « Upon the application of the Attorney General to investigate and make recommendations for the readjustment of the business of any corporation alleged to be violating the antitrust Acts in order that the corporation may thereafter maintain its organization, management, and conduct of business in accordance with law.»

<sup>1241</sup> Section 6 (d) « Upon the direction of the President or either House of Congress President or Congress to investigate and report the facts relating to any alleged violations of the antitrust Acts by any corporation ».

## 2. Les pouvoirs de la FTC

De par ses fonctions d'autorité de concurrence, la FTC a été dotée de larges pouvoirs administratifs. Possédant des compétences d'enquête, de poursuite, mais aussi une fonction *quasi juridictionnelle*, son pouvoir décisionnel a semblé en théorie extraordinairement étendu (b). Un pouvoir réglementaire a été prévu dans la loi, sans que celui-ci ne se développe toutefois avant la seconde moitié du XXe siècle (a).

### a. Le pouvoir réglementaire

En vertu de la Section 6 (g) du Clayton Act « *From time to time to classify corporations and to make rules and regulations for the purpose of carrying out the provisions of this Act* ». La création de la FTC était une tentative de définir plus clairement la politique des États-Unis en ce qui concernait l'organisation et le contrôle des industries, par des outils analytiques et des divisions d'experts dédiés.

### b. Le pouvoir individuel de la FTC

Afin de remplir son office, la FTC a été pourvue de pouvoirs d'investigation (1°), mais aussi d'un pouvoir décisionnel individuel en cas de violation des dispositions dont elle a la charge (2°). Pouvoirs, tout relatif cependant, ceux-là restant soumis à l'intervention de l'autorité judiciaire pour leur donner force.

#### 1°) Les pouvoirs aux fins d'investigation

Pour satisfaire le besoin d'informations sur les entreprises, la FTC devait rendre disponible auprès des autorités publiques, de la société civile et du public des données précises concernant la situation économique des industries de base du pays et établir des diagnostics conjoncturels. Chargée dans le même temps d'enquêter et d'identifier les auteurs d'éventuelles atteintes à la concurrence des entreprises, la *Federal Trade Commission* possède pour ses deux compétences d'un pouvoir *général* d'enquête lui permettant « *To gather and*

*compile information concerning, and to investigate from time to time the organization, business, conduct, practices, and management of any corporation engaged in commerce, (. . .) and its relation to other corporations and to individuals, associations, and partnerships »<sup>1242</sup>.*

La loi détaille le dispositif technique dont la commission peut faire usage pour récolter les informations pertinentes nécessaires à ses études ou ses enquêtes : « *To require, by general or special orders, corporations engaged in commerce, (...) to file with the commission in such form as the commission may prescribe annual or special, or both annual and special, reports or answers in writing to specific questions, furnishing to the commission such information as it may require as to the organization, business, conduct, practices, management, and relation to other corporations, partnerships, and individuals of the respective corporations filing such reports or answers in writing. Such reports and answers shall be made under oath, or otherwise, as the commission may prescribe, and shall be filed with the commission within such a reasonable period as the commission may prescribe, unless additional time be granted in any case by the commission »<sup>1243</sup>.*

Au-delà, la Section 9 de la loi Clayton autorisait la FTC à se transporter sur lieux « *to copy any documentary evidence of any corporation being investigated or proceeded against* », mais aussi à contraindre des témoins à comparaître par l'utilisation de *subpoena*<sup>1244</sup>. Disposant d'outils juridiques contraignants, la FTC mit néanmoins en place durant sa première année d'existence, des procédés d'enquêtes volontaires auprès des entreprises afin de recueillir des informations tant structurelles que conjoncturelles. Les réponses à ces questionnaires restèrent pour la plupart lettre morte<sup>1245</sup>.

L'entrée dans la Première guerre mondiale des États-Unis le 19 mars 1917<sup>1246</sup> permit de collecter pour les premières fois de manière efficace les données d'importantes industries,

---

<sup>1242</sup> FTC Act, Section 6 (a).

<sup>1243</sup> FTC Act, Section 6 (b).

<sup>1244</sup> Le « subpoena duces tecum » est défini par le Black's Law Dictionary comme « A subpoena ordering the witness to appear and to bring specified documents, records or things ». Le CID contrairement au grand jury le subpoena duces tecum ne demandait pas le transport des documents au siège du grand jury. Il consiste en une reproduction des documents par les entreprises elles-mêmes, ce qui a l'avantage de garder éloigner les enquêteurs de ces dossiers.

<sup>1245</sup> Selon le rapport annuel de la FTC pour l'année 1916, les réponses aux questionnaires volontaires d'enquêtes furent décevantes, incomplètes ou douteuses. Cf. *FTC Annual Report*, 1916, p.5., disponible en ligne : <https://www.ftc.gov>.

<sup>1246</sup> H. HYMAN, Les Américains et la Première Guerre mondiale : Wilson et son entrée à petits pas dans la guerre, *Revue Défense Nationale*, N°1, 2019, p.23-28.

comme le fer, l'acier, le pétrole, le charbon, le bois et le papier. À partir de 1920 toutefois, ces industries mirent en cause l'autorité de la commission et refusèrent de se livrer sur la base de la Section 6 à ces demandes obligatoires d'informations<sup>1247</sup>. La coexistence entre le besoin d'information sur les entreprises nécessaires à la connaissance du système productif et le rôle de surveillance de la FTC souleva l'opposition des entreprises visées par les recherches, sans que l'autorité judiciaire appelée à se prononcer sur le pouvoir d'investigation de la commission de concurrence ne l'appuie. Ces oppositions se firent jour, d'une part, lors de demandes de transmissions de rapports périodiques et d'autre part, lorsque la FTC sollicita l'accès aux dossiers comptables et commerciaux.

S'agissant du pouvoir de requérir auprès d'entreprises la communication de rapports périodiques, deux arrêts concomitants éclairent le regard que portaient les cours sur les pouvoirs de la FTC durant les premières années de son existence. Dans les affaires *Claire Furnace*<sup>1248</sup> et *Maynard Coal Company*<sup>1249</sup>, la FTC avait invoqué l'élaboration d'études sectorielles à destination du Congrès afin de l'assister dans son travail législatif. Sur le fondement de ses pouvoirs généraux d'investigations, elle avait transmis aux nombreuses entreprises engagées dans la production et le commerce du charbon, du minerai de fer, de la fonte brute, du fer blanc, des questionnaires recensant notamment, les types de production, le détail des coûts de production, les prix de vente, les contrats commerciaux, la capacité, les ordres d'achat, l'amortissement, les frais généraux d'administration et de vente, les revenus trimestriels et les bilans comptables. La commission avait demandé en outre, l'accès aux livres de comptes des entreprises concernées pour vérification.

Les entreprises refusèrent de transmettre ces rapports périodiques et déposèrent une demande de « *temporary injunction* »<sup>1250</sup> afin de se soustraire à cette demande devant la *District*

---

1247 P. A. PAULTER, A History of the FTC's Bureau of Economics, American Antitrust Institute Working Paper, No. 15-03, 2015, disponible en ligne : <http://ssrn.com/abstract=2657330>. Cf. Supreme Court of the United States, Nos. 206 and 207. October term, 1923 Federal Trade Commission, Plaintiff in Error, v. American Tobacco Company and P. Lorillard Company, Inc.

1248 *Furnace Co.* 274 U.S. 160 (1927).

1249 Dans l'affaire *Maynard*, la *Court of Appeals*, renversa la décision de la *District Court* qui avait émis l'*injunction*. Cf. *FTC v. Maynard Coal*, 22 F. (2d) 873 (1927).

1250 Les *preliminary injunctions* sont extrêmement protéiformes. Elles suivent une procédure accélérée qui obéissent toutefois aux règles du procès accusatoire, la partie enjoindue est donc notifiée de la demande. La partie demanderesse doit au cours des audiences présenter ses preuves et convaincre le juge qu'ils n'existent pas d'autres remèdes adéquats, qu'un dommage irréversible se produira en l'absence d'intervention du juge, des preuves que le jugement au fond lui sera favorable, et que son bénéfice surpasse l'atteinte aux droits supportés par la partie adverse. Le déroulement des *hearings* pour obtenir une *preliminary injunction* est souvent déterminant pour le jugement au fonds du litige. Les TRO appelés aussi *ex partes injunctions* ne sont pas notifiés à la

*Court of Columbia*, invoquant un abus de droit. La Cour d'appel rejeta le recours de la FTC et confirma l'*injunction*. Pour le juge, en dehors de l'incompétence de la FTC pour enquêter dans le secteur qu'il identifie comme manufacturier<sup>1251</sup> « *The Commission is not proceeding upon any complaint filed before it, charging complainants with unfair competition, or the violation of the Federal Trade Commission Act or the Anti-Trust Acts. Neither is it the expressed intention of the Commission to make an investigation relative to the operations of complainant companies in interstate commerce. The investigation seems to be more in the nature of a news-gathering expedition, in hope of securing something of public interest for publication, or possibly subject-matter or future legislation by Congress* »<sup>1252</sup>. La commission était donc limitée dans ses pouvoirs d'enquêtes à l'examen des charges d'« *unfair competition* » et aux enquêtes pour violation des lois antitrust<sup>1253</sup>. La Cour suprême refusa de trancher l'affaire sur le fonds, la demande d'*injunction* sous la forme de l'*equity* ayant dû être déclarée selon le *Chief Justice* Taft, irrecevable dès la première instance<sup>1254</sup>. La position des juges s'infirmait durant la seconde moitié du XXe siècle et l'utilisation de *special report* à des fins investigatoires fut peu à peu installée dans la jurisprudence<sup>1255</sup>.

L'issue des demandes de consultation des dossiers comptables et commerciaux fondées sur les dispositions de la Section 9 du FTC Act fut de même peu fructueuse dans les premiers temps. Dans l'affaire *American Tobacco* de 1922, le Sénat publia une résolution ordonnant à la commission d'enquêter sur le marché interne et sur les exportations du tabac<sup>1256</sup>. Formulée dans des termes généraux, elle appelait une étude sur les causes du prix du tabac, c'est-à-dire

---

partie enjointe. La charge de la preuve de l'urgence face à un danger immédiat est extrêmement lourde. Du fait de l'atteinte aux droits de la défense, ces *injunctions* sont limitées dans le temps. Voir, K. STOLL-DEBELL, N. DEMPSEY, B. DEMPSEY, *Injunctive Relief: Temporary Restraining Orders and Preliminary Injunctions*, American Bar Association, 2009 ; Voir occurrence « temporary relief », *Black's Law Dictionary* p.924.

<sup>1251</sup> Federal Trade Commission Et Al. V. Claire Furnace Co. et al., 285 F., No. 3798, Jan. 2, 1923, au point 937. disponible en ligne : <https://cite.case.law/f/285/936/>.

<sup>1252</sup> Idem

<sup>1253</sup> Ibid.

<sup>1254</sup> Selon la Cour suprême, la FTC aurait dû pour faire appliquer sa demande de transmission introduire un « writs of mandamus » via l'Attorney General. Le mandamus « commanding any person or corporation to comply with the provisions of this act or any order of the Commission made in pursuance thereof ». La Cour suprême ne reconnaît donc pas de pouvoir discrétionnaire à la FTC pour juger de l'opportunité de ses enquêtes. La FTC sur ce point notera : « This seems to make the orders and requests for information of the commission subject to the approval of the Attorney General, though the reports of committees and debates on the Federal Trade Commission act indicate that it was the purpose of Congress to create a commission which would be entirely independent of the governmental departments ». Cf. FTC., Annual Report, 1927, p. 60, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/reports/annual-report-1927>, le 22/08/2019].

<sup>1255</sup> United States v. Morton salt Company, 338 U.S. 632 (1950) ; St. Regis paper Co. v. United States, 368 U.S. 208, 1961.

<sup>1256</sup> La résolution plus exactement demande une analyse de la « *tobacco situation* » aux États-Unis. 61 Cong. Rec. 4753 (1921).



le prix du marché de la production de tabac et les prix à l'export des feuilles de tabac. La consultation *in situ* de la FTC avait été délibérément limitée par Lorillard et American Tobacco, qui refusèrent l'accès à la totalité des documents demandés.

Suspectant une violation de la Section 5 du FTC Act, la commission avait besoin d'assurer leur accès aux dossiers de l'année 1921 des entreprises impliquées. Elle introduit une *complaint* et réitéra sa demande, à laquelle s'opposa de nouveau le refus de la Lorillard et American Tobacco<sup>1257</sup>. La commission requit auprès de la *district court* un *writ of mandamus* arguant d'un « *unlimited right of access to the books and records of corporations under investigation* ». Les juges du fond déboutèrent la demande de la commission, dont le jugement fut confirmé par la Cour suprême dans l'arrêt *FTC v. American Tobacco* en 1924<sup>1258</sup>. Sans porter attention à la plainte formelle formulée contre les entreprises pour « *conspiracy* » de fixation de prix avec des intermédiaires de vente en gros, la Cour suprême jugea que la loi ne donnait pas de droit d'accès illimité à la FTC aux informations des entreprises, et que la Section 9 et 6(b) du Clayton Act circonscrivaient les demandes aux « *documentary evidences* » en lien avec les violations suspectées<sup>1259</sup>, interdisant dès lors à toutes les autorités administratives les « *fishing excursions* ».

## 2°) La procédure administrative devant la FTC

Autorité chargée de veiller au respect des règles de la concurrence sur l'ensemble des marchés interétatiques, la FTC possède comme nous l'avons étudié des fonctions quasi juridictionnelles<sup>1260</sup>. Une procédure peut être mise en œuvre sur la base de travaux de l'*Economic division*, ou d'investigations menées par le service du *Chief Examiner*, si la commission « *has a reason to believe* » que les dispositions du Clayton Act ou du FTC Act ont été violées. Cependant, dans un grand nombre de cas, la FTC était saisie de faits dénoncés comme anticon-

---

<sup>1257</sup> H. W. BEER, *Federal Trade Law and Practice before the Federal Trade Commission, United States District Courts, United States Circuit Courts of Appeals and United States Supreme Court in Federal Trade Commission Cases*, Bluebook, 20th ed., 1942, p. 20.

<sup>1258</sup> 264 U.S. 298 (1924).

<sup>1259</sup> 264 U.S. 298, 306, 307 (1924).

<sup>1260</sup> Dans les cas où la FTC « *has a reason to believe* » que les Sections 2,3,7, 8 du Clayton Act ont été violées, celle-ci a l'obligation de mettre en œuvre des poursuites en application de la Section 11 de la loi. L'atteinte portée à la Section 5 du FTC Act, est laissée au contraire à la discrétion de la commission, qui à l'opportunité d'introduire une *formal complaint*, si « *would be in the interest of the public* ».

currentiels au sens du *Clayton Act* ou du *FTC Act*. par des tiers<sup>1261</sup>. Selon John Leland Mechem, il s'agissait de concurrents lésés ou parfois d'associations d'entreprises qui agissaient dans l'intérêt de certains de leurs membres<sup>1262</sup>.

La saisine était informelle, par simple lettre des personnes concernées ou de leurs avocats, adressée au *Chairman* de la commission ou son secrétariat.

Ces lettres de saisines étaient alors transmises au bureau du *Chief Examiner* qui les qualifiaient d'*application for formal complaint*. Chaque demande était attribuée un numéro, se référant à l'ordre d'examen par la commission.

L'instruction des demandes était confiée aux *investigational examiners* sous la direction du *Chief Examiner*, leur rôle consistant à mener des investigations préliminaires et rassembler documents et des témoignages.

À l'issue de l'enquête, le *Chief Examiner* rédigeait un rapport établissant les faits mis à jour par les recherches, accompagnées d'un avis (*recommendation*), introduire une *formal complaint* ou le rejet de la demande. Sous peine de nullité la *formal complaint*, doit établir que les faits exposés à la connaissance de la commission concernent le commerce interétatique. L'*examiner* doit aussi se prononcer sur l'opportunité de la poursuite, à savoir si elle est d'intérêt public et l'inscrire dans le rapport. Une fois approuvée<sup>1263</sup> par le *Chief Examiner* le rapport était transmis au *Board of Review*<sup>1264</sup>.

Entité indépendante au sein de la *Legal division*, le *Board of Review* était chargée de l'examen formel du rapport. Un synopsis des faits était élaboré, et devait se prononcer d'une seule voix/d'un seul corps, sur les suites à donner à la demande de *formal complaint*. Le *Board of Review* n'étant pas lié par l'avis du service du *Chief Examiner*, émet à son tour une recommandation et peut décider de transmettre à la commission la demande.

Le *Clerk of the Commission* assignait l'examen du dossier à un commissaire les pièces du dossier dans son entièreté et émet à son tour un avis rédigé. Celui-ci consistait dans la pra-

---

<sup>1261</sup> Aucune formalité particulière n'était requise. La saisine de la FTC pouvait être faite par simple lettre à condition que leurs auteurs soient identifiés, la commission n'a en effet, jamais conçu son rôle comme « *a detective bureau* », les demandes anonymes étaient donc rejetées. La lettre de saisine devait néanmoins préciser les faits et joindre toutes preuves en leur possession. Voir, H. W. BEER, *Federal Trade Law and Practice before the Federal Trade Commission, United States District Courts, United States Circuit Courts of Appeals and United States Supreme Court in Federal Trade Commission Cases*, *Bluebook*, 20th ed., 1942, p. 6 ; HENDERSON, *Federal Trade Commission, A Study in Administrative Law and Procedure*, *Bluebook*, 20th ed, 1924, p. 50 ; J.L. MECHEM, *Procedure and Practice before the Federal Trade Commission*, *Michigan Law Review*, Vol. XXI, No. 2, 1922, p. 127.

<sup>1262</sup> J.L. MECHEM, *Procedure and Practice before the Federal Trade Commission*, *op.cit.*p.161.

<sup>1263</sup> Par l'approbation du rapport, le *Chief Examiner* en principe donne son accord sur les faits, mais aussi sur l'avis de l'*investigational examiner*. Néanmoins, il pouvait arriver que cet accord ne se porte que sur les faits.

<sup>1264</sup> G.C. HENDERSON, *Federal Trade Commission, A Study in Administrative Law and Procedure*, *op.cit.*,p. 51.

tique à un simple *memorandum* approuvant ou rejetant le rapport émis par le *Board of Review*. Le commissaire pouvait néanmoins procéder à un réexamen complet de la demande<sup>1265</sup>.

Au terme de cette phase administrative d'enquête, la commission décidait à la majorité du rejet ou de l'acceptation de la demande<sup>1266</sup>. Dans ce dernier cas, une *formal complaint* était émise et le dossier était confié au bureau du *Chief Council*, chargé de la préparer. Lorsque le projet de *formal complaint* est agréé par la commission, celle-ci est notifiée aux personnes intéressées, appelées « *respondents* »<sup>1267</sup>. Ces derniers ont alors 30 jours pour répondre et présenter leurs observations<sup>1268</sup>.

### **(a) La procédure devant le tribunal administratif de la FTC**

En vertu de la Section 11 du Clayton Act modifié en 1950 pour intégrer les cessions d'actifs, la FTC est investit du pouvoir de rendre des décisions administratives appelées *orders* et peut requérir « *to cease and desist from such violations, and divest itself of the stocks or other such capital* ». Contrairement au Department of Justice, la FTC ne possédait pas, à l'origine, la compétence de requérir des « *remedial measures* » auprès des *district courts*<sup>1269</sup>, le tribunal administratif était le cœur véritable de la réforme du droit de la concurrence américain. À l'instar de la procédure juridictionnelle traditionnelle, il était organisé un *trial of the facts* (i), des *hearings* (ii), mais aussi des procédures négociées menant à des *consent decrees* avec les entreprises (iv). L'effectivité de ces décisions administratives fut longtemps paralysée

---

<sup>1265</sup> Ibid.

<sup>1266</sup> Le rejet de la demande était alors inscrit au journal, et versé au dossier. Celui-ci était alors confié à la *Docket Section*. Un avis de rejet était notifié à l'auteur de la demande, sans que le dossier ne puisse faire l'objet de consultation publique, sauf autorisation expresse d'un commissaire. La délibération étant confidentielle, aucune note de procédure ne pouvait être prise. Seule l'inscription au Journal de l'émission d'une *formal complaint* était inscrite par le *Clerk of the Commission*. Les dissensions entre les commissaires lors de la délibération n'étaient pas relevées, à l'exception notable de l'*application for formal complaint* de l'*U.S. Steel Corporation*, et le « *Pittsburgh plus system* » qui avait organisé une entente sur les prix en défaveur de l'industrie de l'acier du Sud des États-Unis. L'importance du contentieux à venir avait incité la FTC à publier les positions de chaque commissaire. Cf. United States, Federal Trade Commission, *Annual Report of the Federal Trade Commission for the Fiscal Year Ended, 1923*, p. 43 et s. ;

<sup>1267</sup> *Federal Trade Commission v. Gratz et al.*, 253 U.S. 421 (1920). En l'espèce, la FTC avait notifié aux parties un *order to desist*, sur des griefs qui ne correspondaient pas à celles retenues dans la *formal complaint*. La Cour suprême avait jugé que cette dernière était insuffisante sur les constatations de faits et ne démontrait pas une violation de la loi. La *formal complaint* doit détailler de manière précise les éléments de faits ainsi que les griefs.

<sup>1268</sup> À ce stade, aucun acte de procédure ne pouvait être intenté par les parties pour que soit abandonnée la *complaint*. Seul le dépôt d'une requête devant la *Circuit Court of Appeals* contre un *order* émis par la commission était recevable. La cour a ainsi rejeté la demande d'*injunction* des sociétés *respondent*, afin de suspendre l'application de la *complaint*. Cf. *T.C. Hurst & Son v. Federal Trade Commission*, 268 Fed. 874 (1920).

<sup>1269</sup> Section 15 Clayton Act pour le DOJ, Section 16 pour les parties privées.

par l'absence de portée juridique véritable de ces actes, jusqu'au *Finality Act*<sup>1270</sup> de 1959, seul un jugement donnait corps aux *cease and desist orders* prononcés par le tribunal de la FTC (iii).

### *i. Le Trial of the facts*

À l'issue de la notification de la *formal complaint*, le *Chief Council*, attribue l'affaire à un membre ou plus du tribunal pour le *trial of the facts*. Aussitôt, un *trial attorney* est désigné par le *Chief Council*, pour représenter la commission. L'affaire est inscrite au registre (*docket*) est en état d'être jugée<sup>1271</sup>.

Le *Chief examiner* assigne par ordonnance (*formal order*) un *trial examiner*<sup>1272</sup> qui entendra et recevra les témoignages et preuves lors des *hearings*<sup>1273</sup>. Ils seront appelés durant la seconde moitié du XXe siècle « *hearings examiners* »<sup>1274</sup> puis *Administrative Law Judges*<sup>1275</sup>. Comme le *Master of Chancery* au Royaume-Uni au sein des cours d'*equity*, le *trial examiner* fait prêter serment aux témoins et reçoit les preuves qui lui sont présentées<sup>1276</sup>.

Selon Henry Ward Beer, le déroulement d'une audience est rythmé par les interventions alternatives du *trial attorney*, représentant la commission et de l'avocat du *respondent*. Le *trial attorney* produisait ses témoins et ses preuves à l'appui de la *complaint*. L'avocat du *res-*

---

<sup>1270</sup> Clayton Finality Act 73 Stat. 243 (1959).

<sup>1271</sup> Rules of Practice, Rule VIII.

<sup>1272</sup> Selon Gerard Henderson, il était d'usage de confier à un *examiner* ayant enquêté sur la demande pour *formal complaint* de présider le *trial of the fact*. Avant l'*Administrative Procedure Act (APA ci-après)* voté en 1946, les *examiners* n'étaient pas vus comme attachés à une fonction juridictionnelle, mais étaient perçus comme multitâches. Voir, G. C. HENDERSON, Federal Trade Commission, A Study in Administrative Law and Procedure, Bluebook, 20th ed, 1924, p. 51.

<sup>1273</sup> Les *hearings* sont publiques, les paroles étaient rapportées dans un document typographique versé au dossier. Cf. FTC, Rules of Practice, Rule XII.

<sup>1274</sup> En 1946, l'APA garantira statutairement leur indépendance. *Pub. L. No. 404, ch. 324, 60 Stat. 237 (1946)*.

<sup>1275</sup> Le changement sémantique intervient en 1972, non sans difficultés. L'utilisation du terme « *Judge* » avait soulevé de nombreuses oppositions au sein du Congrès et de la *Judicial Conference of the United States* (organisation créée en 1922, représentant les magistrats pour étudier, promouvoir les réformes concernant l'administration et le fonctionnement de la justice, ainsi que défendre les intérêts professionnels de ses membres. Voir, <https://www.uscourts.gov/about-federal-courts/governance-judicial-conference/about-judicial-conference/faqs-judicial#faq-Who-are-the-members-of-the-Judicial-Conference?>). Cf. R.C. CRAMPTON, A Title Change for federal Hearing Examiner, A Rose by Any Other Name, *The George Washington Law Review*, Vol. 40, p. 918 et s., 1972 ; A. SCALIA, The ALJ Fiasco—A Reprise, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 47, 1979, p. 58. K.Y. KAUPER, Protecting the Independence of Administrative Law Judges: A Model Administrative Law Judge Corps Statute, *University of Michigan Journal of Law Reform*, Vol. 18, p. 537 et s., 1985.

<sup>1276</sup> FTC Act, § 9.

*pondent* faisait de même. Chaque témoin pouvait être contre-interrogé par l'adversaire, mais aussi par le *trial examiner*<sup>1277</sup> pour préciser ou éclaircir un point.

Au vu des observations présentées par les parties à l'issue des *hearings*, le *trial examiner* établissait un rapport qui contenait, conformément aux dispositions du *Rules of Practices*<sup>1278</sup>, l'exposé des faits ainsi qu'une analyse approfondie des preuves récoltées. Ce rapport était notifié aux parties. Ceux-là pouvaient présenter des *exceptions* dans les dix jours suivants sa réception. Le rapport simplement consultatif ne liait pas la commission et ne constituait une projection de ses conclusions.

## ***ii. Les finals hearings***

La période des *final hearings* mettait fin à la procédure devant le tribunal. Constituant le point culminant du procès administratif, il se déroulait en deux temps : il était d'abord procédé à une phase écrite, par l'échange de *briefs*, puis était suivi de débats oraux. Lors de ces audiences, les parties plaidaient leurs arguments pour infléchir, la décision finale du tribunal.

Le *trial attorney* devait dans les vingt jours suivant la réception du rapport du *trial examiner* déposer un *brief in support of the complaint*<sup>1279</sup>. Auquel répondait dans un délai de vingt jours, l'avocat de la partie adverse par un *brief on behalf of respondent*<sup>1280</sup>. L'éventuel mémoire en réplique (*reply brief*) émanant du *trial attorney* devait être autorisés par la FTC et être communiqué dans les dix jours suivants la réception du *brief on behalf of respondent*.

Lorsque la période des échanges de mémoires était achevée suivaient les débats oraux devant au moins trois membres du *board* de la Commission. Il ne semble pas que ceux-là aient été obligatoires. La production orale des arguments s'organisait à la suite d'une demande écrite des parties au *Chief council*. La FTC en pratique recueillait favorablement ces *motions*, le droit américain faisant place à l'oralité des débats comme un élément essentiel du *due process of law*<sup>1281</sup>.

---

<sup>1277</sup> H. W. BEER, *Federal Trade Law and Practice before the Federal Trade Commission, United States District Courts, United States Circuit Courts of Appeals and United States Supreme Court in Federal Trade Commission Cases*, Bluebook, 20th ed., 1942, p. 230.

<sup>1278</sup> FTC, *Rules of Practice*, Rule XX.

<sup>1279</sup> Selon le *FTC Rules of Practice*, les *briefs* devaient suivre certaines conditions formelles. D'abord un bref exposé des faits, les arguments de droit et de faits, accompagnés des documents sur lesquels se fondaient le *trial attorney* les observations produites. , ainsi que les exceptions inscrites dans le rapport du *trial examiner*. (Rules XXIII.

<sup>1280</sup> Rule XXII

<sup>1281</sup> *Londoner v. Denver*, 210 U.S. 373, 28 S. Ct. 708 (1908).

Enfin, à l'issue des débats, au regard du dossier constitué, des *briefs* et des arguments présentés les cinq commissaires rendaient leur décision prise à la majorité, qui pouvait consister soit : à un abandon de la procédure (*order of dismissal*)<sup>1282</sup>, à l'émission d'un *order to cease and desist*, ou à l'ouverture de nouvelles investigations.

### **iii. Les suites d'un *cease and desist order*: « *three bites at the apple* »**

Le *Cease and desist order* est l'acte administratif qui rend spécifique la norme générale et assure son effectivité dans l'ordre juridique. Il est une injonction à ne pas faire<sup>1283</sup>. Le régime de mise en œuvre et ses effets ont beaucoup évolué depuis 1914. À l'origine, les dispositions de la Section 5 du FTC Act et celles du Clayton Act étaient identiques, les *cease and desist orders* n'avaient pas la force de s'appliquer d'eux-mêmes à leurs destinataires. La transgression et l'absence d'obtempérance ne conduisaient à aucune sanction immédiate. La violation subséquente de l'acte constituait seulement une condition d'ouverture d'une procédure civile devant la *United States circuit court of appeal (court of appeal* ci-après). Seule la preuve par la FTC d'une non-conformation au jugement de la *court of appeal* constituait un « outrage » (*a contempt*) et menait au prononcé de sanctions pécuniaires, si la décision du tribunal de la FTC était confirmée<sup>1284</sup>. La doctrine qualifia cette procédure d'*enforcement* par l'expression de « *three bites at the apple* ». Le destinataire de l'acte n'étant exposé à des sanctions civiles qu'à la troisième violation<sup>1285</sup>.

Il n'existait pas de plus, de délai de recours opposables aux *respondents* pour saisir la *United States circuit court of appeal* afin de demander la nullité de l'acte<sup>1286</sup>. N'étant en pra-

---

<sup>1282</sup> L'*order of dismissal* n'est pas susceptible d'appel. Les tiers ont alors la possibilité d'entamer une *private litigation*.

<sup>1283</sup> H. W. BEER, *Federal Trade Law and Practice before the Federal Trade Commission, United States District Courts, United States Circuit Courts of Appeals and United States Supreme Court in Federal Trade Commission Cases*, Bluebook, 20th ed., 1942, p. 419. Voir aussi, R.E. FREER, *Federal Trade Commission Procedure and Practice*, *Georges Washington Law Review*, Vol. 8, 1940, p. 316 et s. ; La problématique de l'étendu du pouvoir de l'administration dans l'édition d'un *cease and desist order* est ancienne. Voir, *Swift & Co. v. United States*, 196 U.S. 375, 396 (1905); *Laurie v. Laurie*, 9 Page 233, 235 (N.Y. 1841) cités in., *Editors, Law Review, Permissible Scope of Cease and Desist Orders: Legislation and Adjudication by the FTC*, *University of Chicago Law Review*, Vol. 29, Iss. 4, Article 9, 1962 p. 707. disponible en ligne : <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol29/iss4/9>.

<sup>1284</sup> Voir, *FTC v. Ruberoid Co.*, 343 U.S. 470 (1952). Selon la Cour Suprême, la juridiction d'appel n'avait pas compétence à faire appliquer l'*order* de la FTC tant que celle-ci n'avait pas établi la preuve de la violation de l'acte ou l'imminence de cette violation. Cette jurisprudence sera abandonnée à la suite du vote du *Finality Act* de 1959, les *orders* de la FTC devenant définitifs soixante jours après leur publication.

<sup>1285</sup> T.E. KAUPER, *Cease and Desist : The History, Effect, and Scope of Clayton Act Orders of the Federal Trade Commission*, *Michigan Law Review*, Vol. 66, 1967, p. 1099

<sup>1286</sup> *Idem*.

tique sujettes à aucune condamnation pour non-exécution, les entreprises ne contestaient la validité de l'acte qu'à l'occasion des poursuites civiles introduites par la FTC. Les requêtes en réexamen (*petition for review*) étaient donc rares<sup>1287</sup>.

Le Congrès remédia aux lacunes de la procédure d'abord par le *Wheeler-Lea Act*<sup>1288</sup> de 1938 qui renforça l'application de la Section 5, rendant les *orders* définitifs soixante jours à compter de leur notification au destinataire<sup>1289</sup>. Pour annuler (*set aside*) la décision du *tribunal*, les *respondents* devaient désormais introduire une *petition for review* devant la *court of appeal*<sup>1290</sup>, dans ce délai<sup>1291</sup>.

La violation d'un *cease and desist order* devenu définitif (*final*)<sup>1292</sup> ouvrait une *penalty action* devant la *district court* des États-Unis<sup>1293</sup>. Ainsi, par requête auprès de l'*Attorney General* des États-Unis, la Commission apportait la double preuve de l'acte devenu définitif et une violation de ses clauses, l'*attorney* introduisait au nom des États-Unis une *civil action* afin d'obtenir le prononcé d'amendes allant jusqu'à 5000 dollars pour chaque violation constatée<sup>1294</sup>. Une nouvelle réforme aggrava les sanctions civiles « *except in the case of a violation through continuing failure or neglect to obey a final order (...) each day of continuance of such failure or neglect shall be deemed a separate offense* »<sup>1295</sup>. Les dispositions du *Wheeler-Lea Act* furent étendues aux dispositions du *Clayton Act* en 1959, par le *Finality Act*<sup>1296</sup>.

Le contrôle juridictionnel du juge d'appel sur le *cease and desist order* est entier. Il constitue la garantie que les dispositions constitutionnelles relatives au *due process of law* ont

---

<sup>1287</sup> Les destinataires de l'acte pouvaient théoriquement saisir la cour d'appel plusieurs années après une décision administrative. KAUPER, T.E., *Cease and Desist : The History, Effect, and Scope of Clayton Act Orders of the Federal Trade Commission*, *Michigan Law Review*, Vol. 66, 1967, p. 1099

<sup>1288</sup> *Wheeler-Lea Act*, March 21, 1938, 52 Stat. 111. Plus largement, la loi Wheeler-Lea avait pour objet d'instaurer un dispositif de protection du consommateur en luttant notamment, contre la publicité mensongère (*false advertisement*) et en interdisant « *les unfair or deceptive acts or practices* » au sein de la Section 5 du FTC Act.

<sup>1289</sup> L'*order* devenant définitif à l'issue du délai de soixante jours suivant sa notification, le *respondent*, peut d'abord déposer une *petition for review* devant la *court of appeal*, puis en cas de rejet, il disposait de quatre-vingt-dix jours à compter du prononcé du jugement de la *court of appeal* pour déposer une requête pour afin d'obtenir un *writ for certiorari* devant la Cour suprême des États-Unis. L'*order* devenait définitif si ces juridictions confirmaient entièrement ou en partie la décision du *tribunal* administratif.

<sup>1290</sup> La *court of appeal* possède une compétence exclusive. FTC Act, Section 5 (d) et Clayton Act, Section 11.

<sup>1291</sup> Section 5 modifiée.

<sup>1292</sup> Occurrence « *final order* », in, *Black's law dictionary*: « One which either terminates the action itself, or decides some matter litigated by the parties, or operates to divest some right; or one which completely disposes of the subject matter and the rights of the parties ».

<sup>1293</sup> Section 5 modifiée.

<sup>1294</sup> Le juge de la *district court* ne pouvait ni amender, ni modifier le *cease and desist order*. H. W. BEER, *Federal Trade Law and Practice before the Federal Trade Commission, United States District Courts, United States Circuit Courts of Appeals and United States Supreme Court in Federal Trade Commission Cases*, Bluebook, 20th ed., 1942, p.493.

<sup>1295</sup> *Oleomargarine Act*, Dec. 29, 1950, ch. 1184, 64 Stat. 1125.

<sup>1296</sup> *Clayton Finality Act* 73 Stat. 243 (1959).

été respectées, et que le *respondent* bénéficiera de standards de qualité de juges professionnels. FTC ne détient donc pas de pouvoir discrétionnaire<sup>1297</sup>. Le procès civil reprend alors tous les éléments constitutifs de la violation, particulièrement les éléments de faits établis durant le *trial of the facts* du tribunal administratif. Le juge devait particulièrement vérifier si les faits fondant l'acte étaient corroborés par des preuves substantielles. Au-delà la Cour suprême a jugé que « *the court must also have the power to examine the whole record and ascertain for itself the issues presented and whether there are material facts not reported by the commission* »<sup>1298</sup>.

Les *cease and desist orders* prononcés dans le cadre de la Section 7 du Clayton Act, n'avaient jusqu'en 1959 jamais bénéficié de la portée juridique de leur catégorie<sup>1299</sup>. La jurisprudence de la Cour suprême avait très progressivement réduit le pouvoir de contrainte à la FTC en matière de concentrations économiques<sup>1300</sup>. Le rôle de la commission consistait *quasi* exclusivement en des poursuites *ex post*, dans le but de rétablir les conditions de concurrence existant avant la fusion ou acquisition par la prescription à cette époque uniquement des cessions d'actions<sup>1301</sup>. Du point de vue des critères substantiels, la Cour suprême avait d'abord reconnu dans l'arrêt *FTC v. Western Meat Co.* de 1926, la légalité d'un *cease and desist order* requérant la cession des actions et des actifs constituant la société, si l'acquisition de ces actifs était postérieure à la décision de la FTC<sup>1302</sup>. Un autre cas de figure moins favorable à la FTC fut examiné le même jour. Dans l'affaire *Thatcher Manufacturing Company*, une entreprise

---

<sup>1297</sup> En droit administratif, le *judicial review* consiste selon les professeurs Shapiro, Fisher et Wagner dans un contrôle de légalité qui porte en premier lieu sur le respect du mandat législatif accordé à l'agence administrative indépendante. Le juge vérifie si la décision est une interprétation rationnelle des dispositions législatives, c'est-à-dire s'il n'y a pas eu de violation de la loi par l'administration fédérale ni d'erreurs de droit. En second lieu, si l'agence a suivi les procédures en vigueur applicables. S.A. SHAPIRO, R. F. WRIGHT, *The Future of the Administrative Presidency : Turning Administrative Law Inside-Out*, *Miami Law Review*, Vol. 65, 2011, p. 577 ; S.A. SHAPIRO, W. WAGNER, E. FISHER, *The Enlightenment of Administrative Law: Looking for Legitimacy*, *Wake Forest Law Review*, Vol. 47, p. 464 et s., 2012.

<sup>1298</sup> *FTC v. Curtis Publishing Co.*, U.S. 569, 580, (1923).

<sup>1299</sup> Contrairement aux contentieux sur les prix discriminatoires, etc. Section 5 FTC Act, Sections 2 et 3 du Clayton Act. Voir, *FTC v. Cement Institute*. - 333 U.S. 683, 68 S. Ct. 793 (1948).

<sup>1300</sup> La FTC déclara que l'effectivité de la Section 7 avait été complètement « 'émasculer » par les arrêts de la Cour suprême. Cf. *The Celler-Kevaufer Act : Sixteen years of Enforcement*, FTC Economic Papers, 1966–1969 ; T. E. KAUPER, *Cease and Desist : The History, Effect, and Scope of Clayton Act Orders of the Federal Trade Commission*, *Michigan Law Review*, Vol. 66, 1967, p. 1095.

<sup>1301</sup> Le Celler-Kevaufer Act de 1950 amendant le *Clayton Act* avait pour objet principal de combler la lacune de la Section 11 de la loi, qui ne faisait référence aux cessions d'actions et non aux cessions d'actifs.

<sup>1302</sup> L'entreprise *Western Meat Corporation* avait acquis son concurrent direct, la *Nevada Packing Company*. Sous le coup d'un *cease and desist order* de la FTC demandant la cession des actions illégalement acquises, la *Western Meat* acheta alors tous les actifs de la *Nevada Packing* et liquida l'entreprise. La Cour suprême jugea que « *The Commission duty was to prevent the continuance of this unlawful action by an order directing that it cease and desist therefrom and divest itself of what it had no right to hold. (...) Properly understood, the order was within the Commission's authority (...)* ». *FTC v. Western Meat Co.*, 272 U.S. 554, 559–560 (1926). Voir aussi, le troisième arrêt portant sur des questions de faits et de droit identiques, *Swift & Co., v. FTC*, 272 U.S. 554, 1926



avait acquis toutes les actions de quatre entreprises concurrentes. S'arrogeant leurs actifs, avant que la FTC ait pu engager une procédure de *cease and desist order*. La Cour suprême annula l'*order*, jugeant que l'acte administratif se limitait dans le cadre de la Section 11 du Clayton Act à obtenir d'une personne de « cesser » ou de « renoncer » à une violation, n'abordait pas la *divestiture* comme *remedies* accessibles à la FTC. En l'espèce, la Cour suprême soulignait que « *The act has no application to ownership of a competitor's property and business obtained prior to any action by the Commission, even though this was brought about through stock unlawfully held* »<sup>1303</sup>. Si la détention des propriétés constituait une atteinte à la concurrence, seul un tribunal pouvait ordonner les remèdes nécessaires pour parer à cette atteinte<sup>1304</sup>.

En 1934, par l'arrêt *Harrow-Hart & Hegeman Electric Cie v. FTC*<sup>1305</sup>, la cour suprême jugea qu'il n'était plus possible pour la FTC de demander la cession d'actions d'entreprises déjà concentrées quand bien même la *formal complaint* fut antérieure, car selon la Cour, « (...) *the stock which had been acquired contrary to the act was no longer owned by the holding company when the Commission made its order* »<sup>1306</sup>. Il est certain que la FTC devait faire face principalement, sinon quasi exclusivement à des concentrations déjà consommées<sup>1307</sup>. *Harrow-Hart* allait entraîner la FTC dans une course contre la montre pour notifier un *cease and desist order* avant leur concentration. Les conséquences de la jurisprudence de la Cour suprême sur la politique de concurrence de la FTC furent indéniables. De 1927 à 1950, sur les trente et une *formal complaints* engagées sur le fondement de la Section 7 du Clayton Act, seules quatre menèrent à des *orders*. Aucune ne dissout, prévenu ou affecta les formes sous lesquelles certaines concentrations étaient organisées participant la réputation d'inefficacité de la commission<sup>1308</sup>.

---

<sup>1303</sup> Thatcher Manufacturing Company v. FTC, 272 U.S. 554, 561 (1926) ; Swift & Co. v. FTC, 272 U.S. 554 (1926).

<sup>1304</sup> Dans l'arrêt Eastman Kodak, la Cour suprême remit davantage en cause le pouvoir de la FTC de prononcer un *order* menant à des cessions d'actifs dans le cadre d'une action entreprise sur le fondement de la Section 5 du FTC Act. La *divestiture* correspondant à des pouvoirs possédés par les tribunaux d'*equity*,

<sup>1305</sup> Arrow-Hart & Hegeman Electric Company v. FTC (1934), 291 U.S. 587.

<sup>1306</sup> Les faits de l'arrêt Harrow-Hart & Hegeman Electric Cie sont les suivants : en 1927, l'*Arrow-Hart* et Hegeman Company avaient créé une holding afin d'acquérir les actions à droit de vote des entreprises Arrow Electric Company et Hart & Hegeman Manufacturing Company toutes deux opérantes sur le marché national de la fabrication et de la vente de câblages électriques. La Commission engagea une *formal complaint* en mars 1928. Les deux entreprises réattribuèrent leurs actions à deux nouvelles holdings, liquidant les précédentes. Le 31 décembre 1928, les deux entreprises et leurs holdings fusionnèrent. La FTC rendit une *supplemental complaint* en juin 1929 contre la nouvelle entreprise. Arrow-Hart & Hegeman Electric Company v. FTC (1934), 291 U.S. 587.

<sup>1307</sup> United States v. Continental Can Co., CCH 1964 Trade Cas. 80,138-39 (S.D.N.Y.); Farm journal, Inc., 53 F.T.C. 26, 50-51 (1956). Voir, E.M. ZIMMERMAN, The Federal Trade Commission and Mergers, Colum. L. Rev., Vol. 64, p.500, 519-22 (1964).

<sup>1308</sup> Hearings 1976.

Sous la seconde moitié du XXe siècle, l'impulsion du *Temporary National Economic Committee*<sup>1309</sup> et l'amendement Celler Kevaufer en 1950, engageront un infléchissement dans la jurisprudence de la Cour suprême, plus favorable à la FTC. Le *Clayton Finality Act* de 1959<sup>1310</sup>, mettra fin à la jurisprudence *Harrow-Hart* en permettant à la commission d'ordonner des cessions d'actifs sur le fondement de la Section 11 du Clayton Act et en rendant ses *orders* pleinement exécutoires dès leur notification. Assurée par ce renforcement législatif, la FTC s'était accordé l'originalité d'intégrer aux *cease and desist order* une obligation de notification obligatoire pour toutes fusions ou acquisitions ultérieures dans les cas où l'opération de concentration en cause dans la décision avait été jugée illégale<sup>1311</sup>.

De 1959 à 1967, deux cent six *formal complaints* ont été formulées sur la section 7, impliquant au total 801 acquisitions<sup>1312</sup>. Pour la première fois, la FTC détient un dispositif juridique qui fonctionne<sup>1313</sup>.

#### ***iv. Les consent orders***

Le *consent order* est un moyen de résolution non contentieuse des litiges. Si la FTC a longtemps été réticente à prononcer dans ses *cease and desist orders* des mesures allant au-delà des termes de la Section 11 du Clayton Act, les *consent orders* permettaient d'adapter de nouvelles solutions en coopération avec les parties, pour résoudre des problèmes spécifiques

---

<sup>1309</sup> *United States Temporary National Economic Committee* a été mise en place en juin 1938 pour analyser les performances de l'économie américaine après les mesures économiques prises par Franklin D. Roosevelt (Président des États-Unis de 1933- 1945) au cours de la Grande Dépression. Cf. United States. Temporary National Economic Committee, *Investigation of Concentration of Economic Power*, Monography N° 25, United States Government Printing Office, Washington, 1940.

<sup>1310</sup> 73 Star. 243 (1959).

<sup>1311</sup> Voir, *Luria Brothers*, 62 F.T.C. 243, 635-8 (1963), suite, 389 F.2d 847, 865 – 66 (3 d Cir.), Cert. nié, 393 U.S. 829 (1968).

<sup>1312</sup> Le *Finality Act* de 1959 allait autoriser la FTC à explorer et parfois étendre ses pouvoirs. Dans l'affaire *Fruehauf Trailer Co.* de 1965, un grand fabricant de remorques de camion la *Fruehauf Trailer Company*, avait acquis deux de ses concurrents la *Hobbs Manufacturing Company* en 1955 et la *Strick Company* en 1956. Par une décision du Juillet 1965, la FTC avait jugé que ces deux acquisitions violaient la Section 7 du Clayton Act. Malgré l'important passage du temps qui s'était écoulé depuis, elle réclamait le retour à un état *ex ante* de la concurrence. Elle proposa ainsi plusieurs aménagements de nature structurelle à l'entreprise qui allait au-delà des simples cessions litigieuses « *if the (...) order is to be effective respondent must divest sufficient assets, including assets acquired after the acquisition, to reconstruct them as going concerns.* ». *Fruehauf Trailer Co.*, 67 F. T. C. 878, 1965 WL 92977 (1965).

<sup>1313</sup> Voir par exemple, *Crown Zellerbach Corp.* 54 FTC 769 (1957), conf., 296 F.2d 800 (9th Cir. 1961), cert. refusé, 370 US 937 (1962) ; *Pillsbury Mills, Inc.*, 57 FTC 1274 (1960). Cf. W.T. KERR, *Divestiture of Illegally held assets: Observations on its Scope, Objective, and Limitations*, *Michigan Law Review*, Vol. 64, 1966, p. 1578.

de concurrence dégagées dans le *finding of facts*. Afin d'éviter les cessions et rétrocessions, qui ne constituaient pas toujours un remède adéquat au cas d'espèce, la FTC avait parfois introduit dans ses accords une interdiction d'acquisitions sans approbation préalable sur les marchés affectés par la concentration. Ainsi, l'entreprise Georgia-Pacific s'était par exemple engagée à n'acquérir aucune société opérant dans les industries de fabrication ou de transformation du papier grainé ou de cartons caisses pour une durée respective de dix et sept ans, sans avoir obtenu préalablement l'autorisation de la commission<sup>1314</sup>. D'autres remèdes comportementaux pouvaient au demeurant s'ajouter.

## §2. Les autres autorités de contrôle

Parallèlement aux actions de la FTC, le *Department of Justice* tentait de mener avec les pouvoirs qui lui étaient conférés la fonction que lui a attribué le *Clayton Act* (A). Composante essentielle du système judiciaire américain, le *private enforcement* inscrit à la Section 16 du *Clayton Act* n'eut jusqu'en 1976, qu'une portée résiduelle (B).

### A. La fonction du Department of Justice au sein du Clayton Act

Aux termes de la Section 15 du *Clayton Act* «(...) *it shall be the duty of the several district attorneys of the United States, in their respective districts, under the direction of the Attorney General (...) to institute proceedings in equity to prevent, and restrain such violations.* »<sup>1315</sup>. L'*Attorney General* a donc compétence aux côtés de la FTC de veiller à l'application du *Clayton Act* et notamment de la Section 7 de la loi à travers la procédure en *equity*. La création d'une division antitrust au sein de l'organisation du DOJ (1), ouvrit et développa le champ de compétences particulier aussitôt refermé par les limites inhérentes à son statut d'autorité de poursuite (2).

---

<sup>1314</sup> Georgia-Pacific Corp., Trade Reg. Rep. 16929 ( 4 juin 1964), reproduit in W.T. KERR, *Divestiture of Illegally held assets : Observations on its Scope, Objective, and Limitations*, *Michigan Law Review*, Vol. 64, 1966, p. 1578. Les secteurs cimentiers et laitiers étaient particulièrement visés par ces mesures. Dans l'affaire Martin-Marietta Corp., l'accord entre les parties stipulait une interdiction de sept ans contre les acquisitions de cimenteries dans une zone couvrant la majeure partie des États-Unis et une interdiction stricte de dix ans sur les acquisitions de tuyaux en béton sur une zone plus restreinte. *Martin-Marietta Corp.*, Trade. Reg. Rep. 16335 (15 mars 1963). Voir aussi, *National Dairy Products Corp.*, Trade. Reg. Rep., 16282 (Jan. 30, 1963).

<sup>1315</sup> 38 U.S. Stat. At L. 730-740 (1914). Section 15 du *Clayton Act*.

## 1. Organisation

L'*Attorney General* (AG ci-après) inscrit son action au sein d'une administration, le *Department of Justice*. Créé par le *Judiciary Act* de 1789<sup>1316</sup> la fonction de l'AG ne reçut un soutien budgétaire et fonctionnel qu'au cours de la première moitié du XIXe siècle<sup>1317</sup>. Le DOJ fut institué en tant que tel en 1870 où il fut pourvu d'une administration dédiée pour l'exécution de ses missions. Si le poste d'*Assistant Attorney General in charge of Antitrust* (AAG ci-après) apparaît en 1903<sup>1318</sup> immédiatement après la création du *Bureau of Corporations*<sup>1319</sup>, une division spécialisée ne sera officiellement établie qu'en 1919<sup>1320</sup>, lors de la première réorganisation du DOJ après sa création. A. Mitchell Palmer<sup>1321</sup>, nommé *Attorney General* structura le *Department of Justice* en cinq divisions<sup>1322</sup>, au sein desquelles naitra de manière formelle l'*Antitrust Division*<sup>1323</sup>.

---

<sup>1316</sup> *Act to Establish the Judicial Courts of the United States (Judiciary Act)* of 1789, ch. XX, § 35, 1 Stat. 73, 93. Voir, J. HENDELSMAN SHUGERMAN, *The Creation of the Department of Justice: Professionalization Without Civil Rights or Civil Service*, *Stanford Law Review*, Vol. 66, Janv. 2014, p. 121.

<sup>1317</sup> L'*attorney General Office* fut pourvu d'un « assistant » en 1831, puis de deux « *Assistants Attorney General* » (ci-après AAG) en 1870. Cf. Ch. 55, 4 Stat. 452, 457 (1931) ; Ch. 80, 11 Stat. 410, 419–20 (1859).

<sup>1318</sup> La fonction d'*Assistant Attorney General in charge of antitrust* avait été créée dès 1903 à la demande de l'*Attorney General Philander K. Knox* avec la charge « *of all suits and other matters arising under the federal antitrust and interstate commerce laws* ». Cf. Act of 3 March 1903, ch. 1006, 32 Stat. 1031, 1062 (1903). Il est nommé par le Président des États-Unis et confirmé par le Sénat. Il sert « *at the pleasure* » au Le Congrès avait attribué au *Department of Justice* un budget de 500 000 dollars dédié à l'application du droit antitrust. Dès 1904 deux postes étaient créés afin d'assister l'*Antitrust Attorney General*.

<sup>1319</sup> Act of Feb., 14, 1903, 32 Stat. 827.

<sup>1320</sup> La littérature juridique fait souvent référence à tort à la date de 1933. Les recherches de G.J Werden ont établi que la création de l'*Antitrust Division* était bien antérieure, sans pouvoir déconstruire ce qui apparaît comme un véritable « mythe », voir, the *Antitrust Division Manual*, Ve Ed, publié par le DOJ et révisé en juillet 2019, p. 1,2, disponible en ligne : <https://www.justice.gov/atr/file/761126/download>. La date de 1911 a été rectifiée cependant sur le site internet du DOJ : <https://www.justice.gov/atr/history-antitrust-division>. La date de 1933 été inscrite pour la première fois dans l'édition de 1979, et reprise tel qu'elle par la doctrine. Cf. par exemple, E. GELLHORN, C. A. JAMES, R. POGUE, J. SIMS, *Has Antitrust Outgrown Dual Enforcement? A Proposal for rationalization*, *The Antitrust Bulletin*, Fall 1999, p. 715, Note de bas de page 51, « *DOJ's views on the subject might have been different had it already created the Antitrust Division, which was not formed until 1933* » ; J. WILSON, *Globalization and the Limits of National Merger Control Laws*, Kluwer Law International, 2003, p. 79, « *the Establishment of the DOJ* ». Cf. G. J. WERDEN, *Establishment of the Antitrust Division of the U.S. Department of Justice*, *St. John's Law Review*, Forthcoming. August 6, 2018, p. 5,6., disponible en ligne : <https://ssrn.com/abstract=3226941>.

<sup>1321</sup> Alexander Mitchell Palmer (1812–1936), Fiftieth *Attorney General* 1919–1921.

<sup>1322</sup> La *Civil Division*, *Criminal Division*, *Tax Division*, *Antitrust Division*, *Lands Division*. Deux services *ad hoc* sont établis, le *Bureau of Investigations* et le *Field service*. Voir, C.W. CLAYTON, *The Politics of Justice: Attorney General and the Making of Government Legal Policy*, Routledge, 2d ed. 2015, p. 31.

<sup>1323</sup> *Annual report of the Attorney General of the United States for the Year of 1919*, disponible en ligne : <https://catalog.hathitrust.org/Record/000521490> le 22/08/2019.

## 2. La procédure devant le DOJ

L'*Antitrust division* se saisissait sur la demande d'un tiers ou de sa propre initiative pour enquêter sur des faits supposément litigieux (a). Les lacunes entourant le statut du DOJ comme autorité de contrôle des concentrations favorisaient la conclusion de *consent decrees* (b).

### a. La saisine

Comme le note Edward P. Hodges, le *Department of Justice* ne pouvait tel « *a policeman patrolling the highways and byways of interstate industry on the look-out for law breakers* »<sup>1324</sup> et comme la FTC, les *complaints* étaient issues sur initiative de particuliers, majoritairement de petites entreprises<sup>1325</sup>. Déposées devant le *United States attorney*<sup>1326</sup>, elles étaient transférées au District compétent qui engageait une enquête préliminaire (*preliminary investigation/preliminary inquiry*).

Si le juriste responsable des investigations jugeait d'une part, la *complaint* fondée et d'autre part, qu'elle revêtait un intérêt public suffisant, une enquête de terrain plus approfondie était ouverte. Les *special agents*<sup>1327</sup> du *Federal Bureau of Investigation*<sup>1328</sup> menaient pour le DOJ ces enquêtes lorsque l'atteinte à l'intérêt public était considérée comme substantielle. Un rapport des faits accompagné de conclusions et de recommandations était ensuite transmis au *Department of Justice* à Washington D.C<sup>1329</sup>. Le but de cette enquête préliminaire était de connaître et de définir de manière précise le marché, ses caractéristiques et l'état de la concurrence au sein de celui-ci.

---

<sup>1324</sup> E.P. HODGES, The Work of the Complaints of Antitrust Law Violations and their Investigation, in, *Law and Contemporary Problems* 7 :1 (Winter 1940) p. 90, disponible en ligne :<https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol7/iss1/> .

<sup>1325</sup> Les *complaints* étaient majoritairement déposées par courrier postal. Un premier examen permettait d'éliminer les plaintes manifestement sans fondements ou n'entrant pas dans le champ du commerce interétatique. Les cas des entreprises ayant violé les lois antitrust, mais dont l'importance ne revêtait pas un intérêt public suffisant, notamment financier, étaient éliminés après un entretien avec les avocats des entreprises impliqués. Les cas ne justifiant pas la mise en œuvre de dépenses d'enquête ne faisaient l'objet que de rappel à l'ordre. E.P. HODGES, Complaints of Antitrust Law Violations and their Investigation, in, *Law and Contemporary Problems* 7 :1 (Winter 1940) p. 90, disponible en ligne :<https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol7/iss1/> .

<sup>1326</sup> À partir de 1938 elles seront adressées à la *Complaints Section* de l'*Antitrust Division*. E.P. HODGES, Complaints of Antitrust Law Violations and their Investigation, in, *Law and Contemporary Problems* 7 :1 (Winter 1940) p. 90, disponible en ligne :<https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol7/iss1/> .

<sup>1327</sup> *Annual report of the Attorney General of the United States for the Year of 1914*, disponible en ligne : <https://babel.hathitrust.org>.

<sup>1328</sup> Création le 26 juillet 1908, voir : <https://www.fbi.gov/history/brief-history>.

<sup>1329</sup> Une section économique sera instituée par l'*Antitrust Attorney General*, Thurman Arnold (1891-1969) en charge de 1938 à 1943.

Lorsque l'enquête préliminaire indiquait qu'une action judiciaire pouvait prospérer, il était procédé à une enquête de terrain (*field investigations*) afin de développer les aspects les plus importants du *case* et récolter éventuellement des éléments matériels pouvant aider à établir ou à réfuter les faits allégués. Des *conférences* étaient organisées si le DOJ était certain qu'aucune destruction de preuve ne pouvait intervenir. Il ne s'agissait plus d'établir le modèle du marché, son fonctionnement ou de comprendre la place de chaque acteur en son sein, mais de déterminer l'existence d'une violation et d'en rassembler les preuves. C'est dans le domaine de la recherche des données économiques stratégiques que le DOJ exposait le caractère impropre de sa fonction originelle d'auxiliaire de justice et la mission d'autorité de contrôle induite de la Section 7 du *Clayton Act*.

Parce que le DOJ disposait du pouvoir de saisir la FTC au stade de l'enquête — dont il ne fit jamais usage<sup>1330</sup> — il ne fut pas pourvu des attributs juridiques contraignants que possédait la commission<sup>1331</sup>. Le *Department of Justice* se trouvait assujéti pour une part décisive de la procédure au bon vouloir des parties à la concentration et des tiers<sup>1332</sup>. La Section 7 de la loi Clayton au contraire du Sherman Act, ne constitue pas une *criminal offence*, le DOJ ne disposait donc pas dans le cadre des enquêtes spécifiques aux concentrations de ses instruments juridiques habituels présents au cours d'une procédure pénale, notamment lorsqu'est convo-

---

<sup>1330</sup> En vertu de la Section 6 (e) « Upon the application of the Attorney General to investigate and make recommendations for the readjustment of the business of any corporation alleged to be violating the antitrust Acts in order that the corporation may thereafter maintain its organization, management, and conduct of business in accordance with the law ». De plus, en vertu de la Section 6(c) du FTC Act, la FTC pouvait être saisie en tant qu'experte par l'Attorney General pour « make an investigation of the manner in which a corporation against which a decree in equity under the anti-trust laws has been entered, is carrying out the decree. The result of any such investigation is embodied in a report to the Attorney General and made public in the discretion of the Commission ». Elle joue aussi le rôle de master in chancery à la demande du juge afin de l'aider à formuler un décret approprié. Ainsi, le DOJ pouvait saisir la commission pour investiguer en amont de toutes procédures contentieuses, mais aussi en aval pour évaluer l'exécution des décrets prononcés par le juge. Le rapport de l'Antitrust Subcommittee sur le consent decrees program of the Department of Justice du 25 mai 1959, souligne que « It is regrettable the Attorney General thus far has virtually ignored this power ». Affirmation confirmée par L. Loevinger, Assistant Attorney General au sein du DOJ, durant les hearings qui suivirent la publication du rapport. Cf. Hearings Before the Antitrust Subcommittee of the Committee on the Judiciary House of Representatives, 87<sup>th</sup> Congress, 1st Session, June 14 and 15, 1961, p. 8.

disponible en ligne : <https://play.google.com/books/reader?id=8dojAQAAMAAJ&hl=fr&pg=GBS.PA1832>.

<sup>1331</sup> Nous rappelons que la FTC dispose en vertu de la Section 6 et des Sections 9 et 10 de larges pouvoirs d'enquête.

<sup>1332</sup> Dans le rapport issue de l'Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws, le comité déclarait : « We recognize that the Department has been handicapped and accept the Judicial Conference conclusion that the present civil investigative machinery is inadequate for effective antitrust enforcement. The problem is therefore, to devise a pre-complaint civil discovery process for use when civil proceedings are initially contemplated and voluntary cooperation by those under investigation fails ». Le DOJ préféra développer de manière incidente des rapports de cordialité avec les entreprises, conscient de la nécessité de leurs coopérations actuelles ou futures.

qué un *Grand Jury*<sup>1333</sup>. L'arrêt *United States v. Procter & Gamble Co.*<sup>1334</sup>, avait interdit l'usage de l'institution processuelle formelle du *Grand Jury* dans le but de réunir des preuves pour un procès civil.

L'*Antitrust Civil Process Act*<sup>1335</sup> (ACPA ci-après) de 1962 rétablira un équilibre entre les deux autorités de concurrence, en instituant des *civil investigative demands* (CID ci-après). Ces demandes contraignantes se rapprochent des *grand jury subpoena duces tecum*<sup>1336</sup> car ils permettent aux enquêteurs sur prescription de l'*Attorney General* ou l'*Assistant Attorney General* en charge de l'*Antitrust Division* de requérir « *whenever either has reason to believe that a person under investigation has documents relevant to an antitrust inquiry, to issue and serve upon such a person a CID requiring production of the documents for examination* »<sup>1337</sup>.

Les juges limitèrent toutefois brutalement la portée de cet outil d'enquête s'agissant des concentrations économiques par l'arrêt *United States v. Union Oil Co. of California* de 1965<sup>1338</sup>. Soutenant que les CID étant utilisés aux fins de « *civil investigations* » et définis dans la loi comme « *any inquiry conducted by any antitrust investigator for the purpose of ascertaining whether any person is or has been engaged in any antitrust violation* »<sup>1339</sup>, les entreprises non concentrées ne pouvaient constituer une violation de la loi, quand bien même il résulterait de l'opération en question des violations futures. L'opinion majoritaire interdit donc l'usage de CID à l'encontre d'entreprises non encore fusionnées<sup>1340</sup>. La loi les circonvenait de plus aux seules entreprises sous investigations, les entreprises tierces participant à l'enquête à leur gré. L'efficacité du dispositif de contrôle institué dans la Section 7 du *Clayton Act* reposait sur la capacité des autorités de concurrence à recueillir les données économiques

---

<sup>1333</sup> Le *Grand Jury* est réuni pour examiner si suffisamment de preuves sont rassemblées pour déterminer s'il y a une « *cause probable* » de croire qu'un individu a commis un crime. Voir : [https://www.law.cornell.edu/wex/grand\\_jury](https://www.law.cornell.edu/wex/grand_jury).

<sup>1334</sup> *United States v. Procter & Gamble Co.*, 356 U.S. 677, 683 (1958).

<sup>1335</sup> *Antitrust Civil Process Act*, Pub. L. No. 87-664, 26 Stat. 548 (1962). Cette loi fut votée à la suite de la publication du rapport de l'*Attorney General* sur le droit antitrust. Voir, *Report Attorney General's Committee to Study the Antitrust Laws*, 1955, p. 343-345.

<sup>1336</sup> Le « *subpoena duces tecum* » est définie par le *Black's Law Dictionary* comme « *A subpoena ordering the witness to appear and to bring specified documents, records or things* ». Le CID contrairement au *grand jury subpoena duces tecum* ne demandait pas le transport des documents au siège du *grand jury*. Il consiste en une reproduction des documents par les entreprises elles-mêmes, ce qui a l'avantage de garder éloigner les enquêteurs de ces dossiers.

<sup>1337</sup> E.W. KINTNER, p. 326 ; U.S. Department of Justice, Antitrust Division, *Antitrust Division Manual*, 5th Ed., p. III. 48., disponible en ligne : <https://www.justice.gov/atr/file/761141/download>.

<sup>1338</sup> *United States v. Union Oil Co.*, 343 F.2d 29, 31 (9th Cir. 1965).

<sup>1339</sup> *United States v. Union Oil Co.*, 343 F.2d 29, 31 (9th Cir. 1965).

<sup>1340</sup> Le *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act* de 1976 amenda le ACPA en faveur du DOJ, créant de nouveaux outils pour rendre les enquêtes antitrust en matière civile efficace. Voir *supra*.

et financières pertinentes. La coexistence des deux autorités de concurrence à cette époque ne révéla aucune synergie propre à créer un contrôle des concentrations efficace.<sup>1341</sup>.

La procédure suivit par le DOJ est décrite à la Section 15 du *Clayton Act*, qui dispose qu'une *petition* « *setting forth the case and praying that such violations shall be enjoined or otherwise prohibited* ». Une fois les parties dûment notifiées, la cour procède aux *hearings* et *determination of the case*<sup>1342</sup>. Pendant le déroulement de la *petition* la cour peut prononcer des mesures conservatoires « *temporary restraining order* » ou une « *prohibition as shall be deemed just in the premises* »<sup>1343</sup>. De l'entrée en vigueur de la loi Clayton jusqu'en 1950, le DOJ ne joua pas un rôle d'envergure dans la lutte contre les concentrations anticoncurrentielles. Seules quatre affaires fondées sur la Section 7 de la loi furent portées devant les cours<sup>1344</sup> et le DOJ obtint la cession d'actions dans un seul cas<sup>1345</sup>. À partir des années 1960, la Cour suprême interpréta les dispositions portant sur l'application du Clayton Act de manière plus favorable aux institutions de concurrence. Dans l'affaire *du Pont-General Motors* de 1961, la Cour jugea que les *district courts* bénéficiaient de pouvoirs étendus pour formuler les mesures correctives ou restauratrices (*remedies*) adéquates dans une procédure engagée par DOJ. La reconnaissance de tels pouvoirs permit au cours d'explorer des solutions inédites n'impliquant plus uniquement des cessions, mais d'autres mesures correctives « *necessary and appropriate* » ou « *reasonably related* » à la violation de la Section du Clayton Act, comme en l'espèce l'interdiction durant dix années d'acquérir des actions d'entreprises dans les marchés affectés<sup>1346</sup>.

---

<sup>1341</sup> La FTC reprochait l'absence d'échanges réciproques d'informations. Elle devait coopérer avec les services du DOJ et communiquer le cas échéant les documents désirés par les services du *Department of Justice*. Inversement, le DOJ n'était en droit de transmettre aucune information recueillie dans le cadre des *Grand Juries*, ni des CID, dont les éléments sont protégés par le *Freedom of Information Act* de 1967 (5 U.S.C. § 552). Voir, audience de Paul Rand Dixon, lors des *Hearings before the Subcommittee on the Judiciary House of Representatives, Ninety-third Congress, Second Session on H.R. 1258 and H.R. 12921, Antitrust Parens Patriae Amendment, March 18 and 25, 1974, Serial No. 43*, reproduit in, *Legislative History of the Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976 P.L. 94-435: 90 Stat. 1383: September 30, 1976 (1976)*, Bluebook, 20<sup>th</sup> ed, p. 37.

<sup>1342</sup> Clayton Act, 1914, Section 15.

<sup>1343</sup> Idem.

<sup>1344</sup> *United States v. New England Fish Exchange, et al.* 258 Fed. Rept, 732, 748 (D.C., D. Mass) ; *United States v. Republic Steel Corporation et al.* (1935), 11 Fed. Supp. 117 (D.C., N.D. Ohio, E.D) ; *United States v. Associated Press et al.* (1943), 52 Fed. Supp. 362 (D.C., S.D. N.Y.) ; *United States v. Celanese Corporation of America et al.* (1950), 91 Fed. Supp. 14 (D.C., S.D. N.Y.).

<sup>1345</sup> Le DOJ obtint une *divestiture* dans l'affaire *United States v. New England Fish Exchange*. Il faut préciser que l'arrêt fondait très largement la cession d'actions sur la violation du Sherman Act. Cf. *United States v. New England Fish Exchange, et al.* 258 Fed. Rept , 732, 748 (D.C., D. Mass).

<sup>1346</sup> *United States v. El du Pont de Nemours & Co.*, 1962 Trade Cas. 75942 (ND Ill.).



Les freins existant tant sur le fond du droit des concentrations que dans la procédure, amenèrent le *Department of Justice* à développer une importante politique de résolution non contentieuse des litiges par la voie du *consent decree*<sup>1347</sup>.

### b. L'usage du *consent decree*

Le *consent decree* est un agrément formé entre les parties élevé par le juge fédéral en acte juridictionnel<sup>1348</sup>. Il permet d'obtenir des engagements de la part des parties faisant l'objet d'investigations, pouvant hypothétiquement aller au-delà de ce qui aurait été obtenu à l'issue d'un procès<sup>1349</sup>. L'intérêt des entreprises à engager de telles négociations avec le DOJ est important, cette procédure ne pouvant servir de fondement aux actions privées en *treble damages*<sup>1350</sup>.

Utilisé pour la première fois par le *Department of Justice* dans l'affaire *United States v. Otis Elevator Company* en 1906<sup>1351</sup>, le recours au *consent decree* augmenta constamment au cours des années<sup>1352</sup>. Le phénomène ne connut une diminution qu'en 1938 lorsque l'*Assistant Attorney General* en charge de l'antitrust, Thurman Arnold<sup>1353</sup> tenta de réagir à l'insuffisance des poursuites pénales, aux faibles amendes appliquées et au très grand nombre de résolutions

---

<sup>1347</sup> Il est très difficile d'évaluer le nombre d'affaires réglées par *consent decree* depuis l'instauration du Clayton Act. Leur proportion ne consistant pas en la simple soustraction du nombre de *complaints* reçu et le nombre de procédures contentieuses effectivement instituées. Il semblerait néanmoins, que de 1890 à 1933, sur 230 actions intentées par le *Department of Justice*, 112 semblent s'être réglées par *consent decrees*. Cf. W.J. DONOVAN, B. P. MCALLISTER, *Consent Decrees in the Enforcement of the Federal Anti-Trust Laws*, *Harvard Law Review*, Vol. 885, N° 3, 1933, p. 885.

<sup>1348</sup> Le Black's Law Dictionary définit le « *consent decree* », comme suit : « One entered by consent of the parties; it is not properly a judicial sentence, but is in the nature of a solemn contract or agreement of the parties, made under the sanction of the court, and in effect an admission by them that the decree is a just determination of their rights upon the real facts of the case, if such facts had been proved ». H. CAMPBELL BLACK, *Black's Law Dictionary. Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*, Fourth Ed. 1968, p. 499. Le *consent decree* est un moyen de résolution négocié de litige, qui ne se dérobe toutefois pas au regard des tiers et du public. Ils étaient publiés dans les recueils des arrêts des tribunaux.

<sup>1349</sup> D.H. GINSBURGH, J.D. WRIGHT, *Antitrust Settlements : The Culture of Consent*, Working paper, p. 1.

<sup>1350</sup> La Section 5 (a) du Clayton Act dispose que « That a final judgment or decree hereafter rendered in any criminal prosecution or in any suit or proceeding in equity brought by or on behalf of the United States under the antitrust laws to the effect that a defendant has violated said laws shall be prima facie evidence against such defendant in any suit or proceeding brought by any other party against such defendant (...): Provided, This section shall not apply to consent judgments or decrees entered before any testimony has been taken ».

<sup>1351</sup> Washington Government Printing Office, *Decrees and Judgements in Federal Antitrust Cases*. July 2, 1890—January 1, 1918, 1918, p. 107. La constitutionnalité de cette pratique fut reconnue dans l'arrêt *Swift & Co. v. United States*, 276 U.S. 311 (1928).

<sup>1352</sup> Du vote du Sherman Act en 1890 à 1933, deux-mille-trente poursuites civiles ont été conduites, mille-douze affaires se sont réglées par *consent decrees*. Le recours plus ou moins fluctuant au *consent decree* a pu dépendre de l'interprétation de la loi par la Cour suprême. Cf. W.J. DONOVAN, B. P. MCALLISTER, *Consent Decree in the Enforcement of the Federal Anti-trust Laws*, *Harvard Law Review*, Vol. 46, N° 6, 1933, p. 885.

<sup>1353</sup> Thurman Arnold (1891–1969), Assistant Attorney General in charge of Antitrust de 1938–1943.

négociées. Une section économique au sein de la Division antitrust fut créée pour moderniser et professionnaliser le travail des juristes et ne plus les laisser seuls dans la préparation de leurs dossiers<sup>1354</sup>. Évidemment, cette création apparaît bien tardive mise en parallèle avec celle de l'*Economic division* de la FTC instituée en 1915, qui bénéficia dès son établissement, il faut le rappeler, des moyens humains et matériels de l'ancien *Bureau of Corporations*. Arnold fit donc le lien entre le très grand recours aux *consent decrees* et la faible effectivité du droit antitrust. Il entreprit d'appliquer une politique de poursuites civiles et pénales systématiques des affaires. Considérant l'organisation de *grand juries* et de procès civils et criminels (pour le *Sherman Act*) comme seuls moyens de dissuasion efficace contre les atteintes à la concurrence<sup>1355</sup>.

Les tiers furent aussi de plus en plus intégrés à la procédure originellement bilatérale. La Cour suprême avait facilité les *applications for intervention*<sup>1356</sup> et une période de consultation du public de trente jours fut instituée. Toutes les personnes intéressées peuvent présenter leurs observations et commentaires (*public comment period*) afin d'éclairer les choix de l'autorité<sup>1357</sup>. Celle-ci pouvait alors se « dédire » du *consent decree*. La loi Tunney de 1974 confia au juge le rôle de mener la procédure dans l'intérêt public avant d'accorder une validation (*approval*)<sup>1358</sup>.

Les tiers intéressés sur autorisation de la cour peuvent avoir une participation active durant les audiences, « *by reviewing the pertinent documents, examining witnesses, filing briefs and requesting that the court take testimony of government officials or expert witnesses* »<sup>1359</sup>.

---

<sup>1354</sup> Le Président Franklin D. Roosevelt (1882-1945), 32<sup>e</sup> Président des États-Unis de 1933-1945, fit voter en 1938, 200 000 dollars de crédits supplémentaires pour développer les moyens d'action de la Section Antitrust du DOJ. Le Congrès dédia à la demande du Président, 500 000 dollars afin de produire une étude sur la concentration du pouvoir économique aux États-Unis ainsi qu'une analyse des moyens pour les contenir. Voir, W. KOLASKY, Thurman Arnold : An American Original, *Antitrust*, Vol. 27, No. 3, Summer 2013, p. 90-91. Par comparaison, la FTC a bénéficié en 1937 d'un budget annuel de 2 millions de dollars et employait 571 personnes. Cf. P.R. DIXON, The FTC : The First 50 years, *Antitrust L.J.*, N° 24, 1964, p.39.

<sup>1355</sup> L'action de Thurman Arnold a été particulièrement importante dans le domaine des cartels (grâce notamment à la création de la *Patent and Cartel Section*), des monopoles et des abus de position dominante. Le DOJ engagea en 1939, 31 contentieux, dépassant les chiffres qu'avait atteint Howard Taft en 1911 (23 litiges), puis 65 poursuites la deuxième année et enfin 71 contentieux la troisième année. Voir, R.A. POSNER, *A Statistical Study of Antitrust Enforcement*, J.L. & ECON. N° 13, 1970, p.365, 366.

<sup>1356</sup> Rule 24 of the Federal Rules of Civil Procedure.

<sup>1357</sup> La consultation pouvait s'opérer soit par un *amicus curiae* adressé à la cour soit par un *brief* au bureau du DOJ.

<sup>1358</sup> *Antitrust Procedures and Penalties Act*, dit le « Tunney Act » du 21 décembre 1974, P.L.93-528, 88 Stat. 1706 (1974).

<sup>1359</sup> W. V. LUNEBURG, T. M. SUSMAN, *The Lobbying Manual: A Complete Guide to Federal Law Governing Lawyers and Lobbyists*, American Bar Association Ed, 3d Ed., 2005, p. 298.

Le suivi des *consent decrees* fut longtemps le parent pauvre de la procédure. De nombreux rapports soulignèrent l'absence de contrôle des réalisations au-delà de leurs conclusions<sup>1360</sup>.

## B. Le private enforcement

Le *private enforcement* constitue une composante essentielle du dispositif de protection du droit antitrust. La Section 4 de la loi Clayton prévoit que les personnes privées « *injured in [their [business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefore in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee* »<sup>1361</sup>. Cette disposition permet ainsi le triplement des dommages et intérêts alloués tant pour compenser le préjudice que pour sanctionner ses auteurs, instituant à l'égard du défendeur des dommages et intérêts punitifs<sup>1362</sup>.

La Section 16 de la loi Clayton permet de manière complémentaire, de rechercher des « *injunctive reliefs* ». Selon la temporalité de l'opération ces *injunctive reliefs* consistent soit

---

<sup>1360</sup> Voir, Report of the Antitrust Subcommittee (Subcommittee No. 5) of the Committee on the Judiciary, House of Representatives, Eighty-sixth Congress, first session, pursuant to H. Res. 27, Authorizing the Committee on the Judiciary to Conduct Studies and Investigations Relating to certain Matters within its Jurisdiction on Consent Decree Program of the Department of Justice, January 30, 1959, p. 16, disponible en ligne, <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=uiug.30112104129827&view=1up&seq=3>. Le « Nader Report » de l'American Bar Association, publié en 1969, nomma le chapitre sur les *consent decrees* « *When winning is losing* ». Il n'existait pas de suivi individualisé par l'Antitrust Division des *consents decrees* passés. L'administration se reposait sur le marché pour lui communiquer les éventuelles défaillances ou violations. Cf. Commission to study the FTC, American Bar Association, Report of the Commission to study the Federal Trade Commission (15. Sep. 1969).

<sup>1361</sup> Section 4, Clayton Act (1914).

<sup>1362</sup> Le droit américain prévoit des dommages et intérêts punitifs, c'est-à-dire des dommages et intérêts qui ne visent pas uniquement la réparation, mais aussi la punition de l'auteur du dommage. Les *treble damages* deviennent alors une sanction. Dans le système de *common law*, ce type de dispositif reste toutefois dérogoire au principe indemnitaire civil. Celle-ci est prévue pour des faits ou des comportements qui tirent leur origine d'une faute exceptionnellement grave. Ils peuvent être aussi appelés *exemplary damages* ou de *presumptive damages*. Ce type de dommages et intérêts est défini comme suit : « *Exemplary damages are damages on an increased scale, awarded to the plaintiff over and above what will barely compensate him for his property loss, where the wrong done to him was aggravated by circumstances of violence, oppression, malice, fraud, or wanton and wicked conduct on the part of the defendant, and are intended to solace the plaintiff for mental anguish, laceration of his feelings, shame, degradation, or other aggravations of the original wrong, or else to punish the defendant for his evil behavior or to make an example of him, for which reason they are also called "punitive" or "punitive" damages or "vindictive" damages, and (vulgarly) "smartmoney."* », H. CAMPBELL BLACK, *Black Law Dictionary*, p. 467. Cf. J. B. SALES ; K. B. Jr. COLE, Punitive Damages : A Relic That Has Outlived Its Origins, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 37, No. 5 (October 1984), pp. 1117-1174.

en une « *preliminary injunction* » si le demandeur apporte la preuve qu'un préjudice résulterait d'une concentration non consommée, soit en une *permanent injunction* pour suspendre une concentration en cours ou forcer une *divestiture*<sup>1363</sup> si celle-ci est accomplie. Le juge peut néanmoins choisir ou concevoir tous *equitable remedies* qui serviraient au mieux la résolution du litige.

Si le *private enforcement* tient une place particulière au sein de la politique de concurrence américaine, de 1915 à 1950 années du vote du Celler-Kefauver Act<sup>1364</sup>, force est de constater que les dispositions du Clayton Act et les moyens de mises en œuvre privés n'ont pas eu d'effet dissuasif sur l'acquisition d'actions par les entreprises. Durant les premières années d'application de la loi, les cours eurent une appréciation très restrictive du lien de causalité entre l'atteinte à la concurrence fondée sur la section 7 et le préjudice éprouvé. Aucune des actions privée entreprise ne reçurent de *treble damages*.

---

<sup>1363</sup> Durant la période pré HSR Act, la jurisprudence a parfois refusé aux demandeurs intentant une action privée la possibilité de requérir des remèdes structurels. Simplement questionnée en 1926 dans l'arrêt *Continental Sec. Co. v. Michigan Cent. R.R.*, 16 F.2d 378, 380 (6th Cir. 1926), « *The main remedy sought is dissolution of the combination. Section 16 [of the Clayton Act] never has been held to reach such a case. The result sought is practically the same as would be asked for in a suit by the Attorney General* », sans se prononcer toutefois (l'action d'un actionnaire contre sa société ne conférant pas qualité à agir sur le fondement de la Section 16 du Clayton Act). Explicitement accordé en 1972 dans le jugement *International Telephone & Telegraph Corp. v. General Telephone*, 351 F. Supp. 1207 (« *In the absence of solid precedent or clear legislative history, this court's own research into the availability of divestiture and mandatory injunction to a private plaintiff suing under § 16 has impelled this court to conclude that both such equitable remedies are available to private plaintiffs under § 16.* »). La possibilité de demander des remèdes structurels a été débattue entre la 1ère et la 9e *Circuit Court* : remise en cause en 1975 dans le jugement *International Tel. & Tel. Corp. v. General Tel. & Elec. Corp.*, 518 F.2d 913, 920, elle fut réaffirmée en 1985, dans la décision de justice de la 1ère *circuit Court*, *CIA. Petrolera Caribe, Inc. v. Arco Caribbean, Inc.*, 754 F.2d 404, 429 (1st Cir. 1985). La Cour suprême se prononça dans un arrêt *California v. American stores* de 1990 (*California v. American Stores Co.*, 495 U.S. 271, 1990) accordant aux demandeurs privés le droit de demander au juge des *divestitures*. Voir, J.H. WATZ, Section 7 of the Clayton Act : The Private Plaintiff's Remedies, *Boston College Law Review*, Vol. 7, N° 2, 1966, p. 333 ; E.W. KINTNER, M.F. WILBERDING, Enforcement of the Merger Laws by Private Party Litigation, *Indiana Law Journal*, Vol. 47, 1971–1972, p. 293 ; Private Divestiture : Antitrust's Latest Problem Child, *Fordham Law Review*, Vol. 41, 1973, p. 568. W. H. ELWE, Predictability in Merger Enforcement after *California v. American Stores*: Current Uncertainties and a Proposal for Change, *Case Western Law review*, Vol. 42, N° 2, 1992, p. 599.

<sup>1364</sup> « An Act to supplement existing laws against unlawful restraints and monopolies, and for other purposes » dit « Celler-Kefauver Act », du 29 décembre 1950, modifie substantiellement la Section 7 du Clayton Act, en étendant la prohibition à « *the acquisition of the whole or any part of the assets of another corporation when the effect of the acquisition may substantially lessen competition or tend to create a monopoly* ». La loi modifie de même les dispositions de la Section 11, permettant à la FTC d'ordonner non seulement des cessions d'actions (« *divest itself of the stock* »), mais aussi de cessions d'actifs (« *or other share capital, or assets, held* »). Celler-Kefauver Anti-Merger Act, at 1127, disponible en ligne, <https://fraser.stlouisfed.org/title/5841>.

Dans une affaire *Peterson et al. v. Borden Co. et al.*<sup>1365</sup> de 1931, les demandeurs possédaient trois cent quinze actions du capital de la *Clover Leaf Milk Company*, spécialisé dans le commerce interétatique de lait. Deux actionnaires de la société acquièrent grâce aux fonds d'une entreprise concurrente la *Borden Company*, les trois cent quinze actions pour une somme de cinq cent trente-cinq dollars par action. Ils procédèrent ensuite à un échange d'actions avec la *Borden Company*, au prix de mille dollars pour chaque action de la *Clover Leaf Milk Company*, menant à la dissolution de l'entreprise. Les propriétaires originels avancèrent que l'opération constituait une violation de la Section 7 du Clayton Act. Ne se prononçant par sur la violation, la Court of Appeals refusa d'accorder les *treble damages*, statuant qu'ils n'avaient pas prouvé le lien entre leurs pertes et la violation de la loi. L'allégation de dommages fondés sur la Section 7 du *Clayton act* venait souvent au soutien d'autres violations. Dans une affaire postérieure, la cour rejeta de même, une requête fondée sur la violation d'un la section 7 du Clayton Act et sur la violation d'un brevet. Raymond E. Beegle avait introduit une action contre Charles M. Thomson, *trustee* de la *Chicago and North Western Railway Company*. La compagnie de chemin de fer avait en effet acquis la *Sharon Railway Supplies Company* qui produisait un fer anti-glissement pour les compagnies de chemins de fer et que la *Chicago and North Western Railway Company* se mit à commercialiser. La *Circuit court* jugea en appel que la société de chemin de fer n'était pas en compétition avec l'entreprise de fourniture de fer dans la vente de fer anti-glissement, car celle-ci ne les fabriquait pas au moment de l'acquisition. La société acquise était de plus, en condition de faillite au moment de son achat. Encore une fois, selon la Cour le lien de causalité entre le dommage allégué et l'atteinte potentielle à la Section 7 n'était pas démontré par le demandeur.

La force du *private enforcement* apparut de façon plus notable au début des années 1960, où à la lumière d'une réinterprétation de la portée de la Section 7 du Clayton Act, une injonction pouvait être accordée de façon à prévenir un dommage qui résulterait d'une concentration. Dans l'arrêt *American Crystal Sugar Co. v. Cuban-American Sugar Co.*, une cour d'appel suspendit le droit de vote d'une entreprise qui avait acquis un montant important d'actions au capital de son concurrent direct. Le juge interdit à l'entreprise de se faire représenter au sein du *board of directors* et d'acquérir davantage d'actions de la société demanderesse. De manière remarquable, la cour accorda l'injonction sans que la preuve d'une élimination de la concurrence au regard de la Section 7 du Clayton Act fût démontrée, mais se con-

---

<sup>1365</sup>*Peterson et al. v. Borden Co. et al.* ? (1931), 50 Fed. Rept., 2d Ser., 644 (CCA, 7th Cir.).

tenta de la preuve qu'un plan de « proche association » de la part du défendeur était projeté. Dès lors que l'acquisition des actions par ce dernier pouvait tendre à une diminution, de la concurrence, la menace d'une perte ou de dommages provenant d'une action judiciaire du DOJ, justifiait la mesure<sup>1366</sup>.

## *Section 2. Un contrôle ex ante imparfait*

Parce que dans le domaine de l'épistémologie contemporaine, la cause procède l'effet<sup>1367</sup>, il y aurait un lien logique et nécessaire à établir entre la temporalité de la violation d'une norme et la réaction de l'autorité face à la situation constatée<sup>1368</sup>. Or la loi Clayton a introduit un espace temporel non interrompu par une violation. La Section 7, par le conditionnel « *may be to substantially lessen competition* » introduit une probabilité dans laquelle le lien entre la priorité causale est détachée de la priorité temporelle. L'effet précède alors la cause. L'admission de ce principe décorrèle le droit des concentrations du droit antitrust<sup>1369</sup> et

---

<sup>1366</sup> *American Crystal Sugar Co. v. Cuban-American Sugar Co.*, 152 F. Supp. 387 (D.C.S.N.Y. 1957), aff'd on the defendant appeal, 259 F. 2d 524 (C.A. 2d Cir. 1958). Voir, E. MACINTYRE, *The Rôle of Private Litigant in Antitrust Enforcement*, Remarks before the Joint Meeting of the Antitrust Sections, Chicago Bar Association, III, 18 Janv. 1962, [disponible, [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/683441/19620118\\_macintyre\\_the\\_role\\_of\\_the\\_private\\_litigant\\_in\\_antitrust\\_enforcement.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/683441/19620118_macintyre_the_role_of_the_private_litigant_in_antitrust_enforcement.pdf), le 22/08/2019]. *Gottesman v General Motors Corp.*, 221 F Supp. 488 (S.D.N.Y. 1963), rev'd, 414 F2d 956 (2d Cir. 1969), *on remand*, 310 F Supp. 1857 (S.D.N.Y. 1970), aff'd, 436 F2d 1205 (2d Cir.), *Cert. denied*, 403 U.S. 911 (1971).

<sup>1367</sup> L'épistémologie contemporaine se fonde sur l'idée que la relation causale se définit par un ordre particulier, l'effet succède à la cause. Cette définition de la causalité s'appuie selon Sacha Bourgeois-Gironde, sur une conception analytique néo-humienne. Démarche philosophique contestée par Willard V.O. Quine, chantre d'un rejet du « dogme » portée par l'empirisme logique, qui permet à Bourgeois-Gironde dans son essai d'abandonner « [les] liens supposés nécessaires entre la direction du temps et l'ordre causal ». Cf. S. BOURGEOIS-GIRONDE, *Temps et causalité*, P.U.F, Coll. Philosophie, 2002, 128 p. ; J-M. MONNOYER (sous la direction de), *Lire Quine logique et ontologie*, Éd. De l'Éclat, Coll. Lire les philosophies, 2006 ; W.V.O. QUINE « Two Dogma of Empiricism », 1951, publié in, « From Logical Point of View », Harper and Row, NY, 1963.

<sup>1368</sup> P. MALAURIE, *La cause*, Dictionnaire de la culture juridique, ALLAND D., RIALS S., (sous la direction de), Éd. Presses Universitaires de France, Coll. Quadrige Dicos Poche, 2003, p. 173 ; P.MONGIN, *L'a priori et l'a posteriori en économie*, Recherches économiques de Louvain, Vol. 73, 2007, pp. 5-53.

<sup>1369</sup> Comme nous l'avons vu, est appelé droit antitrust (antitrust law) le système normatif qui repose sur des « legal sanctions that must be wielded against recalcitrant subjects ». Voir, D. CRANE *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement*, Oxford, 2011. S'il existe une distinction doctrinale tranchée entre droit antitrust et régulation, le professeur Marie-Anne Frison-Roche regrettant « l'oxymore » de « régulateur de la concurrence » ou encore de « régulateur concurrentiel », le contrôle des concentrations expose cependant la fragilité de

permet de faire naître un contrôle des concentrations économiques où est exercée une vérification du caractère compatible de l'opération avec la concurrence. Ainsi, ce sont dans les propriétés temporelles de *l'a priori* que se loge le *contrôle*<sup>1370</sup>. Or ce système qui a pour objet de limiter l'autonomie des entreprises en encadrant leurs décisions décentralisées n'a pu se réaliser que dans un cadre administratif contraignant.

### *§1. Les moyens du contrôle ex ante imparfait*

En l'absence de notification préalable obligatoire inscrite dans la loi, la FTC avait décidé d'user de son pouvoir de récolte d'informations des marchés (A) pour s'opposer à une concentration avant qu'elle ne se réalise (B).

#### *A. Les Advance Advices et le programme de notification*

La volonté de saisir les concentrations avant leur formation, bien qu'ancienne, n'avait jamais abouti. L'une des premières tentatives fut celle de Théodore Roosevelt qui défendait en 1908 un cadre administratif de contrôle des entreprises<sup>1371</sup>. Le consensus autour du procédé de la notification préalable sous sa forme contemporaine, si l'on peut dire, ne se fit jour qu'à l'issue de la Seconde Guerre mondiale. En 1956, le président Eisenhower avait apporté son concours à une proposition de loi soutenue par le représentant Celler et le sénateur Kefau-

---

cette distinction. Voir, M-A. FRISON-ROCHE, *Ex ante, ex post*, Dictionnaire bilingue du droit de la régulation et de la compliance ; Voir aussi, A. D. MELAMED, *Antitrust : The New Regulation*, Antitrust, Fall Vol. 10, 1995–1996, p. 13.

<sup>1370</sup> La notion de « contrôle » doit être entendue ici dans son acception usuelle de vérification. Le Centre national de ressources textuelles et linguistiques le définit ainsi : « *Vérification portant sur des choses en vue d'examiner si elles remplissent les conditions demandées. Dans le domaine de l'Admin. Vérification portant sur le caractère légal et régulier de quelque chose* ». [Disponible en ligne, <https://www.cnrtl.fr/definition/controle>, le 22/08/2019].

<sup>1371</sup> La constitutionnalité du projet de T. Roosevelt qui reposait sur la création d'une commission de surveillance des entreprises agissant sur le commerce interétatique était douteuse.

ver<sup>1372</sup> qui contenait des dispositions relatives à un programme de notification *ex ante*. Ces dernières disparurent toutefois au cours du *full committee*<sup>1373</sup> durant la procédure d'examen de la *bill* sans que des raisons particulières ne l'expliquent. Les rapports annuels de la FTC postérieurs à cet échec démontrent toutefois les appels constants des *chairmen*<sup>1374</sup> à voter une législation afin de « *make possible faster and more effective action to maintain fair business competition* »<sup>1375</sup>.

Dans l'attente d'une législation adaptée, la FTC s'était tournée vers les outils juridiques dont elle disposait pour contrôler les opérations de fusion ou acquisition avant leur clôture. Pour avoir une chance de repérer les projets de concentrations à leur stade primaire depuis la jurisprudence *Arrow-Hart & Hegeman*<sup>1376</sup>, les autorités de concurrence avaient comme sources principales la presse économique. Elles étaient astreintes aux lectures quotidiennes du *Wall Street Journal*, des *Standards Corporations Records*, et aux quatre-cents journaux professionnels rendant compte des activités des industries<sup>1377</sup>.

---

1372 Les appels à voter une pre-merger notification legislation sont provenus originellement de l'Assistant Attorney General en charge de l'Antitrust Division. Voir, Hearings before the Antitrust Subcommittee of the House Judiciary Committee on H. R. 6748, H. R. 7229 and H. R. 8332, 84th Cong., 2d Sess. (1956) ; Hearings before the Antitrust Subcommittee of the House Judiciary Committee on H. R. 264 and H. R. 2143, 85th Cong., 1st Sess. (1957); Hearings before the Subcommittee on Antitrust and Monopoly of the Senate Judiciary Committee pursuant to S. Res. 231 on S. 198 et al. (1958). Pour une étude critique de la proposition de loi, voir, D.F. BILLYOU, Pre-Merger Notification Bills and Business Lawyers, *The Business Lawyer*, Vol. 14, No. 3 (April, 1959), pp.639-657).

E. Celler et E. Kefauver avaient déjà été à l'origine de l'important amendement au *Clayton Act*, qui étendait l'interdiction inscrite à la Section 7 à tout achat d'actifs et non plus seulement aux cessions d'actions directes et indirectes, qui auraient pour effet la réduction la concurrence entre l'acquéreur et la cible. Voir, *The Celler-Kefauver Act* 1950, 15 U.S.C.A. § 14.

1373 Cf. Audition de Rand Dixon, chairman de la FTC, devant le Subcommittee on Monopolies and Commercial Law of the Committee on the Judiciary House of Representatives, 94<sup>e</sup> Congrès, 2d Session, publié in, *Legislative History of the Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976*: P.L. 94-435: 90 Stat. 1383: September 30, 1976 (1976), p. 39. Durant la procédure législative, la proposition de loi est adressée à un committee, souvent organisé en subcommittee spécialisés. Le full committee désigne la réunion du committee dans son ensemble. Seul le full committee peut renvoyer un texte à une chambre. Voir, <https://www.congress.gov/legislative-process/committee-consideration>.

1374 John Gwynne en 1957 et 1958 ; Paul Rand Dixon en 1961 ; et Lewis Engman en 1975.

1375 FTC, *Annual Report of the FTC for the Fiscal Year Ended, June 30, 1960*, p. 12, disponible en ligne, [https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports\\_annual/annual-report-1960/ar1960\\_0.pdf](https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports_annual/annual-report-1960/ar1960_0.pdf).

1376 E. P. HODGES, Complaints of Antitrust Law Violations and their Investigation, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 7, N° 1, Winter 1940, p. 90.

1377 À côté de ces sources publiques d'informations, T.E. Kauper, Assistant Attorney General et Rand Dixon chairman à la FTC, s'appuyaient sur des moyens de renseignement privés, notamment par le biais d'avocats spécialisés dans une industrie ou sur saisine de personnes privées, le plus souvent de concurrents. Cf. Auditions de Kauper et Dixon, in, *Subcommittee on Monopolies and Commercial Law of the Committee on the Judiciary House of Representatives*, 94<sup>e</sup> Congrès, 2d Session, publié in, *Legislative History of the Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976*: P.L. 94-435: 90 Stat. 1383: September 30, (1976), p. 10 et p.42. V. aussi le point de vue sur cette question de la très puissante *American Bar Association*. J.R. REILLY, Merger Notification Program of the Federal Trade Commission, *Antitrust Law Journal*, Vol. 38, No. 4, ABA Annual Meeting: Dallas, Texas, August 10-12, 1969, p. 680.



La FTC mit en place en 1967 un programme novateur de notification préalable fondé sur la section 6 du FTC Act<sup>1378</sup> dans le but explicite d'appliquer la Section 7 du *Clayton Act*<sup>1379</sup>. Les premières actions de ce programme visèrent l'industrie alimentaire et les usines de béton prêt à l'emploi. À la suite de la publication des premières *guidelines*, la FTC requit l'envoi d'*advance notice of merger* dans ces deux secteurs particuliers d'activités au moins soixante jours avant la clôture d'une opération<sup>1380</sup>. Elle généralisa le dispositif à tous les secteurs économiques interétatiques le 13 avril 1967, par la *Commission's Notification Resolution*<sup>1381</sup> demandant une notification dix jours suivant l'accord de principe sur une fusion ou une acquisition et au moins soixante jours avant la date de consommation de la concentration. La notification était sollicitée pour les opérations dont le total des actifs de l'ensemble des entreprises était supérieur à 250 millions de dollars et lorsqu'au moins 10 millions de dollars d'actions ou d'actifs étaient acquis ou fusionnés<sup>1382</sup>. Les très larges pouvoirs d'enquête de la commission issus de la Section 6 (b) du FTC Act lui avaient permis d'exiger au surplus, des « *special reports* »<sup>1383</sup>. Selon Rand Dixon, les entreprises se plièrent sans difficulté à ce nouveau système de notification, tout en appliquant sous les conseils avisés de leurs avocats, la « *spoonfeed technique* »<sup>1384</sup> en ne communiquant leurs informations qu'au goutte-à-goutte. La notification préalable était obtenue à titre informatif, aucun de ces programmes n'exigeait la suspension de leur projet de fusion<sup>1385</sup>. La commission ne possédait pas de pouvoir contrai-

---

<sup>1378</sup> La section 6 (b) du FTC Act permet en principe à la FTC de récolter des informations dans un but d'études économiques ou pour la rédactions d'études ou de rapports.

<sup>1379</sup> La FTC avait tenté dès 1963 s'appuyant sur la Section 6 (b) du FTC Act, d'imposer un questionnaire rédigé par le *Bureau of economics* à 1000 entreprises pour étudier l'activité économique des entreprises. Certains récipiendaires de ces questionnaires protestèrent, et leurs conseillers firent pression sur le *Bureau of the Budget*. Il résulterait selon J.R. Reilly que le *House of Appropriation Committee* responsable de l'affectation des fonds attribués par le Congrès ait conditionné le budget de la FTC à l'abandon de ces études générales. Les importantes vagues de fusions de la seconde moitié des années 1960 changèrent l'opinion commune autour d'une notification préalable a permis à la FTC d'instaurer un nouveau système.

<sup>1380</sup> La commission avait fixé le seuil de notification pour les commerces de ventes en gros ou de détails alimentaires ayant eu un chiffre d'affaires annuel national supérieur à 100 millions de dollars. Les cimentiers devaient quant à eux notifier sans condition de taille. J.R. REILLY, Merger Notification Program of the Federal Trade Commission, *Antitrust Law Journal*, Vol. 38, No. 4, ABA Annual Meeting: Dallas, Texas, August 10–12, 1969, p. 681.

<sup>1381</sup> 34 Fed. Reg. 7592 (1969).

<sup>1382</sup>R. REILLY, Merger Notification Program of the Federal Trade Commission, *Antitrust Law Journal*, Vol. 38, No. 4, ABA Annual Meeting: Dallas, Texas, August 10–12, 1969, p. 683.

<sup>1383</sup> *United States v. Morton Salt Company*, 338 U.S. 632 (1950); *St. Regis Paper Co. v. United States*, 368 U.S. 208 (1961). La Cour suprême avait jugé de l'inconstitutionnalité de l'utilisation des pouvoirs d'investigations dans un but éloigné ou détourné de son objet premier. Cf. *FTC v. American Tobacco Co.*, 264 U.S. 298 (1924);

<sup>1384</sup> R. Dixon explique en 1975 que les avocats communiquaient document par document, une lettre ou une pièce par semaine afin de consommer les délais de 60 jours et empêcher la FTC d'exercer son contrôle. Cf. *Subcommittee on Monopolies and Commercial Law of the Committee on the Judiciary House of Representatives*, 94<sup>e</sup> Congrès, 2<sup>d</sup> Session, publié in, *Legislative History of the Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976* : P.L. 94-435: 90 Stat. 1383: September 30 (1976), pp. 10 et 42.

<sup>1385</sup> 39 Fed. Reg. 35,717 (1974).

gnant qui sanctionnerait une non-transmission de ces informations. La Section 10 du FTC Act n'ouvrirait la possibilité d'imposer des amendes « *for failure to comply* » que trente jours après la réception d'une *notice of default* à l'entreprise<sup>1386</sup>.

### ***B. Les temporary injunctions***

La notification puis la transmission même parcellaire des *special reports* permettaient à la commission d'instruire les cas en identifiant aussi rapidement que possible, le mode de fonctionnement des marchés et les éventuels problèmes de concurrence qu'ils pouvaient poser. Si cette phase d'examen rapide révélait un risque d'atteinte à la concurrence, la FTC avait la possibilité de faire appel à des mesures d'urgence. Elle pouvait déposer des *temporary injunction orders* (TRO ci-après) et des *preliminary injunctions*<sup>1387</sup> afin de suspendre les concentrations avant qu'elles ne se consomment et donc avant même que des *cease and desist order* soient issus.

Ce pouvoir lui a pourtant longtemps été refusé<sup>1388</sup>. Seuls, le DOJ et les parties privées étaient compétents en vertu du *Clayton Act* pour requérir des « *remedial measures* » auprès de

---

<sup>1386</sup> La non-conformation à la transmission de *special report* dans les temps fixés par la FTC était sanctionnée de 100 dollars par jour de retard à compter de la notification de la *notice of default*. J. R. KELLY, Merger Notification Program of the Federal Trade Commission, *Antitrust Law Journal*, Vol. 38, No. 4, Annual Meeting Dallas Texas (August 10-12, 1969), pp. 684.

<sup>1387</sup> L'*injunction*, est un instrument très puissant dans le système juridique américain et redoutablement efficace par sa rapidité. Il est *equitable remedy*, donc prononcé par une ordonnance de la cour imposant une obligation de faire ou de ne pas faire une action spécifiée à une personne ou à une institution (par opposition aux *legal remedies*, qui appellent en général une réparation pécuniaire). La typologie des *injunctions* varient selon la temporalité et la nature de l'objet demandé. On distingue les *prohibitory injunctions*, qui sont en quelque sorte des obligations négatives, la personne doit s'abstenir d'agir ou cesser une action, des *mandatory injunctions* qui correspondent à l'exécution d'obligations positives, *i.e.*, la personne doit prendre des mesures exprimées par des actes. Parmi les *injunctions* temporaires c'est-à-dire « (...) *granted pendente lite; as opposed to a final or perpetual injunction* » qui sont régies par la règle 65 du Federal Rules of Civil Procedure, coexistent les *preliminary remedies* et les *temporary restraining orders (TRO)*. Les *preliminary injunctions* sont extrêmement protéiformes. Elles suivent une procédure accélérée qui obéissent toutefois aux règles du procès accusatoire, la partie enjointe est donc notifiée de la demande. La partie demanderesse doit au cours des audiences présenter ses preuves et convaincre le juge qu'il n'existe pas d'autres remèdes adéquats, qu'un dommage irréversible se produira en l'absence d'intervention du juge, des preuves que le jugement au fond lui sera favorable, et que son bénéfice surpasse l'atteinte aux droits supportés par la partie adverse. Le déroulement des *hearings* pour obtenir une *preliminary injunctions* est souvent déterminant pour le jugement au fonds du litige. Les TRO appelés aussi *ex partes injunctions* ne sont pas notifiés à la partie enjointe. La charge de la preuve de l'urgence face à un danger immédiat est extrêmement lourde. Du fait de l'atteinte aux droits de la défense, ces *injunctions* sont limitées dans le temps. Voir, K. STOLL-DEBELL, N. DEMPSEY, B. DEMPSEY, *Injunctive Relief: Temporary Restraining Orders and Preliminary Injunctions*, American Bar Association, 2009 ; Voir occurrence « *temporary relief* », *Black's Law Dictionary* p.924.

<sup>1388</sup> La Cour suprême avait jusque dans les années 1960 une interprétation très restrictive des pouvoirs issues de la Section 11 du Clayton Act qui n'ouvrirait pas à l'exercice des pouvoirs d'*equity* des cours. Cf. *H.R.*

la *district court*<sup>1389</sup>. Le législateur n'avait-il pas partagé à dessein entre les autorités de concurrence les fonctions de recherches et de poursuites, comptant sur une collaboration étroite de ces autorités ? L'*Antitrust Subcommittee of the House Committee on the Judiciary*<sup>1390</sup>, explique l'absence de coopération entre la FTC et le DOJ par la perte de contrôle *in fine* de la commission sur son *case*. En effet, dans le cas où l'*Attorney General* obtiendrait une injonction temporaire de la cour, celle-ci serait alors requise à « *proceed, as soon as may be, to hearing and determination of the case* », vidant le litige de son objet devant le tribunal administratif de la FTC<sup>1391</sup>.

La recevabilité d'une *preliminary injunction*<sup>1392</sup> déposée par la FTC fut reconnue pour la première fois dans l'arrêt *FTC v. Dean Foods Co.*<sup>1393</sup>. Ce pouvoir de restauration (*remedial power*)<sup>1394</sup> était accordé à la FTC à la condition que la cour d'appel trouve « *that an effective remedial order, once the merger was implemented, would otherwise be virtually impossible* »<sup>1395</sup>. En d'autres termes, pour des raisons tenant à une bonne administration de la jus-

---

*RaP. No. 1889, 84th Cong., 2d Sess. 10 (1956)*. Les cours d'appel rejetaient systématiquement les demandes de *d'injunctions*. Voir, *FTC v. International Paper Co.*, 241 F.2d 372 (2d Cir. 1956).

<sup>1389</sup> Section 15 Clayton Act pour le DOJ, Section 16 pour les parties privées.

<sup>1390</sup> H.R. Rap. No. 1889, 84th Cong., 2d Sess. 10 (1956). Cf. J. BURNS, *A Study of the Antitrust Laws*, 1958. disponible en ligne, <https://books.google.com>.

<sup>1391</sup> *Idem*.

<sup>1392</sup> Le dictionnaire de référence *Blacks Law* définit l'occurrence « *injunction* » comme « *An injunction granted at the institution of a suit, to restrain the defendant from doing or continuing some act, the right to which is in dispute, and which may either be discharged or made perpetual, according to the result of the controversy, as soon as the rights of the parties are determined. Darlington Oil Co. v. Pee Dee Oil Co., 62 S.C. 196, 40 S.E. 169: Appeal of Mammoth Vein Consol. Coal Co., 54 Pa. 188.* ». p. 923.

<sup>1393</sup> Les faits de l'affaire de *Dean Food* sont assez classiques. Informée du projet de fusion absorption des deux plus grands distributeurs de lait conditionné de la région de Chicago, *Dean Foods Co.* et *Bowman Dairy Co.*, la FTC avait alerté informellement les deux entreprises de l'illégalité probable de leur concentration. Ces dernières passèrent outre et conclurent leur accord. La FTC introduit une *formal complaint* fondée sur la violation des Sections 7 du Clayton Act et 5 du FTC Act. Le contrat passé entre *Dean Food* et *Bowman Dairy* prévoyait que *Dean Foods* reprendrait les routes et l'usine de transformation de *Bowman* et que ce dernier distribuerait le reste de ses actifs à ses actionnaires. Le résultat de l'opération menait à une absorption complète de *Bowman* conduisant à sa disparition. Dès lors, selon la FTC aucune cession ne pouvait rétablir l'état de la concurrence dans son *status quo ante* si son illégalité était constatée. La Cour suprême jugea que si *Dean Foods* procédait à l'acquisition des immobilisations corporelles et incorporelles de *Bowman* et qu'étaient partagées les valeurs mobilières et les encaisses de cette dernière, la FTC ne serait pas en mesure de rendre une décision efficace, privant d'objet un éventuel recours devant la cour d'appel. Voir, *FTC v. Dean Food Co.*, 384 U.S.597 (1966). Les pouvoirs de la cour pour ordonner des mesures conservatoires reposent sur le *All Writs Act* qui autorise le juge à ordonner toutes les mesures nécessaires pour préserver l'effectivité d'un recours. Cf. W.T. KERR, *Divestiture of Illegally Held Assets: Observations on its Scope, Objective and Limitations Michigan Law Review*, Vol. 64, No. 8, June 1966, pp. 1574–1599; W.C. SCOTT Jr., *Preliminary Injunctions for the FTC in Merger Cases*, *Cornell Law Review*, Vol. 52, No. 3, 1967, p. 464.

<sup>1394</sup> La traduction littérale du terme *remedy* éclaire partiellement son objet (il est un remède, donc dans son sens courant un moyen de « guérison » ou de préservation) en droit il est le résultat du recours, la fin vers laquelle le litige est dirigé. Il peut cependant correspondre à une réparation pécuniaire (*legal remedy*) ou à l'exécution d'une obligation en nature (*equitable remedy*). *The Oxford Companion to American Law*, p. 703.

<sup>1395</sup> William C. Scott, relevait qu'en l'espèce l'appel sanctuarisé par la Cour suprême ne semble pas être ceux des parties défenderesse, mais bien celui de la FTC, qui n'a pas qualité pour interjeter appel de sa propre

tice, la Cour suprême avait pour la première fois une interprétation extensive des pouvoirs de la FTC<sup>1396</sup>. La condition imposée par la Cour soulevait toutefois de nombreuses questions notamment du point de vue du standard à adopter par les cours d'appel pour évaluer l'impraticabilité d'une cession, qui sous-tendait un examen complet des circonstances de droit et de faits de l'opération par la cour d'appel<sup>1397</sup>. La FTC devait apporter la preuve qu'aucun acte ou action ne pourraient compenser l'atteinte à la concurrence provoquée par la concentration et qu'une atteinte à l'intérêt public résulterait de la non-suspension *pendente lite*<sup>1398</sup>.

En 1973, le Congrès intervint pour inscrire dans la loi ce nouveau pouvoir acquis par la FTC<sup>1399</sup>. Seules trois *preliminary injunctions* ont été recherchés de 1966 à 1973<sup>1400</sup>. La modification de la Section 13 (b) du Clayton Act, spécifiait les conditions sous lesquelles la *district court* devait faire droit à la demande de la commission, écartant ceux requis traditionnellement en *equity*, c'est-à-dire à titre liminaire, la triple preuve d'un dommage irréparable, d'un jugement au fond favorable et d'une *balance of equities* en faveur de la mesure (celle-ci correspondant à une évaluation de la proportionnalité du remède au regard des intérêts en

---

décision *i.e.* le *cease and desist order*. Cf. W.C. SCOTT Jr., Preliminary Injunctions for the FTC in Merger Cases, *Cornell Law Review*, Vol. 52, No. 3, 1967, p. 466.

<sup>1396</sup> La FTC était recevable à demander une *preliminary injunctions* devant les *district courts*, dans les matières visant la protection et la sécurité du consommateur. Wheeler-Lea Act, modifiant Clayton Act (Wheeler-Lea Act: Pub. No. 447, 75th Cong., 3d Sess. March 21, 1938)

<sup>1397</sup> J.T. HALVERSON, The Federal Trade Commission's Injunctive Powers Under the Alaska Pipeline Amendments : An Analysis, *Northwestern University Law Review*, Vol. 69, p. 872, 877 (1975).

<sup>1398</sup> J.H. COHEN, The FTC's Power to Seek Preliminary Injunctions in Anti-Merger Cases, *Michigan Law Review*, Vol. 66, 1967, p. 142.

<sup>1399</sup> The Trans-Alaska Pipeline Act Amendments, Titre IV, § 408, Pub. L. No. 93-153, 87 Stat. 576 (1973)).

Modifiant la Section 13(b) du Clayton Act qui dispose :

(b) Whenever the Commission has reason to believe- (1) that any person, partnership, or corporation is violating, or is about to violate, any provision of law enforced by the Federal Trade Commission, and (2) that the enjoining thereof pending the issuance of a complaint by the Commission and until such complaint is dismissed by the Commission or set aside by the court on review, or until the order of the Commission made thereon has become final, would be in the interest of the public-the Commission by any of its attorneys designated by it for such purpose may bring suit in a district court of the United States to enjoin any such act or practice. Upon a proper showing that, weighing the equities and considering the Commission's likelihood of ultimate success, such action would be in the public interest, and after notice to the defendant, a temporary restraining order or a preliminary injunction may be granted without bond: Provided , however, That if a complaint is not filed within such period (not exceeding 20 days) as may be specified by the court after issuance of the temporary restraining order or preliminary injunction, the order or injunction shall be dissolved by the court and be of no further force and effect: Provided further, That in proper cases the Commission may seek, and after proper proof, the court may issue, a permanent injunction. Any such suit shall be brought in the district in which such person, partnership, or corporation resides or transacts business.

<sup>1400</sup> En incluant, l'arrêt *Dean Food*, deux *injunctions* furent accordées, *FTC v. O.K.C. Corp.*, [1970] Trade Cas. 73,288 (5th Cir. 1970) et un fut rejetée, *FTC v. Pepsi Co.*, 477 F.2d 24 (2d Cir. 1973). p. 7.

cause)<sup>1401</sup>. Agissant dans l'intérêt public, les standards de preuves étaient bien deçà de ceux auxquels faisaient face le DOJ ou les personnes privées.

Les cours étaient donc autorisées à prononcer des injonctions sans que la commission ait établi la probabilité d'un succès au fond et une *balance of equities* défavorable tant que l'intérêt public était poursuivi. Le dernier apanage du DOJ disparaissait par la loi de 1973, emportant l'équilibre des forces à l'avantage de la FTC.

## §2. Les nécessités d'un régime administratif de contrôle : le contentieux *El Paso*

Malgré un mandat explicite, le DOJ et la FTC étaient placés dans l'impossibilité de saisir efficacement les concentrations avant leurs complétions<sup>1402</sup>. Réduits depuis 1914 à poursuivre *ex post* les opérations parfois des années après leur consommation, les autorités de concurrence pouvaient soit recourir à l'application de remèdes structurels (*structural reliefs*), soit à des remèdes comportementaux (*behavioural reliefs*)<sup>1403</sup>. Intervenant couramment à un stade avancé<sup>1404</sup> les remèdes structurels, qui consistent principalement en des cessions ou rétroces-

---

<sup>1401</sup> M.C. KELLEY, Preliminary Injunctions in FTC Merger Cases - A Proposal for Expanded Use of Preliminary Structural Decrees, *University of San Francisco Law Review.*, Vol.14, (1979), p.10.

<sup>1402</sup> Le professeur Rowe résuma le contexte d'action des agences par ces mots « *Antitrust's big case is doomed to tragic cycle: by the time the barbecue is fit for carving, the pig is gone* ». Voir, F.M. ROWE, The Decline of Antitrust and the Delusions of Models: The Faustian Pact of Law and Economics, *Georgetown Law Journal*, Vol. 72, N° 5, 1984, p. 1537 ; W. ADAMS, Dissolution, Divorcement, Divestiture : The Pyrrhic Victories of Antitrust, *Indiana law Journal*, Vol. 27, N° 1, Fall 1951, p.1.

<sup>1403</sup> Les remèdes comportementaux se résument en des obligations de faire ou de ne pas faire.

<sup>1404</sup> Des études *ex post* démontrèrent que les démantèlements de la Standard Oil et d'American Tobacco en 1911 furent vains. Ces deux arrêts de la Cour suprême avaient déjà provoqué, comme nous l'avons vu *supra* le vote du *Clayton Act* en 1914 et la création de la Federal Trade Commission la même année. Cf. *Standard Oil Co. of NJ. v. United States*. 221 U.S. 1.4 (1911) ; *United States v. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106 (1911). Durant la première moitié du XXe siècle, les cours étaient hésitantes à prononcer de tels remèdes, en raison de la difficulté à saisir la complexité des données économiques attachées à l'antitrust, par manque de formation et d'expérience dans ces domaines. L'organisation en *hearings* du procès accusatoire n'était de plus, pas une forme adéquate pour analyser les sommes de données récoltées par les autorités de concurrence. M.C. O'CONNOR, Comments, Divestiture in Light of the El Paso Experience, *Texas Law Review*, Vol. 48, p. 703.

sions d'actifs appartenant aux parties<sup>1405</sup>, ne permettaient pas de revenir au *statu quo ante* de la concurrence<sup>1406</sup>.

La loi Clayton autorise la FTC dans sa Section 11 à requérir des « *divestitures* » en cas de détention illégale of « *the stock, or other share capital, or asset* »<sup>1407</sup> par des sociétés. Le DOJ possède quant à lui un pouvoir global en vertu de la Section 15 du Clayton Act « *the several district courts of the United States are invested with jurisdiction to prevent and restrain violations of [this Act], and it shall be the duty of the several United States attorneys, in their respective districts, under the direction of the Attorney General, to institute proceedings in equity to prevent and restrain such violations* »<sup>1408</sup>. Les remèdes structurels relèvent des pouvoirs d'*equity* des cours et sont donc disponibles aux demandes des *United States Attorney*. L'arrêt *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*,<sup>1409</sup> de 1961 avait semblé hisser les cessions, malgré leur brutalité endogène<sup>1410</sup>, au rang de remède privilégié pour traiter les effets des concentrations réputées illégales<sup>1411</sup>. Dans cette affaire, General Motors était poursuivi pour violation de la Section 7 du Clayton Act après avoir acquis soixante-trois millions d'actions. Sai-

---

<sup>1405</sup> S. FRAIDIN, Dissolution and Reconstitution : A Structural Remedy, and Alternatives, *Georges Washington Law Review*, Vol. 33, p. 899, 901 (1965);

<sup>1406</sup> Au cours de litiges *ex post*, les actifs, la technologie, les systèmes de commercialisation et les marques de l'entreprise acquise sont remplacés, transférés, vendus ou combinés avec ceux de l'entreprise acquérante. De même, son personnel et sa direction sont souvent déplacés, recyclés ou simplement licenciés. De cette manière, les entreprises acquérantes et acquises sont fondues l'une en l'autre de manière irréversible. L'identité indépendante de l'entreprise acquise disparaît. Cf. M.C. O'CONNOR, Comments, Divestiture in Light of the El Paso Experience, *Texas Law Review*, Vol. 48, p. 703.

<sup>1407</sup> Section 11 du Clayton Act, modifié par la Celler Kefauver Act de 1950, rendant la Section 7 applicable aux acquisitions d'actifs en plus des acquisitions d'actions, effaçant comme le souligne Thomas B. Leary « *la distinction artificielle* » qui avait été dégagée entre elles. T. B. LEARY, *The Essential Stability of Merger Policy in the United States*, (17 Janvier 2002), [disponible en ligne, <https://www.ftc.gov/public-statements/2002/01/essential-stability-merger-policy-united-states>, le 20/05/2020].

<sup>1408</sup> 15 U.S.C. §4 (2020).

<sup>1409</sup> 366 U.S. 316, 331(1961).

<sup>1410</sup> Les aménagements de nature structurelle ont des conséquences économiques et sociaux certains. Ils peuvent en entraîner par exemple la délocalisation des employés et causer des pertes économiques et financières substantielles aux entreprises et à leurs actionnaires. Kenneth G. Elzinga a publié une étude analysant un échantillon de 39 affaires introduites entre 1950 et 1960, et résolues jusqu'en 1964. La durée moyenne de mise en œuvre des remèdes structurels était de 5 ans et demi après la concentration. Cf. K.G. ELZINGA, *The Antimerger Law: Pyrrhic Victories?*, *Journal of Law and Economics*, Vol. 12, (1969) p.43-79 ; .C. O'CONNOR, Comments, Divestiture in Light of the El Paso Experience, *Texas Law Review*, Vol. 48, p. 793-794.

Une étude postérieure conclut « *the results of compliance with Section 7 divestitures orders have been ineffective to achieve the goals of Section 7* ». Selon les auteurs, dans la plupart des cas, la société acquise illégalement ne pouvait être (ou du moins ne l'était pas) rétablie en tant que concurrent « *indépendant* » et « *viable* »; ses actifs étaient généralement conservés par la société acquérante ou vendus, la mise en œuvre de poursuites à sembler créer des problèmes de concurrence supplémentaires. Même dans les cas de cessions apparemment réussies, « *orary disappearance of competitive factors may be considerable* ». Cf. M.R. PFUNDER, D.J. PLAINE, M.G. WHITTEMORE, Compliance with Divestiture Orders under Section 7 of the Clayton Act: An Analysis of the Relief Obtained, *Antitrust Bull.* Vol. 17, 1972, p.19, 38 et s.

<sup>1411</sup> C. O'CONNOR, Comments, Divestiture in Light of the El Paso Experience, *Texas Law Review*, Vol. 48, p. 785.

sie en appel, la Cour suprême cassa le jugement de la District Court et le renvoya pour qu'il prononce « *equitable relief necessary and appropriate in the public interest* »<sup>1412</sup>. Les juges du 1<sup>er</sup> ressort décidèrent de rejeter à nouveau les demandes de cession d'actions de l'Attorney General, et ordonnèrent uniquement le transfert des droits de vote pour limiter les implications fiscales qu'une telle opération entraînerait pour l'entreprise<sup>1413</sup>. En appel la Cour suprême, rejeta le plan de Du Pont qui proposait la suppression de l'ensemble de ses prérogatives d'actionnaires sur les actions de General Motors, déclarant que « *the public is entitled to the surer, cleaner remedy of complete divestiture* »<sup>1414</sup>.

Si les cessions constituaient dans les années 1960 selon Justice Brennan « (. . . ) *the most important of antitrust remedies. It's simple, relatively easy to administer, and sure* »<sup>1415</sup>, William T. Kerr ajoute que cela n'était vrai que lorsque des actions étaient en jeu, les séparations d'actifs indûment acquis et intégrés depuis longtemps emportaient des « *myriades de problèmes complexes* »<sup>1416</sup>. La très longue durée des recours contre les entreprises, cinq années et demie avant d'obtenir un jugement définitif<sup>1417</sup>, les échecs de l'autorité publique à obtenir des *divestitures* significatives bien que victorieux au fonds<sup>1418</sup> concouraient à une réputation d'inefficacité du système. Le DOJ et la FTC étaient soumis aux mêmes difficultés de temps, et les « *histoires d'horreur* » abondaient<sup>1419</sup>.

---

1412 United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co., 366 U.S. 316, 318-19 (1961).

1413 United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co., 366 U.S. 316, 320-321(1961). À comparer avec United States v. Continental Can Co., 378 U.S. 441,452-53 (1964), où la Cour suprême censure le critère dégagé par la *District Court*, que la *divestiture* ne peut intervenir que sur la preuve d'une probabilité suffisamment importante (*reasonable probability*) de réduction de la concurrence sur les lignes de commerce.

1414 United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co., 366 U.S. 316, 317 (1961).

1415 Idem.

1416 Traduction personnelle (« *myriads of complex problems* »). Cf, W.T. KERR, *Divestiture of Illegally held assets: Observations on its Scope, Objective, and Limitations*, *Michigan Law Review*, Vol. 64, 1966, p. 1574.

1417 K.G. ELZINGA, *The Antimerger Law: Pyrrhic Victories?*, *Journal of Law and Economics*, Vol. 12, (1969) p.43-79. Rand Dixon, soutient que les procédures pouvaient être beaucoup plus longues. Voir, *Hearings before the Subcommittee on the Judiciary House of Representatives, Ninety-third Congress, Second Session on H.R. 1258 and H.R. 12921, Antitrust Parens Patriae Amendment, March 18 and 25, 1974, Serial No. 43*, reproduit in, *Legislative History of the Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976 P.L. 94-435: 90 Stat. 1383: September 30, 1976 (1976)*, Bluebook, 20<sup>th</sup> ed, p. 7.

1418 Selon ELZINGA, sur les trente-neuf litiges remportés par le DOJ, il obtenu seulement six *divestitures*. Cf. K.G. ELZINGA, *The Antimerger Law: Pyrrhic Victories?*, *Journal of Law and Economics*, Vol. 12, (1969) p.43.

1419 Selon l'expression de Thomas E. Kauper, ancien Assistant Attorney General au Department of Justice (1972-1976) auditionné au cours des *Hearings before the Subcommittee on the Judiciary House of Representatives, Ninety-third Congress, Second Session on H.R. 1258 and H.R. 12921, Antitrust Parens Patriae Amendment, March 18 and 25, 1974, Serial No. 43*, reproduit in, *Legislative History of the Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976 P.L. 94-435: 90 Stat. 1383: September 30, 1976 (1976)*, Bluebook, 20<sup>th</sup> ed, p. 43.

En 1968, la FTC poursuivit la société *Papercraft Corp* afin d'obtenir la cession de CPS Industries, acquise un an auparavant. La FTC obtint un *order of divestiture* de la cour en 1971. Durant quatre années, la FTC ne parvint pas à faire appliquer l'ordonnance de cession. CPS permit à *Papercraft Corp* de réaliser plus de 11 millions de dollars de profits au cours de ce laps de temps qui finit par céder au double de son prix d'acquisition<sup>1420</sup>. Les *hearings* préparatoires à la loi *Hart Scott Rodino*, révèle un des litiges les plus importants de la FTC. La société *Procter & Gamble* (P&G ci-après) avait acquis en 1957 pour une somme de 20 millions de dollars le fabricant *leader* spécialisé dans l'eau de javel *Clorox Chemical Company*. La FTC poursuivit la concentration le 8 mai 1959<sup>1421</sup>, la Cour suprême jugea la concentration illégale au regard des termes de la Section 7 du Clayton Act par un arrêt du 13 février 1967<sup>1422</sup>. Selon Rand Dixon, l'exploitation de Clorox au cours du contentieux permit à P&G de dégager un bénéfice de soixante millions de dollars. La vente de Clorox par scission-distribution (*spin off*)<sup>1423</sup> rapporta entre 300 millions et 400 millions de dollars<sup>1424</sup> à la société mère.

Enfin, le litige paradigmatique qui agréa toutes les difficultés des combats judiciaires pour obtenir une restauration de l'état de la concurrence après une concentration révélée illégale est l'arrêt *United States v. El Paso Natural Gas Co*<sup>1425</sup>. En juillet 1957 le *Department of Justice* intenta une action antitrust fondée sur la Section 7 du *Clayton Act* auprès de l'*Utah District Court* contre *El Paso Natural Gas Company* (*El Paso* ci-après) une société engagée dans le transport de gaz naturel vers des distributeurs en Californie, et la société *Pacific Northwest Pipeline Corp* (PNW ci-après). *El Paso* avait acquis son concurrent, une société de gazoduc qui avait tenté de pénétrer le marché californien, possédant à cette époque déjà une ligne d'approvisionnement allant du Nouveau-Mexique au nord-ouest du Pacifique. PNW voulait vendre ses excédents à des clients californiens, où *El Paso* était le seul fournisseur. Le

---

<sup>1420</sup> Hearings, *op.cit.*, p.5

<sup>1421</sup> La décision complète de la FTC est disponible en ligne à l'adresse suivante : [https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/commission\\_decision\\_volumes/volume-63/ftcd-vol63july-december1963pages1507-1611.pdf](https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/commission_decision_volumes/volume-63/ftcd-vol63july-december1963pages1507-1611.pdf).

<sup>1422</sup> Fed. Trade Comm'n v. Procter & Gamble Co., 386 U.S. 568, 568 (1967). Un document audio du procès devant la Cour suprême est disponible en ligne : <https://www.oyez.org/cases/1966/342>.

<sup>1423</sup> OECD, Economics Glossary English-French: Anglais-Français, OECD Publishing, 2006, p.463.

<sup>1424</sup> Hearings before the Subcommittee on the Judiciary House of Representatives, *Ninety-third Congress*, Second Session on H.R. 1258 and H.R. 12921, Antitrust Parens Patriae Amendment, March 18 and 25, 1974, Serial No. 43, reproduit in, Legislative History of the Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976 P.L. 94-435: 90 Stat. 1383: September 30, 1976 (1976), Bluebook, 20<sup>th</sup> ed, p. 43.

<sup>1425</sup> 376 U.S. 651 (1964). Voir, l'éditorial du Wall Street Journal « Antitrust Gone Mad »



DOJ avait cherché à obtenir une *preliminary injunction* en septembre 1957 pour empêcher le transfert des actifs de PNW vers El Paso tandis que cette dernière recherchait auprès de la *Federal Power Commission* l'autorisation de fusionner<sup>1426</sup>. La demande d'*injunction* fut rejetée par la district court<sup>1427</sup>. Sept ans après le premier litige, en 1964, en appel, dans *United States v. El Paso Natural Gas Co.*<sup>1428</sup> la Cour suprême ordonna la cession « *without delay* »<sup>1429</sup> de PNW. Renvoyés devant la district court, le DOJ et El Paso s'accordèrent en 1965 sur un plan de cession, plan dont firent appel trois entreprises tierces à l'affaire à qui l'on avait refusé l'intervention pendant l'élaboration du plan. La Cour suprême cassa le plan de *divestiture* et donna droit aux trois appelants, qui auraient dû, selon la Cour, être entendus par la district court, arguant que « *that intervention should have been afforded to all persons who might be adversely affected by the disposition of the acquired property* »<sup>1430</sup>.

Au cours des audiences appelées *Divestitures 2*, qui débutèrent en 1967, intervinrent vingt-neuf nouvelles parties, dont la plupart étaient originaires de l'ouest des États-Unis et étaient tous clients d'El Paso. Dix candidats se portèrent acquéreurs de la nouvelle société. Pour être qualifiés, ils devaient présenter leurs aptitudes respectives, une proposition de plan de cession, détailler la manière dont ils exploiteraient la nouvelle société et particulièrement la manière dont ils comptaient rétablir la concurrence sur les marchés concernés<sup>1431</sup>. Les sessions de *Divestitures II* durèrent plus d'un an, générant 11 000 pages de témoignages. La district court sélectionna un seul acheteur, la *Colorado Interstate Company* (CIG ci-après). Bien que cette entreprise fut expérimentée et bien capitalisée, ce choix soulevait de nouvelles difficultés du point de vue de la concurrence. Le jugement fut de nouveau attaqué devant la Cour suprême qui annula le plan de cession<sup>1432</sup>.

En 1970 de nouvelles audiences furent organisées devant la *district court* de l'Utah, réunissant les mêmes parties. Seules sept sociétés se portèrent cependant cette fois-ci candidates

---

<sup>1426</sup> Au cours d'une procédure parallèle le 7 août 1957, les deux entreprises avaient demandé l'approbation de la fusion de leurs actifs auprès de l'autorité de la *Federal Power Commission* (FPC ci-après), la District Court décida de sursoir à statuer jusqu'à ce que l'autorité de régulation se prononce. En 1959, la FPC accorda son approbation à la concentration. La Cour suprême sur appel de l'État de Californie jugea que la FPC ne pouvait autoriser une concentration tant que la procédure en violation de la Section 7 du Clayton Act était en cours. Cf. *United states in California v. FPC*, 369 U.S. 482 (1962) ; Hearings HSR II, p.63 ;

<sup>1427</sup> El Paso merger Legislation, p.114.

<sup>1428</sup> *United States v. El Paso Nat. Gas Co.*, 376 U.S. 651 (1964).

<sup>1429</sup> *Idem*.

<sup>1430</sup> *Cascade Nat. Gas Corp. v. El Paso Nat. Gas Co.*, 386 U.S. 129, 129, 130 (1967).

<sup>1431</sup> Hearings HSR, p. 63.

<sup>1432</sup> *Utah Pub. Serv. Comm'n v. El Paso Nat. Gas Co.*, 395 U.S. 464,464 (1969).

à l'achat de PNW. Les juges réexaminèrent l'offre au regard des nouvelles circonstances économiques et face à l'état de la concurrence du marché du gaz. Il fut interjeté appel du nouveau plan de cession devant la Cour suprême en 1973 qui cette fois débouta les parties et confirma le jugement de la district court qui devint définitif, dix-sept années après avoir requis une cession « *without delay* »<sup>1433</sup>.

**Conclusion.** Il est difficile de conclure que le dualisme institutionnel américain est un système impensé. La création de la FTC concomitante au vote du Clayton Act en 1914 pour la mettre en œuvre et élaborer une doctrine qui éclairerait la concurrence et veillerait sur la nature évolutive des marchés. La compétence partagée avec le *Department of justice* et les parties privées indique que le Congrès américain a souhaité établir un équilibre dans les pouvoirs et une forte concurrence institutionnelle entre les autorités responsables, le défaut de notification obligatoire dans la loi Clayton ayant sans doute déterminant dans ce bicéphalisme. Les origines de la FTC montrent que la commission a été créée comme une véritable autorité administrative indépendante, pourvue de pouvoirs d'enquête et de poursuite et d'un tribunal interne. Elle ne put s'abstraire des forces conservatrices rétives à la création d'un pouvoir administratif entier, rendant inefficace son action. Ses décisions n'étant pas dotées de force exécutoire, elles ne se réalisaient pas dans les faits. Le contrôle des concentrations contenu dans la loi Clayton était donc privé d'effectivité jusqu'au vote du HSR Act de 1976 créant le contrôle *ex ante*.

---

<sup>1433</sup> California-Pacific Utilities Co., United States 28 U.S.C. 1973.

## Chapitre 3. L'émergence du système moniste européen

Le 9 mai 1950, dans le salon de l'Horloge du Quai d'Orsay, Robert Schuman lançait le processus d'intégration des pays d'Europe occidentale, prophétisant que « *L'Europe ne se fera pas d'un coup ni dans une construction d'ensemble : elle se fera par des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait* »<sup>1434</sup>. Il ajoutait que « *la mise en commun des productions de charbon et d'acier assurerait immédiatement l'établissement de bases communes de développement économique, première étape de la Fédération européenne (...)* »<sup>1435</sup>.

La Belgique, la France, l'Allemagne, l'Italie, le Luxembourg et les Pays-Bas acceptèrent ce principe de mise en commun au sein d'une organisation ouverte supranationale<sup>1436</sup>. Le 18 avril 1951, les Six signèrent le traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA), dont la mission était de créer dans ce secteur un marché commun « *sans entraves aux échanges* » et « *sans distorsion de concurrence* »<sup>1437</sup>.

En revenant sur les étapes de la création de l'Europe communautaire, il convient d'identifier les influences juridiques et politiques qui ont structuré d'une part, la Commission européenne en tant qu'autorité administrative cumulant au regard des pays de tradition de *common law* les pouvoirs d'enquête et de poursuite dans le domaine de la concurrence (Section 2) et d'autre part, l'émergence d'une politique de concurrence européenne visant les phénomènes concentratifs (Section 1).

---

<sup>1434</sup> Robert Schuman fut le ministre français des Affaires étrangères 1948 à 1952. La déclaration de Robert Schuman du 9 mai 1950, [https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declaration\\_fr](https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declaration_fr)

<sup>1435</sup> *Idem.*

<sup>1436</sup> Le Royaume-Uni refusa de se soumettre à une autorité supranationale et ne participa à ce stade à la création de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA).

<sup>1437</sup> La déclaration Robert Schuman du 9 mai 1950, [https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declaration\\_fr](https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declaration_fr)

## *Section 1. Les influences nationales sur la politique européenne de concurrence en matière de concentrations*

Constituant l'unique source énergétique des États d'Europe de l'Ouest et essentiel au fonctionnement des usines et à la reconstruction des infrastructures d'après-guerre<sup>1438</sup>, le charbon a représenté à la libération un enjeu politique et économique majeur. La France en particulier, avait dressé l'accès aux ressources charbonnières de l'Allemagne en un objectif crucial pour répondre aux engagements stratégiques industriels inscrits dans la planification économique du Commissaire au plan Jean Monnet<sup>1439</sup>. Lors de sa déclaration du 9 mai 1950, Robert Schuman entendait former un marché commun du charbon et de l'acier, mais aussi plus singulièrement imposer la mise en place de règles de concurrence, « *À l'opposé d'un cartel international tendant à la répartition et à l'exploitation des marchés nationaux par des pratiques restrictives et le maintien de profits élevés, l'organisation projetée assurera la fusion des marchés et l'expansion de la production* »<sup>1440</sup>.

Malgré une opposition ferme d'une partie des acteurs privés industriels français, italiens, belges et, dans une certaine mesure, allemands, à l'inclusion de dispositions relatives à un contrôle de la concurrence<sup>1441</sup> un accord put être trouvé par les Six et les Parlements nationaux autorisèrent la ratification du Traité de Paris à de larges majorités<sup>1442</sup>. Quant à l'origine des raisons de ces insertions, la recherche historique s'accorde sur une implication indubitable des États-Unis, des discussions subsistent toutefois sur le degré d'influence<sup>1443</sup>.

---

<sup>1438</sup> R. PERRON, *Le marché du charbon, un enjeu entre l'Europe et les États-Unis de 1945 et 1958*, *Publication de la Sorbonne*, 1996, p.61 et s.

<sup>1439</sup> I.G. EUCKEN, 1948a, p. 43 cité in, R. R. FÈVRE, *L'ordolibéralisme (1932-1950) : une économie politique du pouvoir*, Thèse, Université de Lausanne, 2017, p. 293 disponible en ligne : <http://serval.unil.ch>.

<sup>1440</sup> Robert Schuman fut le ministre français des Affaires étrangères de 1948 à 1952. La déclaration de Robert Schuman du 9 mai 1950, [https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declaration\\_fr](https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declaration_fr)

<sup>1441</sup> Les industriels souhaitaient maintenir leurs associations d'avant-guerre sans intervention publique dans l'organisation de leur production. Cf. É. BUSSIERE, F. BERGER, *La France, la Belgique, l'Allemagne et les cartels de l'Entre-deux-guerres. Une méthode pour l'organisation économique de l'Europe*, publié originellement in, *Ces chers voisins ». L'Allemagne, la Belgique et la France en Europe du XIXe au XXIe siècle*, 2010, p 222-242. Article disponible en ligne : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00179077>.

<sup>1442</sup> F. LAURSEN, *Designing the European Union: From Paris to Lisbon*, Palgrave Mcmillan, 2012, p.97.

<sup>1443</sup> Les auteurs varient sur l'importance des États-Unis dans l'incorporation. Voir, B. LEUCHT, K. SEIDEL, *Du Traité de Paris au règlement 17/1962 : ruptures et continuités dans la politique européenne de concurrence, 1950-1962*, in, *Histoire économie et société*, Armand Colin, 2008, p.44. Ces autrices soutiennent la thèse d'une influence directe du gouvernement américain sur le contenu du Traité de Paris, via l'intervention de plu-

Il s'agira d'exposer comment la doctrine politique américaine en matière de concurrence a été réceptionnée au sein du droit allemand (§1.) pour s'intégrer par capillarité à la construction européenne (§2).

### *§1. L'influence américaine dans l'intégration de dispositions antitrust au sein du droit allemand*

La politique européenne de concurrence s'est bâtie sur un courant économique doctrinal allemand, l'ordo libéralisme (A), qui s'est trouvée être le relai intellectuel du droit antitrust américain (B).

#### **A. Les ferments d'une politique européenne de concurrence dans la pensée ordo libérale allemande**

Jusqu'à la Première Guerre mondiale, la politique allemande considérait les marchés organisés en cartels comme participant au bon développement de l'économie et à la protection de la société contre les dommages associés à la concurrence sauvage et à la guerre des prix. Du point de vue des États continentaux, l'organisation du marché des industries lourdes par des forces privées était observée positivement, soutenant leurs initiatives, notamment en matière de quotas de productions<sup>1444</sup>.

L'angle des perceptions changea toutefois durant la période d'hyperinflation de 1923<sup>1445</sup> lorsque les pratiques des cartels se répercutèrent sur les distributeurs et les consom-

---

sieurs acteurs politiques allemands tels que Heinrich Kronstein, professeur de droit à l'Université de Georgetown et membre de la délégation ouest-allemande à la Conférence Schuman. Cette influence se serait poursuivie grâce à certains de ses anciens élèves assistants lors de la création de la DG IV ; dans le même sens V. R. BERGHAN, *Americanization of West German Industry, 1945-73*, Berg Publisher, 1986, p. 134 ; M. CINI, L. MCGOWAN, *Competition Policy in the European Union*, Macmillan Publishers Limited, 1998, p.17. Voir, de même GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford Scholarship Online, 2010 (1<sup>ère</sup> ed. 2001), p. 337-338.

<sup>1444</sup> Dans les années 1920, la Belgique, le Luxembourg, l'Allemagne et la France ont tenté de former « l'Europe des producteurs » qui devaient s'inspirer du cartel international de l'Entente internationale de l'acier (EIA). Cf. É. BUISSIÈRE, *op. cit.*; Des débats sur les cartels internationaux avaient lieu à la Société des Nations. D. BARJOT, *Penser et construire l'Europe. L'idée et la construction européenne de Versailles à Maastricht (1919-1992)*, Hachette, Coll. SEDES, 2007, p. 61 et s.

<sup>1445</sup> Voir, C-L HOLTFRERICH, *L'inflation en Allemagne, 1914-1923 : causes et conséquences au regard du contexte international*, Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 2008 ; J-C ASSELAIN,

mateurs. Leur existence fut remise en question par une ordonnance du Chancelier Gustav Stresemann qui comptait lutter contre « *les abus de positions économiques* » et soumettre les accords de cartels à une tutelle étatique<sup>1446</sup>. Lorsque le parti national-socialiste accéda au pouvoir, il rendit ce type d'organisations interentreprises obligatoires pour mieux contrôler l'économie allemande. Un courant économique et politique émergea alors sous le nom de « l'École de fribourg », avec les travaux d'un économiste, Walter Eucken et deux juristes, Franz Böhm et Hanns Grossmann-Doerth<sup>1447</sup>. Ces intellectuels groupés sous le nom d'« ordo libéraux »<sup>1448</sup> constataient la désintégration de la république de Weimar et attribuaient cette déliquescence à la faiblesse de l'État, incapable de s'opposer aux forces économiques privées.

En effet, appliquant une approche pluridisciplinaire, les ordo libéraux s'appuyaient sur l'État pour fixer un cadre à l'activité économique. La concurrence était envisagée en une multitude d'unités productives, chacune correspondant plus ou moins à un ménage privé - ce qui les rapproche des caractéristiques néoclassiques, mais contrairement à ces derniers, les auteurs ordo libéraux voyaient le libéralisme historique et le principe de non-intervention comme ayant menée l'émergence de grands cartels et de monopoles et donc comme le résume Raphaël Fève à une « *capture de l'intérêt général* ». Semblable au contexte économique américain du XIXe siècle, la politique du « laissez-faire » en Allemagne n'avait entraîné qu'une réduction de la concurrence<sup>1449</sup>. Ainsi, dans la doctrine ordo libérale, l'autorité publique devait « *défendre* » le capitalisme et défaire ces pouvoirs privés (*privaten Macht*)<sup>1450</sup> par les règles de concurrence.

---

P. DELFAUD, P. GUILLAUME, S. GUILLAUME, J-P. KINTZ, F-C. MOUGEL, *Précis d'histoire européenne. Du 19<sup>e</sup> à nos jours*, Armand Colin, 4<sup>e</sup> Ed., 2015.

<sup>1446</sup> R. FÈVE, *L'ordolibéralisme (1932-1950) : une économie politique du pouvoir*, Université de Lausanne, Thèse, 2017, p. 196

<sup>1447</sup> D. GERBER, Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the "New" Europe, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 42, 1994, p.28-29.

<sup>1448</sup> Sous l'appellation d'« ordo-libéraux » se retrouvent plusieurs générations de penseurs s'identifiant à des textes fondateurs. L'un de ces textes est le discours d'Alexander Rüstow sur le *starken staat* (État fort), prononcé en 1932 devant l'association allemande d'économie (*Verein für Socialpolitik*) à Leipzig. La publication de « *Ordo-manifesto* » en 1936 par Franz Böhm, Walter Eucken et Hans Grossmann-Doerth constitue la pierre angulaire de la pensée ordo-libérale allemande. Voir la retranscription en anglais : Böhm, F., Eucken, W., & Großmann-Doerth, H., *The Ordo Manifesto of 1936*, in, A. Peacock., H. Willgerodt, (sous la direction de ), *Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution*, Palgrave Macmillan, London, pp. 15-26, disponible en ligne (payant) : [https://doi.org/10.1007/978-1-349-20145-7\\_2](https://doi.org/10.1007/978-1-349-20145-7_2).

<sup>1449</sup> F. FELICE, M. VATIER, Ordo and european competition law, Working paper, JEL Code: B13, B2, K21., 2015, p.4.

<sup>1450</sup> F. BÖHM, Das Problem der privaten Macht, *Die Justiz*, 3, 1928. 324-345. [Wiederabgedruckt in: MESTMÄCKER, Ernst-Joachim (Hg.). (1960). *Reden und Schriften über die Ordnung einer freien Gesellschaft, einer freien Wirtschaft und über die Wiedergutmachung*. Karlsruhe: C. F. Müller. 25-45.].

Les ordo libéraux plaident ainsi pour une interdiction stricte des ententes (les « *Konzerns* ») qui créaient des pouvoirs menaçants pour le processus concurrentiel. Une intervention publique contre les cartels était conçue comme plus aisée que s'atteler aux monopoles endogéniques<sup>1451</sup>. Pour ce dernier cas, ils s'accordaient sur l'idée de la nécessité de cessions, à l'exception des monopoles naturels ou légaux (en cas de brevets) ou lorsque le coût bilan/avantages était économiquement défavorable au démantèlement. Les ordo-libéraux souhaitaient que ces règles s'intègrent à une « Constitution économique » qui s'imposerait au pouvoir législatif et qui serait mise en œuvre par une autorité indépendante de l'État, appliquant objectivement les règles de droit de la concurrence suivant des préceptes économiques standardisés.

Les idées ordo libérales restèrent confidentielles en Allemagne, jusqu'à l'occupation américaine d'après-guerre.

## **B. L'ordo libéralisme, relai intellectuel du droit antitrust américain**

La Seconde Guerre mondiale s'est achevée par l'occupation des forces alliées sur le territoire vaincu de l'Allemagne. Les États-Unis participèrent activement par leur présence et leur force financière à la reconstruction du pays et l'économie allemande connut un rebond grâce aux investissements américains<sup>1452</sup>. Il existait toutefois une conviction partagée au sein des gouvernements victorieux occidentaux que les cartels<sup>1453</sup> avaient joué un rôle prépondérant dans l'installation des nazis au pouvoir. Dès lors, les États-Unis devaient veiller à ce que ces grands industriels engagés dans des secteurs stratégiques ne puissent reformer leurs en-

---

<sup>1451</sup> Dans le cas des monopoles naturels, ou lorsqu'une entreprise s'est développée au point de bénéficier du pouvoir de bloquer tout concurrent ou nouvel entrant potentiel. Cf. D. *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford Scholarship Online, 2010 (1<sup>ère</sup> ed. 2001), p. 51.

<sup>1452</sup> Les États-Unis ont notablement financé par le Plan du secrétaire d'État John Marshall, à hauteur de 13 milliards de dollars 1947 à 1951 la reconstruction des États de l'Europe de l'Ouest. Cf. Comité pour l'histoire économique de la France (collectif), *Le Plan Marshall et le relèvement économique de l'Europe*, Colloque tenu à Bercy les 21,22 et 23 mars 1991, IGPDE, Coll. XIXe et XXe siècles, 1993, p. 364.

<sup>1453</sup> Le cartel est une entente organisée entre entreprises du même secteur industriel. L'entente peut être locale, nationale ou internationale. Il existait en 1939, selon Éric Bussière et Françoise Berger, 144 cartels allemands sur 188 en Europe. Cf. É. BUSSIERE, F. BERGER, *La France, la Belgique, l'Allemagne et les cartels de l'Entre-deux-guerres. Une méthode pour l'organisation économique de l'Europe*, publié originellement in, *Ces chers voisins ». L'Allemagne, la Belgique et la France en Europe du XIXe au XXIe siècles*, 2010, p 222-242. Article disponible en ligne : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00179077>.

tentes des années 1930. L'acte du 20 juin 1948<sup>1454</sup> qui organisa le retour progressif de la souveraineté de l'Allemagne, puis les conférences de Londres et de New York qui suivirent, contraignit le pays à introduire des règles de concurrence et à engager une décartellisation de son industrie<sup>1455</sup>. Pour cela, les lois antitrust américaines constituaient un modèle de choix à implanter en Allemagne, modèle que les autorités allemandes acceptèrent et il fut introduit pour la première fois dans la loi « 75 » du 10 novembre 1948 un engagement consistant en trois points fondamentaux : 1) la propriété finale des industries charbonnières et sidérurgiques était laissée au gouvernement allemand, 2) la réorganisation de l'industrie allemande devait se faire sans réintroduire les concentrations excessives d'antan et 3) que la réorganisation devait se faire avec l'approbation des autorités de contrôle américaines<sup>1456</sup>. La loi « 75 » visait de même la « déconcentration » de l'industrie allemande et donc la division des grandes entreprises, comme avaient pu le faire les États-Unis au début du XXe siècle<sup>1457</sup>. Ces transformations ont permis, sous le contrôle américain, de maintenir en Allemagne selon André Pièttre « un capitalisme dynastique et parfois familial (Krupp Haniel Stinnes, etc.) ou tout au moins oligarchique »<sup>1458</sup>.

Un rapport étroit de coopération s'était établi entre les États-Unis et les autorités allemandes, qui parrainèrent des missions de formation et « d'endoctrinement »<sup>1459</sup>. Selon Sigrid Quack and Marie-Laure Djelic une délégation allemande dirigée par Franz Böhm s'est rendue en juin 1950 aux États-Unis pendant plusieurs semaines, pour rencontrer un certain nombre de représentants d'institutions de concurrence telles que la FTC, de la division antitrust et de la

---

<sup>1454</sup> « Le 20 juin 1948 un commencement, commencement d'une évolution constitutionnelle dont nous ne voyons pas encore l'aboutissement aujourd'hui. Sous la clause expresse de se réserver l'autorité suprême quant à l'Allemagne, les trois Alliés de l'Ouest proposèrent et permirent aux États de leur zone de faire une Constitution commune et de former par là un État allemand embrassant ces trois zones ». Cf. F. A. VAN DER HEYDTE, La situation juridique de la République fédérale d'Allemagne, Politique étrangère, n°4 - 1955. p. 431, disponible en ligne : [https://www.persee.fr/doc/AsPDF/polit\\_0032-342x\\_1955\\_num\\_20\\_4\\_2572.pdf](https://www.persee.fr/doc/AsPDF/polit_0032-342x_1955_num_20_4_2572.pdf).

<sup>1455</sup> A. PIETTRE, Concentration et déconcentration en Allemagne occidentale. De l'Accord de Potsdam au plan Schuman, *Revue économique*, Vol. 2, N° 4, 1951, p. 454, disponible en ligne : [https://www.persee.fr/doc/reco\\_0035-2764\\_1951\\_num\\_2\\_4\\_406846](https://www.persee.fr/doc/reco_0035-2764_1951_num_2_4_406846).

<sup>1456</sup> A. PIETTRE, Concentration et déconcentration en Allemagne occidentale. De l'Accord de Potsdam au plan Schuman, *Revue économique*, Vol. 2, N° 4, p. 442, disponible en ligne : [https://www.persee.fr/doc/reco\\_0035-2764\\_1951\\_num\\_2\\_4\\_406846](https://www.persee.fr/doc/reco_0035-2764_1951_num_2_4_406846).

<sup>1457</sup> Pour un détail des divisions des grandes entreprises allemandes, Cf. A. PIETTRE, Concentration et déconcentration en Allemagne occidentale. De l'Accord de Potsdam au plan Schuman, *Revue économique*, Vol. 2, N° 4, p. 450, disponible en ligne : [https://www.persee.fr/doc/reco\\_0035-2764\\_1951\\_num\\_2\\_4\\_406846](https://www.persee.fr/doc/reco_0035-2764_1951_num_2_4_406846).

<sup>1458</sup> *Idem.* p. 433.

<sup>1459</sup> S. QUACK, M-L DJELIC, Adaptation, recombination and reinforcement: the story of antitrust and competition law in Germany and Europe, in, *Beyond Continuity: Institutional Change in Advanced Political Economies* (sous la direction de) W. STREECK, K.A. THELEN, Oxford University, p. 268.



Securities and Exchange Commission (SEC) <sup>1460</sup>. Des experts et des avocats antitrust et d'autres membres de la société civile furent consultés pour produire un rapport détaillé sur l'antitrust américain et certains de ses membres ont été étroitement associés à la rédaction de la loi anticartel allemande<sup>1461</sup>. Au demeurant, il était important pour les autorités américaines que l'Allemagne s'approprie ces concepts<sup>1462</sup>, l'école ordo-libérale, pensée économique minoritaire alors, a constitué le relais de conversion privilégié.

## §2. *L'intégration du contrôle a priori des concentrations au sein du dispositif concurrentiel européen*

Le contrôle *a priori* des concentrations est apparu sous une première forme en Europe dans le Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (Traité de Paris ci-après)<sup>1463</sup> (A) pour disparaître dans le Traité instituant la Communauté économique européenne (CEE ci-après)<sup>1464</sup> (B).

### A. Le contrôle *a priori* des concentrations au sein du Traité de Paris

Robert Schuman, dans sa déclaration du 9 mai 1950, annonçait :

*« Le gouvernement français propose de placer l'ensemble de la production franco-allemande de charbon et d'acier sous une Haute Autorité commune, dans une organisation ouverte à la participation des autres pays d'Europe. »*

---

<sup>1460</sup> S. QUACK, M-L DJELIC, Adaptation, recombination and reinforcement: the story of antitrust and competition law in Germany and Europe, in, *Beyond Continuity: Institutional Change in Advanced Political Economies* (sous la direction de) W. STREECK, K.A. THELEN, Oxford University, p. 268.

<sup>1461</sup> E. SCHWARTZ, Politics as Usual : The History of European Community Merger Control, *Yale Journal of International Law*, p. 629.

<sup>1462</sup> Les lois allemandes antitrust sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1958 après de nombreuses refontes et débats, sous le nom « Loi contre les Restrictions à la Concurrence » sous l'acronyme allemand « GWB ». Cf. S. QUACK, M-L DJELIC, Adaptation, recombination and reinforcement: the story of antitrust and competition law in Germany and Europe, in, *Beyond Continuity: Institutional Change in Advanced Political Economies*, (sous la direction de) W. STREECK, K.A. THELEN, Oxford University, p. 268. Pour une thèse opposée voir, D.J. Gerber, Constitutionalizing the Economy: German Neo Liberals, Competition Law and the « New » Europe, *American Journal of Comparative Law*, 1994 ; *Law and Competition in Twentieth Century Europe. Protecting Prometheus*, Oxford University Press, 1998 ; M. WISE, Droit et politique de la concurrence en Allemagne, *Revue sur le droit et la politique de la concurrence*, vol. 7, N° 2, 2005, pp. 7-79.

<sup>1463</sup> Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA), signé ) paris le 18 avril 1951, entrée en vigueur le 23 juillet 1952 et expiré le 23 juillet 2002.

<sup>1464</sup> Traité instituant la Communauté économique européenne a été signé à Rome le 25 mars 1957 et est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1958.

*La mise en commun des productions de charbon et d'acier assurera immédiatement l'établissement de bases communes de développement économique, première étape de la Fédération européenne (...).*

*À l'opposé d'un cartel international tendant à la répartition et à l'exploitation des marchés nationaux par des pratiques restrictives et le maintien de profits élevés, l'organisation projetée assurera la fusion des marchés et l'expansion de la production.»<sup>1465</sup>.*

Sous des termes quelque peu sibyllins, Schuman introduisait l'idée de la nécessité de mettre en place les règles de concurrence qui feraient plus tard partie du traité de Paris. La France entendait donc confier un secteur économique sensible et stratégique, le charbon et l'acier, à un contrôle de gestion commun. En réalité, la région de la Ruhr, bassin minier et cœur des industries lourdes allemandes était le sujet des préoccupations françaises. Située dans la zone américano-britannique, elle représentait pour Jean Monnet<sup>1466</sup> alors commissaire au plan, le futur de « *l'inéluctable relèvement allemand* »<sup>1467</sup>. Les industriels n'ont pas été concertés lors de l'élaboration du plan Schuman. Un accord ne put être trouvé sur les dispositions relatives à la politique de concurrence que par l'impulsion européenne du Chancelier Adenauer<sup>1468</sup> et par la volonté sous-jacente des États-Unis, grand argentier de cette Europe en reconstruction. En effet, selon David Gerber « *drafts of the competition provisions were re-*

---

<sup>1465</sup> Texte intégral du ministre des Affaires étrangères Robert Schuman, le 9 mai 1950, disponible en ligne : [https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/history-eu/1945-59/schuman-declaration-may-1950\\_fr](https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/history-eu/1945-59/schuman-declaration-may-1950_fr).

<sup>1466</sup> J. Monnet (1888-1970), est nommé Haut-commissaire au plan en 1945 par Charles de Gaulle, avec pour mission coordonner la reconstruction de la France d'après-guerre. Il participe à la déclaration de Robert Schuman le 9 mai 1950. Il est désigné premier président de la Haute autorité de la CECA (1952-1955). Voir, Fondation Jean Monnet pour l'Europe, <https://jean-monnet.ch/fondation/jean-monnet/> ; J. MONNET, *Mémoires*, Fayard, 1976, p. 324-325 ; Centre archiviste et documentaire (Direction générale de la présidence, Parlement européen), De la déclaration Schuman à la naissance de la CECA : le rôle de Jean Monnet, *Les cahiers du CARDOC*, N° 6, mai 2010, p. 23, disponible en ligne : [https://www.europarl.europa.eu/pdf/cardoc/24663-5531\\_FR-CARDOC\\_JOURNALS\\_No6-complet\\_low\\_res.pdf](https://www.europarl.europa.eu/pdf/cardoc/24663-5531_FR-CARDOC_JOURNALS_No6-complet_low_res.pdf).

<sup>1467</sup> J. MONNET, *Mémoires*, Fayard, 1976, p. 324-325 ; Centre archiviste et documentaire (Direction générale de la présidence, Parlement européen), De la déclaration Schuman à la naissance de la CECA : le rôle de Jean Monnet, *Les cahiers du CARDOC*, N° 6, mai 2010, p. 23, disponible en ligne : [https://www.europarl.europa.eu/pdf/cardoc/24663-5531\\_FR-CARDOC\\_JOURNALS\\_No6-complet\\_low\\_res.pdf](https://www.europarl.europa.eu/pdf/cardoc/24663-5531_FR-CARDOC_JOURNALS_No6-complet_low_res.pdf).

<sup>1468</sup> A. PIETTRE, Concentration et déconcentration en Allemagne occidentale. De l'Accord de Potsdam au plan Schuman, *Revue économique*, Vol. 2, N° 4, 1951, p. 450, disponible en ligne : [https://www.persee.fr/doc/reco\\_0035-2764\\_1951\\_num\\_2\\_4\\_406846](https://www.persee.fr/doc/reco_0035-2764_1951_num_2_4_406846).

*viewed and commented on in Washington , but the US was not part of the negotiations and the US role was concealed as much as possible for fear that the project would be seen as controlled by the US and rejected by some participants in those grounds alone »<sup>1469</sup>. Dans ses mémoires, Jean Monnet rapporte néanmoins que les articles qui concernaient le droit de la concurrence ont été rédigés par un professeur américain en droit antitrust, Robert Bowie<sup>1470</sup>, sous la direction de John McCloy, un des Hauts-commissaires à la déconcentration en Allemagne, puis réécrits par Maurice Lagrange, conseiller d'État<sup>1471</sup>.*

De ces négociations, il ressortit deux articles qui édifieront la genèse du droit européen de la concurrence. D'abord, l'article 65 déclarait l'interdiction de « *tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui tendraient, sur le marché commun, directement ou indirectement, à empêcher, restreindre ou fausser le jeu normal de la concurrence* ». La prohibition des cartels était conforme à la pensée ordo-libérale. Le paragraphe 2 donne à la Haute Autorité le droit d'autoriser des accords de spécialisation, d'achat ou de vente en commun de produits particuliers s'ils « *contribuent à une amélioration notable de la distribution des produits visés* », s'ils n'ont pas « *un caractère plus restrictif que ne l'exige [leur] objet* » et s'ils ne sont pas susceptibles « *de donner aux entreprises intéressées le pouvoir de déterminer les prix, contrôler ou limiter la production ou les débouchés, d'une partie substantielle des produits en cause dans le marché commun, ni de les soustraire à une concurrence effective d'autres entreprises dans le marché commun* »<sup>1472</sup>.

L'article 66 intégrait un contrôle *a priori* des concentrations, soumettant les fusions à

---

<sup>1469</sup> D. Gerber cite les mémoires de George Ball, collaborateur et ami de Jean Monnet. Cf., G.W. BALL, *The Past has Another Pattern : Memoirs*, W.W. Norton and Company, 1982, p. 85 et s., disponible en ligne : <https://archive.org/details/BallGeorgeThePastHasAnotherPatternMemoirs/page/n87/mode/2up?view=theater> ; D. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, New York/Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 338.

<sup>1470</sup> Jean Monnet témoigne : « *Le 14 mars 1951, enfin, le plan allié de décartellisation reçut l'accord d'Adenauer, et aussitôt Hallstein acceptait les deux articles en suspens. Ceux-ci avaient été rédigés par Bowie avec un soin méticuleux. C'était une innovation fondamentale en Europe, et l'importante législation antitrust qui règne sur le marché commun trouve son origine dans ces quelques lignes pour lesquelles je ne regrette pas de m'être battu quatre mois durant* ». Voir, J. MONNET, *Mémoires*, Fayard, 1976, p. p.221.

<sup>1471</sup> G.W. BALL, *The Past has Another Pattern : Memoirs*, W.W. Norton and Company, 1982, p. 88, disponible en ligne : <https://archive.org/details/BallGeorgeThePastHasAnotherPatternMemoirs/page/n87/mode/2up?view=theater> ; D. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, New York/Oxford, Clarendon Press, 1998, p.338.

<sup>1472</sup> Article 65 (2) du traité instituant la Communauté européenne du Charbon et de l'Acier (CECA ci-après).

l'approbation d'une « Haute Autorité », qui autorisait l'opération à condition que l'entité créée ne puisse « déterminer les prix, contrôler ou restreindre la production ou la distribution, ou faire obstacle au maintien d'une concurrence effective, sur une partie importante du marché desdits produits ; ou d'échapper, notamment en établissant une position artificiellement privilégiée et comportant un avantage substantiel dans l'accès aux approvisionnements ou aux débouchés, aux règles de concurrence résultant de l'application du présent Traité ». Le paragraphe 3 permettait à la Haute Autorité d'exempter de l'obligation d'autorisation préalable les petites concentrations.

Certes, l'article 66 s'inscrivait dans la tradition antitrust américaine parce qu'il prévenait l'émergence de monopoles, néanmoins, il allait beaucoup plus loin sur le plan institutionnel puisqu'il osait intégrer un contrôle administratif *a priori* pour les entreprises, opposables aux États membres, ce qui était inacceptable aux États-Unis.

De manière intéressante, le paragraphe 7 de l'article 66 CECA traitait des entreprises en position dominante qui pouvaient se soustraire à « une concurrence effective dans une partie importante du marché commun ». À ces entreprises, la Haute Autorité, « leur adressent toutes recommandations propres à obtenir que cette position ne soit pas utilisée à ces fins ». Cette stipulation rappelle le concept ordo libéral de « *als ob* »<sup>1473</sup> résumé par D. Gerber, où « *competition law was to provide a standard of conduct for the firms involved. This standard was arrestingly simple. It required that economically powerful firms act as if they were subject to competition i.e., as if they did not have monopoly power* ». Ainsi, « *Application of the as-if standard required that firms refrain from conduct that would be unavailable to them if they had no monopoly power. They were to be limited, therefore, to conduct that was consistent with complete competition. They would not be allowed to use their power in ways harmful to competitors or to society in general* ». Le concept d'abus de position dominante sera par la suite inscrit à l'article 86 du traité de Rome.

---

<sup>1473</sup> « *Als ob* » peut être traduit en français par « comme si » (traduction personnelle).

## **B. La disparition des stipulations relatives au contrôle des concentrations dans le traité CEE**

Dans son rapport du 21 avril 1956 transmis aux ministres des Affaires étrangères des Six, le ministre des Affaires étrangères Paul-Henri Spaak, prévoyait un contrôle des concentrations : « *Les principes inscrits dans le traité doivent être assez précis pour permettre à la Commission européenne de prendre des règlements généraux d'exécution, qui seront soumis au vote de l'Assemblée, et qui auront pour objet d'élaborer les règles détaillées concernant la discrimination, d'organiser un contrôle des opérations de concentration (...)* »<sup>1474</sup>. Ce rapport suivait la conférence de Messine des 1<sup>er</sup> et 2 juin 1955 qui décidait d'ouvrir les négociations sur la création d'un marché commun général au-delà du charbon et de l'acier. Cependant, la proposition esquissée dans le rapport Spaak disparu des négociations intergouvernementales de Val Duchesse en Belgique et de la conférence de Venise<sup>1475</sup>, qui s'achèveront avec la signature du Traité de Rome le 25 mars 1957.

### ***1. L'inadéquation d'un contrôle des concentrations dans un marché commun en construction***

Le traité établissant la communauté économique européenne, avait comme objectif la création d'un marché commun par la « fusion » des marchés séparés, sous-tendant la mise en place de plusieurs mesures : l'élimination des droits de douane et des restrictions quantitatives à l'entrée et à la sortie des marchandises, la mise en place d'une politique commerciale commune et l'établissement d'un tarif douanier commun, l'abolition des obstacles à la libre circulation des personnes, des services et des capitaux, l'établissement d'un régime de concurrence non faussée et donc la non-intervention des États pour favoriser leur production<sup>1476</sup>, ainsi

---

<sup>1474</sup> Comité intergouvernemental créé par la conférence de Messine, *Rapport des chefs de délégations aux ministres des Affaires étrangères* (rapport Spaak ci-après), 21 avril 1956, Bruxelles, p.56, disponible en ligne : [https://aei.pitt.edu/996/1/Spaak\\_report\\_french.pdf](https://aei.pitt.edu/996/1/Spaak_report_french.pdf).

<sup>1475</sup> La conférence de Venise se déroula du 29 au 30 mai 1956. Voir les sources publiées sur le site Centre virtuel de la connaissance sur l'Europe (CVCE):<https://www.cvce.eu/en/education/unit-content/-/unit/02bb76df-d066-4c08-a58a-d4686a3e68ff/f643ce4c-8211-4bf9-a3ee-345dafa3893d>.

<sup>1476</sup> Article 3 du traité de Rome du 25 mars 1957.

qu'une uniformité des règles sociales<sup>1477</sup>. L'article 8 du traité de Rome organisa une période transitoire de douze ans répartie sur plusieurs tranches. Si l'union douanière fut réalisée assez rapidement en 1968, la suppression des contingents tarifaires, la liberté de circulation des citoyens et des travailleurs ainsi qu'une harmonisation et une généralisation de la TVA interviendront en 1970. Or, ce ne sera que par l'acte unique européen de 1986 que l'unité du marché se réalisera, levant les derniers obstacles juridiques et fiscaux entre les États membres avec pour horizon 1992<sup>1478</sup>. Il résulte de ces évolutions que l'absence de dispositions sur un contrôle des concentrations en 1957 était somme toute intentionnelle pour faciliter l'intégration des acteurs économiques au sein du marché commun.

Le *mémorandum* portant le titre « Le problème de la concentration dans le marché commun »<sup>1479</sup>, publié par la Commission en 1966<sup>1480</sup>, explicite l'inopportunité d'un contrôle des concentrations institutionnalisé lorsque « *le marché commun exige des entreprises de tailles européennes* », pour que les « *180 millions de consommateurs* » puissent bénéficier de la production de masse et des progrès techniques des concentrations<sup>1481</sup>. La Commission considérait les entreprises au cours de cette période face à des transformations importantes et dans l'obligation de se reconfigurer pour un marché plus large. Elle constate que :

*« le grand marché européen qui se crée et l'accroissement des échanges de la concurrence avec le reste du monde exigent un accroissement de la taille de très nombreuses firmes européennes au moyen d'investissements internes ou par voie de concentration avec d'autres entreprises. En Europe, dans de nombreux cas, les structures économiques ne correspondent pas encore aux nouvelles orientations mondiales.*

---

<sup>1477</sup> Voir, Point III de l'introduction du rapport « Spaak ». Comité intergouvernemental créé par la conférence de Messine, *Rapport des chefs de délégations des ministres aux Affaires étrangères*, Bruxelles, 21 avril 1956, page 18.

<sup>1478</sup> L'acte unique européen se fonde en grande partie sur les propositions du livre blanc de Jacques Delors, qui préconisait l'abolition absolue des frontières physiques, techniques et fiscales étendue sur un calendrier sept années. Le livre blanc fut adopté par la Commission, puis approuvé par le Conseil européen de Milan 28-29 juin 1985.

<sup>1479</sup> Commission des Communautés européennes, « *le problème de la concentration dans le marché commun*, Collection études séries concurrence, N° 3, Bruxelles, 1966, disponible en ligne : <https://aei.pitt.edu/40303/1/A4698.pdf>.

<sup>1480</sup> Le mémorandum de 1966 intervient à la suite de la publication d'une étude alarmante de l'UNICE, sur la taille des entreprises européennes et américaines. Cf. L. WARLOUZET, Europe de la concurrence et politique industrielle communautaire : la naissance d'une opposition, *op.cit.*, p. 58.

<sup>1481</sup> Commission des Communautés européennes, Le problème de la concentration dans le marché commun, Collection études séries concurrence, N° 3, Bruxelles, 1966, p.5, disponible en ligne : <https://aei.pitt.edu/40303/1/A4698.pdf>.

*Les concentrations qui accroissent la productivité seront encore plus souhaitables si elles se font par-dessus les anciennes frontières et qu'elles vont ainsi dans le sens d'une intégration des marchés. Il s'agit donc d'avoir, en général, une attitude positive vis-à-vis de ces concentrations »<sup>1482</sup>.*

En 1966, la Commission considérait « *qu'il n'y aurait pas besoin non plus d'une longue et coûteuse procédure d'autorisation préalable d'un grand nombre de concentrations* » et rappelle que le Règlement 17/62<sup>1483</sup> permettait de délivrer des attestations négatives en cas de doute. Cette publication relève de plus, les nombreux obstacles juridiques ou « *psychologiques* » aux concentrations interétatiques, consistant en des difficultés liées à la mobilité géographique des professionnels, à l'absence de règles fiscales ou de droit des sociétés harmonisés.

Si la Commission adopte ainsi « *attitude positive* »<sup>1484</sup> vis-à-vis des opérations de croissance externe et travail à l'abolition de ces obstacles, elle rappelle les effets négatifs que peuvent produire certaines concentrations. À cet égard, elle examine l'applicabilité des règles répressives de la concurrence présentes dans le traité CEE pour contester une concentration en l'absence de contrôle *a priori* : l'article 85 qui prohibe les ententes<sup>1485</sup> et l'article 86 qui con-

---

<sup>1482</sup> Idem.

<sup>1483</sup> Voir *infra*.

<sup>1484</sup> Commission des Communautés européennes, *Le problème de la concentration dans le marché commun, Collection études séries concurrence*, N° 3, Bruxelles, 1966, p.8, disponible en ligne : <https://aei.pitt.edu/40303/1/A4698.pdf>.

<sup>1485</sup> L'article 85 du traité CEE dispose :

1. *Sont incompatibles avec le marché commun et interdit tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises, et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et notamment ceux qui consistent à :*

a) *fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction,*  
b) *limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements,*  
c) *répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement,*  
d) *appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,*  
e) *subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.*

2. *Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit.*

3. *Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables :*

— *à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,*  
— *à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et — à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées*

cerne l'abus de position dominante économique<sup>1486</sup>. Elle écarte l'application de l'article 85 au profit de l'article 86 avec l'idée, que « *La fusion d'une entreprise en position dominante avec une autre entreprise, qui élimine la concurrence qui subsisterait encore dans le marché en cause en créant une situation de monopole, peut précisément avoir les mêmes effets nocifs qu'un comportement visé par l'article 86 b)* ». Ainsi, « (...) *qu'une concentration d'entreprises se traduisant par la monopolisation d'un marché doit être traitée, exception faite de circonstances particulières (1), comme l'exploitation abusive d'une position dominante. Dans les cas où l'application de l'article 86 à ces concentrations d'entreprises peut ainsi être envisagée, le processus de concentration ne constitue un abus qu'en fonction de la situation créée, c'est-à-dire de l'élimination complète de la concurrence* ». Les effets négatifs d'une concentration économique pouvaient donc être palliés théoriquement par la disposition relative à la sanction de l'abus de position dominante si cette structuration créait un monopole. La position de la Commission peut donc s'interpréter comme le résultat d'un calcul rationnel face à un choix politique<sup>1487</sup>, le besoin de développer des entreprises intra-européennes.

---

*qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans*

a) *imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,*

b) *donner à ces entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.*

<sup>1486</sup> L'article 86 du traité CEE dispose :

*Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.*

*Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :*

a) *imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transactions non équitables,*

b) *limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs,*

c) *appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,*

d) *subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires, qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.*

<sup>1487</sup> Le mémorandum a été élaboré dans la période de la « *crise de la chaise vide* », provoquée par le Président Charles de Gaulle (1<sup>er</sup> juin 1965 à janvier 1966) lors des négociations sur la PAC. Un conflit était né d'abord entre le président de la Commission Walter Hallstein et le chef du corps diplomatique français, qui avait laissé un professeur américain Daniel Lerner avec la complicité du Service de presse et informations, interroger par questionnaire, les fonctionnaires de la Commission sur la politique du Président de Gaulle. Les rapports avec la Commission s'étaient aggravés lors de la proposition d'étendre ses ressources et attribuer davantage de pouvoir budgétaire au parlement européen. Cf. E. SCHWARTZ, *Politics as Usual: The History of European Community Merger Control*, *Yale Journal of International Law*, Vol. 18, p. 616.



## 2. Les transformations économiques des années 1970

Les effets des politiques de la Commission s'accéléraient dans la seconde moitié des années 60. La libéralisation du commerce européen avec l'abolition de droits de douane nationaux ainsi que l'adhésion au *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT ci-après) permit aux entreprises « de tailles européennes » de se développer. L'adoption d'une production du type « post-fordiste »<sup>1488</sup> pour concurrencer les nouveaux rivaux internationaux est-asiatiques et le progrès constant des technologies à cette période, provoquèrent un mouvement de fusions qui sera dynamisé par la crise mondiale de 1973<sup>1489</sup>. La Commission procéda alors à des veilles des marchés, observant que « *Les informations recueillies permettent, en effet, de constater que les restrictions de concurrence se logent dans des formes nouvelles de concertations. Pourtant, ce sont les pays tiers et notamment les entreprises américaines qui achètent des entreprises ou des participations dans des sociétés de la Communauté* »<sup>1490</sup>. C'est d'ailleurs une concentration transatlantique qui impulsera avec le soutien de la Cour de justice, la nécessité de prendre en compte l'évolution économique de la concurrence sur le marché commun.

---

<sup>1488</sup> Il s'agit pour les entreprises de se réorganiser face à la concurrence de nouveaux concurrents comme le Japon. Ils modifient leur production à une grande échelle standardisée. La stratégie de nombreuses entreprises européennes est de se différencier et d'améliorer la qualité de la production. Cf. J-C DEFRAIGNE, De l'abandon progressif de la stratégie des champions nationaux à la vague de fusions de 1986-2001 : l'origine du changement de stratégie des entreprises européennes vis-à-vis de la construction européenne dans les années 1980, in, É. BUISSIÈRE, M. DUMOULIN, S. SCHIRMANN (sous la direction de), *Milieus économiques et intégrations européennes au XXe siècle. La relance des années quatre-vingt*, Institut de la gestion publique et du développement économique, 2007, p. 277-296.

<sup>1489</sup> Voir en général : J-C DEFRAIGNE, L'intégration européenne et la dynamique technologique des grandes entreprises, in., M. MOGEN-TOURSEL (sous la direction de), *Firm strategies and public policy in integrated Europe (1950-1980)*, Euroclio, N° 37, p.63.

<sup>1490</sup> « *L'activité courante de surveillance de la Direction Générale de la Concurrence s'exerce par l'examen rapide des plaintes, des renseignements précis recueillis et des indices d'infraction (échanges limités, prix excessifs ou rigides). En matière de concentration, les informations sont systématiquement exploitées à l'égard d'une vingtaine de secteurs à structure oligopolistique, ainsi que d'une quarantaine de secteurs qui connaissent une accentuation du mouvement de concentration* ». Voir, Intervention de monsieur Borschette, membre de la commission, dans le débat sur la proposition de résolution annexée au rapport Berkhouwer à Strasbourg, 7 juin 1971 in, Commission européenne, *Exposé annuel présenté par la Commission au Parlement européen sur l'évolution de la politique de concurrence dans la communauté*, Bruxelles le 9 février 1971, p.4.

### 3. L'impulsion de la Cour de justice

Deux arrêts majeurs pour le droit des concentrations intervinrent au cours de l'année 1973. L'arrêt de la Cour de justice du 21 février 1973 *Continental Can*<sup>1491</sup> et celui de la Cour suprême du 5 mars 1973 « *El Paso* »<sup>1492</sup>, dont le contentieux, il convient de le rappeler, débuta en 1957. Ces arrêts différents sur le fond, puisque les États-Unis connaissaient depuis le *Clayton Act* de 1914 une législation s'adressant aux concentrations anticoncurrentielles, se font pourtant écho, car dans les deux cas les cours ont permis à terme, une institutionnalisation du contrôle *ex ante* dans les deux systèmes. Sur le tableau chronologique de l'évolution du droit des concentrations tracé par le droit américain, la jurisprudence *Continental Can* pourrait être placée en 1911, au prononcé des arrêts *Standard Oil* et *American Tobacco* par la Cour suprême. Les *Chief Justice* posaient la question de savoir si les actes contestés par le gouvernement américain étaient des contrats, *combinations*, ou une *conspiracy* et s'ils constituaient des « *restraint of trade* » au sens de la loi. Concluant qu'une application littérale était « intenable » et que les Sections 1 et 2 avaient été violées par « *unification of power and control over crude and refined oil that inevitably had resulted gave rise to a prima facie presumption of intent and purpose to maintain the dominancy over the oil industry, not as the result of normal methods of industrial development (...)* »<sup>1493</sup>.

Dans ces espèces, la Cour suprême avait prononcé des dissolutions par application de la *rule of reason* au *Sherman Act*<sup>1494</sup>. Le monopole ou la tentative de monopoliser dans des conditions « loyales » n'étaient pas en eux-mêmes contraires au droit. Les entreprises *Standard Oil* et *American Tobacco* n'avaient donc été dissoutes que parce qu'elles étaient le résultat de comportements et de pratiques illégales continus pour restreindre la concurrence. Si l'on prolonge la comparaison, l'arrêt *Continental Can* apparait alors l'exact négatif de ces deux arrêts.

La Cour de justice adopta en effet, un raisonnement opposé. Dans cette affaire, une société américaine d'emballage, *Continental Can* avait pris le contrôle des sociétés *Thomassen*

---

<sup>1491</sup> Cour de justice, 21 février 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. contre Commission des Communautés européennes*, Affaire 6-72.

<sup>1492</sup> *California-Pacific Utilities Co. v. United States*, 28, U.S.C, 1973.

<sup>1493</sup> *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).

<sup>1494</sup> L'ère de la doctrine de la *rule of reason* prendra fin avec l'arrêt *United States v. Aluminium Company of America-Alcoa*, où la *United States Circuit court of Appeal* (par une impossibilité exceptionnelle de la Cour suprême ne pouvant rassembler un quorum), reconnu qu'un niveau élevé de concentration constituait une violation de la section 9 du *Sherman Act*. Dans le balancier des influences des théories économiques, l'École de Harvard, notoirement « progressiste ». Cf. *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945)

et Drijver-Verblifa aux Pays-Bas et Schmarlbach en Allemagne via sa filiale belge Europemballage, lui conférant une position dominante sur trois produits. La Commission avait envoyé auparavant une recommandation à Continental Can en vertu du Règlement 17/62 lui commandant de suspendre ses opérations de rachat. Malgré le ravissement de la cédante *British Metal Box Company*, elle poursuivit ses opérations jusqu'à la notification de la décision de la Commission du 9 décembre 1971 fondée sur l'application de l'article 86 CEE.

La Cour de justice saisit, sanctionna dans un arrêt du 21 février 1973 « *Europemballage* », la Commission sur ses motivations et notamment la délimitation du marché en cause :

*« Attendu que c'est à la lumière de ces considérations que doit être interprétée la condition imposée par l'article 86 selon laquelle, pour être prohibée, l'exploitation d'une position dominante doit avoir été exercée de manière abusive ;*

*que cette disposition énumère un certain nombre de pratiques abusives qu'elle interdit ;*

*qu'il s'agit d'une énumération à titre d'exemple qui n'épuise pas les modes d'exploitation abusive de position dominante interdits par le traité ;*

*que, par ailleurs, ainsi qu'il ressort des lettres c) et d) du paragraphe 2, cette disposition ne vise pas seulement les pratiques susceptibles de causer un préjudice immédiat aux consommateurs, mais également celles qui leur causent préjudice en portant atteinte à une structure de concurrence effective, telle que mentionnée à l'article 3, lettre f), du traité ;*

*qu'est dès lors susceptible de constituer un abus le fait, par une entreprise en position dominante, de renforcer cette position au point que le degré de domination ainsi atteint entraverait substantiellement la concurrence, c'est-à-dire ne laisserait subsister que des entreprises dépendantes, dans leur comportement, de l'entreprise dominante ; »<sup>1495</sup>.*

La Cour de justice analyse ainsi les prises de participations de Continental Can à travers Europemballage, comme participant à la constitution d'un abus de la position dominante sur

---

<sup>1495</sup> Cour de justice, 21 février 1973, Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. contre Commission des Communautés européennes, Affaire 6-72, Attendu 26.

le marché commun ou une partie substantielle de celle-ci<sup>1496</sup>. Évidemment, cela venait à caractériser le renforcement de la position dominante par un changement structurel, interprétant largement l'article 86 CEE, pour permettre le contrôle des concentrations.

Le second arrêt, *British American tobacco* du 17 novembre 1987, acheva le processus de maturation des États membres pour s'entendre sur une réglementation commune du contrôle des concentrations économiques. Dans cette affaire, la Cour de justice se fonda cette fois-ci sur l'article 85(1) du traité CEE. Une société sud-africaine, Rembrandt Group Ltd (Rembrandt), possédait la totalité de Rothmans Tobacco (RTH). RTH détenait à son tour une participation majoritaire dans Rothmans International (RI) concurrente directe de Philip Morris. En avril 1981, le groupe américain de cigarettes Philip Morris, Inc. a acheté 50 % de la participation de Rembrandt dans RTH. Philip Morris et Rembrandt ont alors convenu de gérer conjointement RI. Ces entreprises avaient notifié leur accord à la Commission qui avait requis quelques aménagements structurels, baissant la participation de Philip Morris dans RTH à 30% (24% des droits de vote).

Deux rivaux, RJ Reynolds, rejoint plus tard par la British American Tobacco Company (BAT), se plaignirent de l'accord auprès de la Commission, affirmant qu'il permettait à Philip Morris d'influencer le comportement de RI sur le marché. Par une décision du 24 mars 1984 la Commission rejeta la demande des deux entreprises concurrentes<sup>1497</sup>. BAT et Reynolds demandèrent l'annulation et la réformation de la décision devant la Cour de justice, qui rejeta leur recours. Le juge a toutefois considéré que dans le cas de prises de participations, il semble peu importer que celles-ci soient minoritaires ou majoritaires, l'infraction résidant

---

<sup>1496</sup> La commission sera très prudente dans l'application de cette jurisprudence *Continental Can*, examinant aux quelques cas postérieurs présentés, la réalité de la position dominante devant préexister à l'abus. Par exemple, Décision de La Commission du 26 juillet 1988 relative à une procédure d'application des articles 85 et 86 du traité CEE, [IV/31.043 - Tetra Pak I (licence BTG)]. Cette affaire se déroulait dans le domaine des licences exclusives de brevet pour l'emballage en carton de marchandises. L'acquisition d'une société par une autre, dans ce cas, avait permis l'acquisition conséquente des licences de brevet. Cf. Rapports sur la politique de concurrence de la Communauté, 1980, 1981, 1983, 1984, 1985, 1997, 1988, disponible en ligne : <https://archives.eui.eu/en/fonds/561437?item=CES-11454>. Voir aussi, J. D. HURWITZ, The Impact of the Continental Can Case on Combinations and Concentrations within the Common Market, *Hastings Law Journal*, Vol. 25, N° 3, 1974, p. 469 et s.

<sup>1497</sup> Décision, contenue dans la lettre de la commission n°SG (84 ) d/3946, du 22 mars 1984, relative aux affaires n°IV/30.342 et n° IV/30.926, rejetant les demandes introduites par les requérantes, en application de l'article 3, paragraphe 2, du règlement n°17 du conseil, du 6 février 1962 ( JO 1962, p.204).

dans le comportement qui pouvant en résulter, par notamment l'influence de droit ou de fait de l'entreprise sur les affaires de son concurrent direct<sup>1498</sup>.

#### ***4. La préparation du Règlement 4064/89 du 21 décembre 1989***

Dès 1968, la Commission européenne a reconnu la nécessité d'un dispositif spécial pour contrôler les concentrations. Dans une résolution de 1971, le Parlement européen<sup>1499</sup> avait annoncé que les fusions d'une certaine importance devaient être notifiées avant leur consommation et se réaliser en l'absence d'intervention de la Commission.

En juillet 1973, la Commission a présenté pour la première fois un projet de proposition de règlement du Conseil relatif au contrôle des fusions. Des amendements furent soumis ultérieurs, en 1982 et 1984, sans atteindre un niveau d'approbation satisfaisant des États membres. Finalement, le 21 décembre 1989, sous la présidence française du Conseil, les États membres adoptèrent le règlement 4064/89 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises<sup>1500</sup>, écartant les suggestions visant la prise en compte de facteurs industriels, culturels ou sociaux à l'analyse substantielle. Le Conseil s'accorda sur une réglementation destinée exclusivement aux entreprises d'envergure communautaire, tout en garantissant une implication notable des États membres. Il a également établi un mécanisme de guichet unique et conféré à la Commission d'importants pouvoirs d'enquête et de prise de décision<sup>1501</sup>.

---

<sup>1498</sup> Cf. « *Que la commission puisse constater une infraction a l' article 85, elle doit etre en mesure de demontrer que l' accord a pour objet ou pour effet d' influencer sur le comportement concurrentiel des entreprises sur le marche en cause* ». CJCE, 17 novembre 1987, British-American Tobacco Company Ltd et R. J. Reynolds Industries Inc. contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes 142 et 156/84.

<sup>1499</sup> Cf.,Parlement européen, Rapport complémentaire fait au nom de la commission économique sur les règles de concurrence et la position des entreprises européennes dans le marché commun et dans l'économie mondiale, 9 mars 1970, disponible en ligne : <http://aei.pitt.edu/66831/1/WD3313.pdf> ; Voir aussi le commentaire de la Commission à cette proposition, *in*, Résolution du parlement européen du 26 février 1970 commenté par le commissaire à la concurrence Albert Borschette (1970-1973), Intervention de M. Borschette dans le débat sur la proposition de résolution annexée au rapport Berkhouwer, 7 juin 1971, Strasbourg.

<sup>1500</sup> Règlement (CEE) n° 4064/89, JOL 395, 30 décembre 1989.

<sup>1501</sup> Ces pouvoirs sont détaillés dans la deuxième partie de la présente thèse.

## *Section 2. Les influences politiques sur la structure institutionnelle de la Commission*

Si « les États membres de l'Union européenne n'ont jamais envisagé d'avoir au-dessus d'eux un État fédéral qui les surplombe et qui s'impose à eux »<sup>1502</sup>, dans le champ économique, les objectifs politiques de construction du marché commun ont permis la création d'une institution administrative multifonctionnelle, la Commission européenne. Instigatrice de règles, voix de l'intérêt général européen, et responsable entre autres, de l'application de la politique de concurrence<sup>1503</sup> son autonomie n'a cessé de s'accroître<sup>1504</sup>. C'est dans ce domaine de protection de la concurrence, cité comme « première politique supranationale de l'Union européenne »<sup>1505</sup>, que la Commission a pu asseoir un pouvoir d'action particulièrement étendue. Elle bénéficie en effet, dans ce cadre d'un « double monopole »<sup>1506</sup> : elle détient à la fois un pouvoir sur l'information, par la notification et un pouvoir de décision, lui conférant ainsi une influence directe sur les entreprises et les individus.

Quelles sont les étapes ayant permis à la Commission d'étendre ses pouvoirs jusqu'à parvenir à une autonomie institutionnelle en matière de concurrence ? À la sortie de la Seconde Guerre mondiale et au cours de la période de reconstruction, la Commission a profité de la réticence des États membres sur ces questions pour investir ce domaine essentiel. En tant que successeur de la Haute Autorité de la Communauté européenne du Charbon et de l'Acier (CECA) (§1.), elle a su sortir de son cadre sectoriel pour élargir son spectre d'interventions lors de la création de la Communauté économique européenne (CEE) (§2.).

---

<sup>1502</sup> H. OBERDORFF, Les États-Unis, un modèle pour la construction de l'Union européenne ? in., Y. ECHINARD, A. GESLIN, M. GUELDRY, F. TERPAN (sous la direction de), *L'Union européenne et les États-Unis processus politique et projets*, Larquier, 2013, p.40.

<sup>1503</sup> S. BOLDRINI, Pouvoirs, structure et fonctionnement de la Commission européenne, *Courrier hebdomadaire du CRISP*, Vol. 37, N° 1942, 2006, p. 5.

<sup>1504</sup> Voir en général, I. S. FORRESTER, Modernisation : an extension of the power of the Commission ?, in, D. GERARDIN (Sous la direction de), *Modernisation and Enlargement : Two Major Challenges for EC Competition Law*, Intersentia, 2004, p. 89 et s.

<sup>1505</sup> L. MCGOWAN, S. WILKS, The first supranational policy in the European Union: Competition policy, *European Journal of Political Research*, 1995, disponible en ligne : <https://doi.org/10.1111/j.1475-6765.1995.tb00808.x>.

<sup>1506</sup> F. ILZKOVITZ, A. DIERX, 60 ans de politique de concurrence européenne, *Revue du droit de l'Union européenne*, N° 3, 2018, p. 34.

## §1. La Haute Autorité de la CECA

Comme le *Bureau of Corporations* précéda la FTC aux États-Unis, la Commission européenne a bénéficié de l'héritage direct de la Haute Autorité de la CECA<sup>1507</sup>. Émanation du Traité de Paris signé le 18 avril 1951<sup>1508</sup>, la Haute Autorité constitua le premier cadre supranational collaboratif des Six, initiant ainsi le secteur privé et les dirigeants du secteur public « à un travail en commun et à une nouvelle conception des choses »<sup>1509</sup>.

Le fonctionnement et les missions de la Haute autorité sont définis au chapitre 1 du Titre 2 du traité. Sise à Luxembourg, elle était formée de neuf membres pour une durée de six ans parmi lesquels un membre était coopté par les huit autres<sup>1510</sup>. Disposant de prérogatives étonnamment vastes, elle avait le pouvoir d'obtenir par décision, les informations utiles et nécessaires à l'accomplissement de ses missions<sup>1511</sup>, imposer des amendes aux entreprises en cas de non-respect de leurs obligations, élever les perceptions sur le charbon et l'acier afin d'augmenter ses revenus<sup>1512</sup>, contracter des emprunts pour soutenir des investissements<sup>1513</sup>. Avec l'objectif de garantir un accès égal du charbon et de l'acier en supprimant les taxes intérieures et les restrictions quantitatives des États<sup>1514</sup> la Haute Autorité obligeait les États membres « à prendre toutes les mesures générales ou particulièrement propres à assurer l'exécution des décisions et recommandations des institutions de la Communauté et à faciliter à celle-ci l'accomplissement de sa mission »<sup>1515</sup>. Les États membres pouvant eux-mêmes faire

---

<sup>1507</sup> La Haute Autorité fut en fonction de 1952 à 1967.

<sup>1508</sup> Le Traité de Paris entra en vigueur le 23 juillet 1952.

<sup>1509</sup> Haute Autorité, Bulletin de la communauté européenne de charbon et de l'acier : CECA les premières dix années d'une intégration partielle : résultats, limites, perspectives, N°44, Luxembourg, p.8, disponible en ligne : <https://aei.pitt.edu/40581/1/A5060.pdf>. Les autres institutions de la CECA sont la Cour de justice, instance de contrôle, l'Assemblée commune représentant les peuples des États membres, le Conseil spécial des ministres constitué des dirigeants des États.

<sup>1510</sup> Articles 9 et 10 du Traité CECA, disponible en ligne : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11951K/TXT&from=FR>. Jean Monnet, inspirateur de la CECA et concepteur de ses rouages, dirigea la Haute autorité de 1952 à 1955. Au nombre des membres de la première mandature comptaient pour le Luxembourg, A. Wehrer, D. Spierenburg pour les Pays-bas, P. Finet et A. Coppé pour la Belgique, E. Giacchero pour l'Italie, F. Etzel et H. Potthoff, pour l'Allemagne et enfin L. Daum et Jean Monnet pour la France. Cf. M-T BITSCH, *Histoire de la construction européenne*, Complexe, Paris, Ed, 2006 p. 76 ; Voir pour un tableau complet des membres de 1952 à 1967, M. CARBONELL, *Des hommes à l'origine de l'Europe : Biographies des membres de la Haute Autorité de la CECA*, Nouvelle édition [en ligne], Presses universitaires de Provence, 2008, disponible sur Internet : <http://books.openedition.org/pup/5628>.

<sup>1511</sup> Article 47 du traité CECA.

<sup>1512</sup> Articles 49 et 50 du traité CECA

<sup>1513</sup> Article 54 et s. du traité CECA.

<sup>1514</sup> F. BERGER, La CECA et la question de l'énergie.in, BELTRAN, Alain (sous la direction de), *État et énergie XIXe-XXe siècle*, Nouvelle édition [en ligne], Institut de la gestion publique et du développement économique, 2009, disponible sur Internet : <http://books.openedition.org/igpde/6486>.

<sup>1515</sup> Article 86 du traité CECA.

l'objet de mesures après avis conforme du Conseil statuant à la majorité des deux tiers<sup>1516</sup>. Les décisions étant susceptibles d'appel devant la Cour.

Au sein du chapitre VI « ententes et concentrations », elle soumet comme nous l'avons vu à « *autorisation préalable* » toute opération effectuée par fusion, acquisition d'actions ou éléments d'actifs, prêts, contrats, ou tout autre moyen de contrôle<sup>1517</sup>. Elle peut donc interdire une concentration sur décision motivée. Au titre de l'article 66 paragraphe 2 et paragraphe 3, la Haute autorité peut autoriser les concentrations sous conditions et déterminer des exemptions après avis conforme du Conseil. L'autorisation *ex post* était conditionnée au paiement d'une amende ne pouvant être inférieur à la moitié du maximum prévu. Si une concentration avait été réalisée sans autorisation préalable et après examen était déclarée non conforme, elle déclarait la concentration illicite par décision motivée et ordonnait « *la séparation des entreprises ou des actifs indûment réunis ou la cessation du contrôle commun* » après avoir permis aux intéressés de présenter leurs observations. Un recours suspensif était prévu devant la Cour qui procédait à l'appréciation de la concentration et la validité du raisonnement de la Haute autorité. En tout état de cause, des mesures conservatoires pouvaient être prises afin qu'il ne soit pas fait obstacle à l'exécution des décisions de la Commission.

Une lecture stricte du traité CECA semble accorder à la Haute autorité une puissance sans précédent pour un organisme supranational<sup>1518</sup>. L'on peut s'étonner que les États membres aient permis un si haut degré de responsabilité dans des domaines vitaux pour l'Europe. Le professeur Piers Ludlow apporte quelques lumières sur ce point. Il estime en effet que le pouvoir dont disposait la Haute autorité était certes substantiel, mais d'une portée limitée. Le retrait relatif des six États membres au sein des organes de la CECA permettant d'estimer qu'ils laissaient une certaine latitude aux institutions dans ces secteurs importants, mais circonscrits<sup>1519</sup>. Selon David Gerber, si la CECA tenta de développer au début des an-

---

<sup>1516</sup> Article 88 du traité CECA.

<sup>1517</sup> Article 66 du traité CECA.

<sup>1518</sup> L'Organisation européenne de coopération économique (OECE) cadre du programme du plan Marshall américain en Europe, fut une étape importante dans l'unification européenne, mais son caractère essentiellement supranational limitait ses effets. La règle de l'unanimité pour chacune des décisions à prendre ne permettait pas qu'il puisse être le vecteur de l'intégration des marchés. Cf., L. WARLOUZET, *Le choix de la CEE par la France. L'Europe économique en débat de Mendès France à de Gaulle (1955-1969)*, Institut de la gestion publique et du développement économique, Comité pour l'histoire économique et financière de la France, Paris, 2011, p. 87.

<sup>1519</sup> N. P. LUDLOW, The European Commission and the rise of Coreper, in, W. KAISER, C. LEUCHT, M. RASMUSSEN (sous la direction de), *The History of the European Union, Origins of a trans-and supranational polity 1950-1972*, Routledge, UEACE Contemporary European Studies, e-version, 2008, p. 343.



nées 60 une doctrine en matière de concurrence, celle-ci n'eut aucun impact en dehors de son domaine d'application et l'expérience de la Haute autorité eut peu de prise lors des négociations du Traité de Rome<sup>1520</sup>.

Sur le plan général, les résultats de la CECA déçus. Elle ne parvint pas à réaliser l'objectif fixé de stabiliser le marché du charbon et de l'acier<sup>1521</sup>. Elle échoua de plus, à décartelliser les six territoires<sup>1522</sup>, s'empêchant dans la pratique, de prendre de décision sans se référer aux États membres<sup>1523</sup>. Du point de vue de l'exercice du contrôle *a priori* des concentrations, la Haute Autorité n'interdit aucune concentration, et l'application d'autres dispositions fut assez limitée<sup>1524</sup>. Au contraire, la Haute Autorité avait permis aux entreprises sidérurgiques allemandes d'acquérir ou de fusionner avec des entreprises charbonnières qui avaient fait partie de leur holding avant le processus de décartellisation.

Pour permettre une application intégrale de l'article 66 CECA il était requis qu'elle prenne trois décisions particulières afin de définir et spécifier plusieurs points de la procédure d'autorisation préalable, sans quoi, celle-ci ne pourrait être mise en œuvre. Ces décisions devaient porter sur la notion de contrôle d'entreprise (paragraphe 1 de l'article 66), les exemptions (paragraphe 3 de l'article 66) et les conditions d'application de la notification préalable pour les entreprises intervenant dans la CECA et sur d'autres marchés. La Haute autorité ne produit aucune décision réglementaire jusqu'au 1<sup>er</sup> juin 1954. Le Conseil avait l'obligation d'être consulté, mais devait donner son accord sur la fixation des seuils des concentrations

---

<sup>1520</sup> D.GERBER, *Law and Competition in the Twentieth Century Europe. Protecting Prometheus*, Clarendon Press, Oxford, 1998 p. 342

<sup>1521</sup> Entre 1958 et 1960, une crise du charbon va paralyser l'activité de la CECA dépourvue de moyens d'intervention directe sur la politique commerciale des États sauf par une proclamation d'état de crise du Conseil, elle ne pouvait imposer de quotas d'importation. Le problème résidait dans la combinaison de deux facteurs conjoncturels : la baisse de la demande en énergie et une augmentation des importations de pétrole et de charbons. Malgré les propositions de plans de la Haute Autorité, les Six rejetèrent toutes les tentatives de politique commune en matière d'énergie. Voir, F. BERGER, *La CECA et la question de l'énergie*, in, A. BELTRAN, (sous la direction de) ; *État et énergie XIXe-XXe siècle* [en ligne]. Vincennes : Institut de la gestion publique et du développement économique, 2009 (généré le 02 septembre 2022). Disponible sur Internet : <http://books.openedition.org/igpde/680>.

<sup>1522</sup> B. LEUCHT, K. SEIDEL, *Du Traité de Paris au règlement 17/1962 : ruptures et continuités dans la politique européenne de concurrence, 1950-1962*, Histoire, Économie & Société, Armand Colin, N° 1, 2008 p. 40.

<sup>1523</sup> R. POIDEVIN, D. SPIERENBURG, *Histoire de la haute autorité de la communauté européenne du charbon et de l'acier*, Bruylant, 1993, disponible en ligne : <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/417bfe56-aa52-4313-ba94-befdea9dd004>.

<sup>1524</sup> D.GERBER, *Law and Competition in the Twentieth Century Europe. Protecting Prometheus*, Clarendon Press, Oxford, 1998 p. 342

verticales, sur lesquels les États ne parvenaient pas à trouver un compromis<sup>1525</sup>. Au 31 décembre 1967, la Haute Autorité autorisa 146 sur un total de 329 demandes d'examen, aucun refus ne fut prononcé<sup>1526</sup>.

## §2. *La construction d'une Commission européenne puissante dans le domaine de la concurrence : la DG IV*

Après l'enjouement des premières années de la CECA<sup>1527</sup>, l'impulsion vers une intégration européenne étendue s'était dissipée. Les échecs de la Communauté européenne de défense (CED) et de la Communauté politique européenne (CPE), auxquels la France n'était ni étrangère dans leur conception ni dans leur ensevelissement<sup>1528</sup>, ont marqué le coup d'arrêt. La décision de privilégier une Europe économique avant une Europe politique permettait de recueillir un consensus plus large auprès des États membres. Le traité de Rome établissant une Communauté économique européenne conclu le 15 mars 1957 institua le Conseil des ministres et la Commission européenne en interdépendance. Il revenait exclusivement à la Commission le rôle de formuler des propositions législatives, tandis que le Conseil détenait la compétence de les adopter. Une fois ces règles approuvées, la mise en œuvre incombait à la Commission<sup>1529</sup>.

Laurent Warlouzet souligne qu'au cours de la transposition institutionnelle entre la

---

<sup>1525</sup> B. LEUCHT, K. SEIDEL, Du Traité de Paris au règlement 17/1962 : ruptures et continuités dans la politique européenne de concurrence, 1950-1962, *Histoire, Économie & Société*, Armand Colin, N° 1, 2008 p. 40.

<sup>1526</sup> D. SPIERE, BURG, RAYMOND POIDEVIN, *Histoire de la Haute autorité de la communauté européenne du charbon et de l'acier*, Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 827, citant le 1<sup>er</sup> Rapport général des trois communautés, Chapitre II, tableau 3.

<sup>1527</sup> Pour une retranscription des ambitions et de l'atmosphère originelle des premières années de vie de la CECA, voir, M. CARBONELL, L'influence des hommes, in, *Des hommes à l'origine de l'Europe : Biographies des membres de la Haute Autorité de la CECA* [en ligne]. Aix-en-Provence : Presses universitaires de Provence, 2008, disponible sur Internet : <http://books.openedition.org/pup/5645>.

<sup>1528</sup> Le Traité de Paris du 27 mai 1952 portant création d'une Communauté européenne de défense sera signé mais jamais ratifié par l'Assemblée nationale. Les craintes d'un éloignement de l'allier anglais, du réarmement allemand et d'une perte de souveraineté de la France concoururent à l'abandon du projet le 30 août 1954. De même, la Communauté politique européenne est une proposition de traité portant création d'une organisation politique de l'Europe. Elle prévoyait un parlement bicaméral avec une chambre élu au suffrage universel direct, un exécutif bicéphale et une cour de justice. Le projet en 1954 s'éteignit avec l'échec de la CED. Voir, M-T BITSCH, *Histoire de la construction européenne*, Complexe, Paris, Ed, 2006, p.81-96.

<sup>1529</sup> Une Assemblée unique est aussi créée aux articles 1er et 2 de la Convention relative à certaines institutions communes aux Communautés européennes). Nommée dès sa première session « Assemblée parlementaire européenne » en 1958, puis « Parlement européen » en 1962.

CECA à la CEE, le Conseil acquit de nouveaux pouvoirs que n'avait pas le Conseil des Six États membres de la CECA<sup>1530</sup>. La combinaison de mécanismes interétatiques avec la présence de comités permanents de représentants des États membres et d'un droit administratif communautaire permit le développement des attributions de la Commission européenne sous le contrôle de la Cour de justice des communautés européennes<sup>1531</sup>.

Contrairement au Traité de Paris du 18 avril 1951, le traité de Rome ne contenait aucune stipulation détaillant les modalités d'application des articles 85 et 86 du traité CEE. Le Conseil disposait d'une période de quatre ans pour publier un règlement d'application<sup>1532</sup>. Devant les divergences sur les pouvoirs à octroyer à la Commission dans l'application des règles de concurrence, les négociations entre les institutions communautaires et les États membres se révélèrent difficiles. Le règlement 17/62 proposé par la Commission fut finalement adopté le 6 février 1962<sup>1533</sup>. Les délégués des Pays-Bas et de la RFA soutenaient une approche centralisée, en accord avec la politique de la Commission interdisant strictement les ententes, accompagnée d'une notification systématique et obligatoire. En revanche, les délégués français, luxembourgeois, italiens et belges étaient réticents à appliquer une telle rigueur aux ententes. Les Français, contrairement aux Luxembourgeois, étaient davantage préoccupés par la lutte contre l'abus de position dominante et les accords d'exclusivité. Ils étaient également réticents à confier à la Commission l'exclusivité des procédures d'examen et de décision quant à la légalité des ententes<sup>1534</sup>. Ils estimaient qu'une relation directe entre la Commission et les entreprises n'était pas souhaitable.

---

<sup>1530</sup> L. WARLOUZET, Europe de la concurrence et politique industrielle communautaire. La naissance d'une opposition au sein de la CEE dans les années 60, *Histoire Economie & Société*, N° 1, 2008 pages 47-61.

<sup>1531</sup> L. WARLOUZET, La politique de la concurrence en Europe : enjeux idéologiques, La vie des idées.fr, 23 mai 2014 (article publié uniquement en ligne : <https://laviedesidees.fr/La-politique-de-la-concurrence-en>).

<sup>1532</sup> Article 87 du Traité de Rome.

<sup>1533</sup> Règlement 17/62 du Conseil, 1962 J.O. (204), modifié par le règlement 59/62 du Conseil, 1962 J.O. (1655), le règlement 118/63 du Conseil, 1963 J.O. (2696), et le règlement 2822/71 du Conseil, 1971 O.J. (L. 285) 49. Les recherches de Laurent Warlouzet sur les négociations du Règlement 17/62 montrent que la Commission incarnée par la DG IV, a su dépasser les oppositions en s'extrayant des conférences intergouvernementales constituées d'experts, pour s'adresser de manière directe au Conseil des ministres et après le vote de l'Assemblée parlementaire européenne. Finalement la France pressée par les négociations sur la Politique agricole commune fera basculer la majorité qualifiée en faveur du Règlement 17/62 en échange de la position dominante. Cf. L. WARLOUZET, Chapitre V. L'Europe ordolibérale : la politique de la concurrence (1958-1965), in, *Le choix de la CEE par la France : L'Europe économique en débat de Mendès France à de Gaulle (1955-1969)*, Institut de la gestion publique et du développement économique, 2011, disponible sur Internet avec abonnement: <http://books.openedition.org/faraway.parisnanterre.fr/igpde/173> ; D.J. GERBER, The Transformation of European Community Competition Law, *Harvard International Law Journal*, Vol. 35, janvier 1994, p.105.

<sup>1534</sup> Cf. L. WARLOUZET, Chapitre V. L'Europe ordolibérale : la politique de la concurrence (1958-1965), in, *Le choix de la CEE par la France : L'Europe économique en débat de Mendès France à de Gaulle*

Lors des négociations, Laurent Warlouzet a montré que les organisations patronales européennes sollicitées ont pu proposer au Commissaire à la concurrence, von der Groeben, d'adopter un système institutionnel calqué sur la FTC, afin d'en garantir l'indépendance vis-à-vis des États membres et parer à toutes tentatives d'interventionnisme<sup>1535</sup>.

Finalement, le règlement 17/62 s'avérera un véritable « plan directeur » pour le futur des politiques de concurrence. De manière unique, les compétences d'exécution étaient centralisées au sein de la Commission, réduisant significativement le rôle des États à la simple présence d'un comité consultatif. Les autorités françaises avaient conditionné leur adhésion au règlement 17/62 aux discussions ultérieures concernant la Politique agricole commune (PAC), en sollicitant l'ajout d'attestations négatives et la possibilité de conduire des enquêtes sectorielles, élargissant ainsi le spectre d'intervention de l'entité communautaire<sup>1536</sup>.

Le règlement 17/62 du Conseil, instaurait ainsi une procédure de notification obligatoire en matière d'entente<sup>1537</sup>. Les entreprises déposaient des demandes ou des notifications par formulaires, un formulaire A et B pour les entreprises devant apporter la preuve que leurs accords ne tombent pas dans le cadre de l'interdiction des ententes et un formulaire B1 pour les notifications simplifiées<sup>1538</sup>.

Les exemptions prévues à l'article 85(1) CEE devaient elles-mêmes faire l'objet d'un dépôt. L'article 9 donnait compétence exclusive à la Commission après avis du comité consultatif. Les États membres avaient l'obligation de se dessaisir en cas d'engagement d'une procédure par la Commission et les juridictions sursoir à statuer. Elle devenait seule interprète

---

(1955-1969), Institut de la gestion publique et du développement économique, 2011, disponible sur Internet avec abonnement: <http://books.openedition.org/faraway.parisnanterre.fr/igpde/173>.

<sup>1535</sup> Idem.

<sup>1536</sup> WARLOUZET, Chapitre V. L'Europe ordolibérale : la politique de la concurrence (1958-1965), in, *Le choix de la CEE par la France : L'Europe économique en débat de Mendès France à de Gaulle (1955-1969)*, Institut de la gestion publique et du développement économique, 2011, paragraphe 138, disponible sur Internet avec abonnement: <http://books.openedition.org/faraway.parisnanterre.fr/igpde/173> ; I. FORRESTER, C. NORRALL, The Laicization of Community Law: Self-Help and the Rule of Reason: How Competition Law Is and Could Be Applied, *Common Market Law Review*, N°21, Vol.11, 1984, P.308 et s., disponible en ligne : <https://ianstewartforrester.com/wp-content/uploads/2020/09/10.-ISF-FORDHAM-1984-LAICIZATION.pdf>

<sup>1537</sup> En vertu des articles 4 et 5, du règlement 17, la Commission doit notifier les accords susceptibles d'enfreindre l'article 85.

<sup>1538</sup> J.J.A. ELLIS, Les règles de concurrence du traité de Rome applicables aux entreprises, *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 15, N°2, Avril-juin 1963. p.328.

des règles de concurrence, renforçant son pouvoir centralisateur, décourageant les procédures nationales.

Le règlement 17/62 accordait de larges pouvoirs d'enquête et de vérification à la Commission, qui, par voie de décision, pouvait ordonner le contrôle des livres comptables ou de tous documents professionnels directement auprès des entreprises avec l'assistance des gouvernements nationaux<sup>1539</sup>.

En outre, si elle disposait d'indications concrètes montrant que la concurrence dans un secteur donné était restreinte ou faussée, la Commission avait la possibilité d'entreprendre des enquêtes économiques sectorielles<sup>1540</sup>. Le règlement 17/62 garantissait donc à la DG IV un haut degré élevé d'indépendance dans la prise de décision sous le contrôle de la Cour de Justice des Communautés européennes.

Cependant, comme un délégué américain à la Chambre de commerce international l'avait prédit « *la déclaration obligatoire serait non seulement paralysante pour la Commission – en raison de la masse des documents à traiter – et inefficace – car les ententes les plus néfastes ne se déclareront pas* »<sup>1541</sup>, la procédure de notification provoqua une avalanche de notifications au sein de la Commission recevant 36 000 notifications au début de l'année 1963<sup>1542</sup>. Le commissaire à la concurrence von der Groeben n'établit pas de priorité et d'orientations claires sur la politique des ententes<sup>1543</sup>. Cette impasse put être dépassée lorsque le Conseil concéda à la Commission le pouvoir d'accorder des exemptions groupées au titre de l'article 85, paragraphe 3, dans certaines situations sans l'approbation du Conseil<sup>1544</sup>.

---

<sup>1539</sup> Voir les articles 11,13,14,15,16 du Règlement 17/1962.

<sup>1540</sup> Article 11, du Règlement 17/1962.

<sup>1541</sup> WARLOUZET, Chapitre V. L'Europe ordolibérale : la politique de la concurrence (1958-1965), in, *Le choix de la CEE par la France : L'Europe économique en débat de Mendès France à de Gaulle (1955-1969)*, Institut de la gestion publique et du développement économique, 2011, paragraphe 138, disponible sur Internet avec abonnement: <http://books.openedition.org/faraway.parisnanterre.fr/igpde/173>

<sup>1542</sup> ASCGI, 1979.0791, volume 262, compte rendu de la 15e conférence d'experts gouvernementaux ; AMAE, RPUE 614, note de synthèse de la REP, 5 juin 1963, cité in, WARLOUZET, Chapitre V. L'Europe ordolibérale : la politique de la concurrence (1958-1965), in, *Le choix de la CEE par la France : L'Europe économique en débat de Mendès France à de Gaulle (1955-1969)*, Institut de la gestion publique et du développement économique, 2011, paragraphe 138, disponible sur Internet avec abonnement : <http://books.openedition.org/faraway.parisnanterre.fr/igpde/173> ; p.17.

<sup>1543</sup> La première décision d'interdiction interviendra le 23 septembre 1963 concernant un contrat d'exclusivité entre Grunding et Consten. JOCE du 20 octobre 1964, décision de la Commission du 23 septembre 1964, 64/566/CEE.

<sup>1544</sup> Règlement 19/65 du 2 mars 1965, JOCE du 6 mars 1965.

**Conclusion.** Les Règlements 17/62 et 19/65 ont marqué l’essor de la Commission européenne créant un cadre juridique et institutionnel pour le droit de la concurrence centré autour de son autorité, marginalisant l’influence politique des États membres. C’est sur le fondement de ces deux articles 85 et 86 que la Commission européenne, puis la Cour de justice provoqueront l’intégration d’un contrôle *ex ante* des concentrations à l’arsenal juridique européen à l’image de ce que l’arrêt *United States v. El Paso Natural Gas Co.* avait établi aux États-Unis, incitant dans les deux cas à une refonte profonde du cadre juridique.

## CONCLUSION DU TITRE II

L'impulsion vers un système de type réglementaire s'est établie à travers la création de la *Federal Trade Commission* et la transformation incidente de la Section Antitrust du Department of Justice en autorité de régulation. L'instauration d'une agence administrative et le renforcement du droit de la concurrence ont semblé résulter de l'édiction de la « règle de raison » par la Cour Suprême dans l'arrêt *Standard Oil Co. V. United States* de 1911 et du chaos qu'entraîna l'exécution du démantèlement des trusts tant sur l'administration que sur les milieux d'affaires. Deux sources majeures de transformation ont pu être dégagées. La première est endogène à l'exercice d'une fonction juridictionnelle non spécialisée. Les questions entourant la nuisance éventuelle d'une opération de concentrations sur la concurrence sont de nature polycentrique. La seconde source de transformation majeure se trouve dans les conséquences sises en aval des arrêts de la Cour suprême. Au-delà de l'évaluation de l'efficacité économique du remède de la dissolution, qui appartient au domaine de l'analyse économique et qui ne semble pas être une cause directe au changement des formes structurelles en 1914, s'est posée l'inadéquation des moyens du Department of Justice face à la problématique du démantèlement. La création de la Commission européenne et de la Direction générale de la concurrence s'est imposée différemment. Fondée à l'issue d'un consensus politique et héritière de la Haute Autorité de la CECA, avec une inspiration lointaine de la FTC, elle a semblé s'inscrire naturellement dès ses origines dans un pouvoir administratif fort, bénéficiant d'une compétence exclusive en matière de concurrence. Les nécessités de construire le marché commun et les difficultés techniques de la notification préalable dans le cadre de la CECA, avaient retardé l'instauration d'un contrôle *a priori* des concentrations, jusqu'à ce que le changement guidé par la Cour de justice des Communautés européennes.

# CONCLUSION DE LA PARTIE I

La genèse du système américain de contrôle explique la place accordée au pouvoir judiciaire au sein de la procédure de contrôle *ex ante*. Cette intervention constitue en réalité l'élément primordial du contrôle des concentrations américain. Il forme le noyau autour duquel se sont agrégées les évolutions institutionnelles, marquant par conséquent une persistance du modèle primitif au sein du système actuel. Le Sherman Act de 1890 tenta pour la première fois d'appréhender les phénomènes concentratifs en chargeant le juge, après la mise en œuvre d'une action publique, d'interpréter la loi et de procéder à sa sanction par l'édiction de mesures pénales et administratives. Ce mode d'intervention *ex post* n'est pas neutre. En laissant aux juges et aux jurys la charge de superviser l'application du droit de la concurrence, l'État fédéral agissait *a posteriori* du comportement ou de l'acte. Il constitue ce que Daniel Crane appelle « *l'adjudicatory model* » c'est-à-dire un modèle où l'efficacité et la portée du dispositif juridique sont déléguées au pouvoir judiciaire : l'exercice du contrôle est décentralisé, exercé en aval et sa mise en œuvre est conditionnée à la commission d'une faute ou d'un crime. Il est l'expression de la volonté d'une intervention publique minimale, en adéquation avec la conception libérale de l'État qu'ont les États-Unis depuis leur fondation. L'Union européenne, au contraire, place ses institutions au centre de son dispositif de contrôle. Elle s'inscrit dans la tradition centralisatrice des monarchies qui ont été à l'origine de sa création.





**DEUXIEME PARTIE :**  
**LES SCHEMAS ORGANISATIONNELS ACTUELS**



Les dispositifs de contrôle des concentrations en tant que mécanismes spécifiques de mise en œuvre du droit de la concurrence ont été intégrés à des systèmes institutionnels structurés avant leur création indifférents à la logique particulière que pouvait requérir ce nouveau mode de régulation. Au cœur de ces ensembles matriciels, les organes chargés de leur application ont composé, sous l'influence de cultures juridiques éloignées<sup>1545</sup>, des « schémas » antagoniques qu'il convient d'analyser sous l'angle de l'efficacité.

L'organisation<sup>1546</sup> est une notion polysémique, qui renvoie d'une part à la forme tangible « d'organes », mais aussi d'autre part, à « *la manière dont un corps ou des éléments sont organisés* »<sup>1547</sup>. Ce dernier registre implique l'examen de la façon dont les organisations se coordonnent et collaborent<sup>1548</sup>. Il s'agit dans le même temps de savoir comment chaque institution<sup>1549</sup> opère individuellement en vue de réaliser cette tâche<sup>1550</sup> et donc exerce le contrôle.

---

<sup>1545</sup> La culture juridique peut se définir selon Antoine Garapon, comme « un ensemble de présupposés partagés qui orientent le raisonnement, les valeurs et les perceptions d'un groupe social ». A. GARAPON, *Bien juger, Essai sur le rituel judiciaire*, Éd. Odile Jacob, 1997, p. 149 ; Voir en général, D. NELKEN, *Defining and Using the Concept of Legal Culture, dans Comparative Law*, E. Örucu, D. Nelken, eds. 2007, p. 108 et s.

<sup>1546</sup> La notion d'organisation est comprise ici dans le sens dégagé par la théorie économique, défini par Douglass C. North au sein de la Nouvelle économie institutionnelle (*New institutional economics*), c'est-à-dire qui désigne toutes personnes morales ou physiques, publiques ou privées interagissant dans une situation donnée. Comme il l'explique dans son ouvrage de référence, « *A crucial distinction in this study is made between institutions and organizations...conceptually, what must be clearly differentiated are the rules from the players. The purpose of the rules is to define fine the way the game is played. But the objective of the team within that set of rules is to win the game - by a combination of skills, strategy, and coordination; by fair means and sometimes by foul means* ». D.C. NORTH, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, 1990, Ed. 2012, p.3-10 ; voir à titre liminaire, W. KASPER, M.E STREIT, P. J. BOETTKE, *Institutional Economics – Social Order and Public Policy*, Edward Elgar Publishing Ltd, 2d Ed., 2013 ; E. G. FURUBOTN, R. RICHTER, *Institutions and Economic Theory : The Contribution of the New Institutional Economic*, University Press, 2d Ed., 2005 ; P. MÉNARD, *Économie des organisations*, Éd. La Découverte, Coll. Repères, 2012.

<sup>1547</sup> Dictionnaire du Centre National pour un Traitement Optimisé de la Langue (CRNTL ci-après), occurrence « organisation ». [Consultable en ligne : <https://www.cnrtl.fr/definition/organisation>].

<sup>1548</sup> Si les rapports de compétence entre le DOJ et la FTC s'inscrivent dans le champ d'études de la présente thèse, il ne sera pas traité la coordination des autorités de contrôle américaines et européennes sur le plan des relations internationales. Nous précisons toutefois à titre liminaire que ces rapports se fondent sur la base de deux accords bilatéraux de coopération l'un datant du 23 septembre 1991, *Agreement between the Government of the United States of America and the Commission of the European Communities regarding the application of their competition laws - Exchange of interpretative letters with the Government of the United States of America*, (disponible en ligne : [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:21995A0427\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:21995A0427(01))) et l'autre du 4 juin 1998 intitulé *Agreement between the Government of the United States of America and the European Communities on the Application of Positive Comity Principles in the Enforcement of their Competition Laws*, (disponible en ligne : <https://www.justice.gov/atr/agreement-between-united-states-and-european-communities-application-positive-comity-principles>). Les accords ont pour but à travers des mécanismes de coordination et de coopération d'arriver à une application plus efficace des règles de concurrence au sein de chaque système de droit et éviter ainsi les risques de conflits qui peuvent se dresser au sein d'économies globalisées. Parmi les mécanismes de coopération, peuvent être cités la notification entre institutions (Article II, 2.(c) de l'accord de 1991) ou des échanges d'informations pertinentes ( Article III de l'accord de 1991). Le deuxième accord institue un

Partant de ces observations préliminaires, l'efficacité des systèmes se questionne sous des angles multiples et dans des domaines variés. Au centre de plusieurs champs disciplinaires, les économistes des organisations apportent quelques clés<sup>1551</sup>. L'efficacité ayant une finalité pratique, la théorie économique semble, parmi les sciences sociales, la mieux disposée à proposer un cadre de réflexion, mais aussi des outils méthodologiques. Cette démarche permet d'interroger les buts puisque l'efficacité se définit comme « *la capacité d'atteindre un objectif fixé a priori* »<sup>1552</sup>. Cette définition va au-delà de celle usuelle où ce qui est efficace « *produit l'effet attendu* »<sup>1553</sup>. Elle étudie les organisations, décortique leur fonctionnement par l'examen de leur mode de coordination et les structures internes dont dépend l'efficacité de leurs choix au travers notamment du prisme de la théorie des coûts de transactions.

---

*positive comity*, permettant à une institution de demander à une autre d'initier et de prendre toutes actions appropriées pour mettre fin à des actes ou conduites ayant des effets sur la partie qui la demande. L'Union européenne et les États-Unis ont conclu un *memorandum of understanding* (MOU) sous la forme d'un accord de « bonnes pratiques », le *Best practices on cooperation in merger investigations*, conclu en octobre 2011, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cooperation-agreements/us-eu-merger-working-group-best-practices-cooperation-merger-investigations>.

<sup>1549</sup> Nous écartons par-là les entreprises et les personnes physiques, afin de réduire l'étude aux institutions juridiques publiques, *i.e.*, les autorités de concurrence en charge du contrôle des concentrations.

<sup>1550</sup> Ce deuxième sens identifie l'organisation « *comme fonction, une fonction à construire ex nihilo à partir de principes pour rendre l'action rationnelle* ». J-M SAUSSOIS, *Théorie des organisations*, Ed. La Découverte, Coll. Repères, 2019, p.5.

<sup>1551</sup> L'objet de recherche des économistes organisationnels porte sur la connaissance de « *the existence, nature, design, and performance of organizations, especially managed ones* » par l'utilisation de la logique et des méthodes économiques. Selon Claude Ménard, leurs études recouvrent deux dimensions principales. L'une « globalisante », qui s'intéresse « à l'ensemble des arrangements institutionnels qui permettent d'assurer la production et l'échange dans une économie de marché », l'autre « restrictive » qui vise « l'analyse de l'organisation comme entité économique distincte, c'est-à-dire comme lieu de décision unifié en dernier ressort, l'archétype en étant l'entreprise ». L'économie des organisations cherche donc à comprendre et expliquer la nature des entités économiques pour déduire « *l'organisation effective* » des marchés, leurs caractéristiques particulières et leurs évolutions. Les perspectives adoptées par les économistes organisationnels sont parfois considérées comme hétérodoxes, notamment parce qu'ils sous-tendent l'appréhension de données traditionnellement ignorées par les économistes, les considérant par nature en dehors de leur champ disciplinaire (sociologique, anthropologique et psychosocial) et introduisent des complexifications aux théories, aux modèles et aux mécanismes simplifiés par convention, qui structurent la théorie économique. L'économie organisationnelle interroge les choix, les raisons d'une organisation particulière et les difficultés qui peuvent en résulter, renvoyant à des considérations qui peuvent être managériales, mais aussi scientifiques. Des auteurs néo-institutionnalistes, comme Oliver Williamson ont contribué à intégrer à l'analyse économique « l'environnement institutionnel » (les institutions dans l'acception économique se réfèrent aux normes juridiques ou sociales stables inscrites dans une longue durée, Douglass North les résume par le terme de « règles du jeu ». Cf. D.C. NORTH, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, 1990, Ed. 2012, pp. 3-10), dont les organisations sont un sous-ensemble. La théorie néo-institutionnelle a montré la relation de co-influences qui existent entre les organisations et les institutions, ces éléments concourant à la performance macroéconomique. R. S. GIBBONS, J. ROBERTS, *The Handbook of Organizational Economics*, Princeton University Press, 2013 p. 15 ; C. MÉNARD, *Économie des organisations*, Ed. La Découverte, Coll. Repères, 2012, p. 3 et s. ; J-M SAUSSOIS, *Théorie des organisations*, Ed. La Découverte, Coll. Repères, 2019, p. 3 et s. ; B. CHAVANCE, *L'économie institutionnelle*, Ed. La Découverte, Coll. Repères, 2007, p. 71.

<sup>1552</sup> C. MÉNARD, *Économie des organisations*, op.cit., p. 96.

<sup>1553</sup> Les dictionnaires Larousse et de l'Académie française présentent des définitions identiques. L'occurrence « efficace » du CRNTL ajoute « *dans de bonnes conditions et sans autre aide* », qui apporte une dimension essentialiste et circonstancielle à la notion [consultable en ligne : <https://www.cnrtl.fr/lexicographie/efficace>].

L'efficacité d'une organisation reposerait sur ses décisions qui procèderaient de plusieurs facteurs, dont celui de la fiabilité de l'information reçue et transmise au sein de l'organisation et surtout de son coût.

Le contrôle *a priori* inscrit au titre 15 § 18a (d) du *United States Code* (U.S.C ci-après) codifiant le HRS Act attribue la compétence de mise en œuvre du contrôle des concentrations à la FTC et au DOJ via l'*assistant attorney general*<sup>1554</sup>. Ces autorités doivent requérir auprès d'un juge la suspension d'une opération. Dans ce système, la décision d'interdire une fusion-acquisition est donc externalisée à l'autorité administrative. Les personnes privées ainsi que les State attorneys<sup>1555</sup> peuvent appliquer les dispositions de la Section 7 du *Clayton Act* sans avoir accès au dispositif particulier qu'est le contrôle *ex ante*<sup>1556</sup>. La temporalité de l'action contre une concentration peut s'exercer à tout moment, au-delà de sa consommation si ses effets amoindrissent la concurrence. Le caractère extraordinaire au sens premier du terme, du contrôle des concentrations américain apparaît également dans la superposition des compétences de contrôle avec les autorités de régulation sectorielles fédérales, mais aussi avec les États fédérés. L'application du droit fédéral n'emporte pas en effet, d'exclusion directe des

---

<sup>1554</sup> Le titre 15 U.S.C §18a (d) dispose que :

The Federal Trade Commission, with the concurrence of the Assistant Attorney General and by rule in accordance with section 553 of title 5, consistent with the purposes of this section-

(1) shall require that the notification required under subsection (a) be in such form and contains such documentary material and information relevant to a proposed acquisition as is necessary and appropriate to enable the Federal Trade Commission and the Assistant Attorney General to determine whether such acquisition may, if consummated, violate the antitrust laws; and

(2) may-

(A) define the terms used in this section ;

(B) exempt, from the requirements of this section, classes of persons, acquisitions, transfers, or transactions which are not likely to violate the antitrust laws; and

(C) prescribe such other rules as may be necessary and appropriate to carry out the purposes of this section.

[Consultable en ligne : <https://uscode.house.gov>, ]

<sup>1555</sup> Le *state attorney general* est à la tête de toutes les affaires juridiques de son état. Il est en principe élu (43 états), mais il peut être nommé par la législature, la cour suprême locale ou par le gouverneur. Ses compétences s'étendent à toutes les matières qui affectent l'état et ses citoyens. Le *state attorney* peut donc enquêter et contester une concentration sur le fondement de son propre droit, mais aussi en application du droit fédéral (Titre 15 U.S.C. §§ 15,26). Il peut agir en tant que *parens patriae* afin de rechercher des *injunctives relieves* indépendamment des agences nationales de concurrence si l'économie générale de son état était frappée par une opération. Voir, la jurisprudence de principe, *Hawaii v. Standard Oil Co.*, 405 U.S. 251 (1972).

<sup>1556</sup> Les dispositions de la Section 7 du Clayton Act peuvent être mise en œuvre par le FTC en vertu de la Section 11 du Clayton Act codifié au titre 15 U.S.C. Sec 21, l'*Attorney General* en vertu de la Section 15 du Clayton Act codifié au titre 15 U.S.C. Sec.25 et par les personnes privées sur le fondement de la Section 4 du Clayton Act codifié au titre 15 U.S.C. Sec. 15. Les opérations de concentrations peuvent être attaquées sur le fondement des Sections 1et 2 du Sherman Act, par l'*Attorney General* et les personnes privées. La FTC peut poursuivre toutes concentrations sur le fondement de la Section 5 du FTC Act qui produiraient des « *unfair methods of competitions in or affecting commerce* ». Elle utilise habituellement ces deux bases légales pour « challenger » une opération.

droits fédérés, dont les législations peuvent consister en un contrôle *ex ante*, exécuter soit à titre du droit général de la concurrence, soit par application de règles sectorielles.

La Commission européenne au contraire constitue « *l'exécutif collégial commun* »<sup>1557</sup> dont le rôle est de promouvoir « *l'intérêt général et prend [re] les initiatives appropriées à cette fin. Elle surveille l'application du droit de l'Union sous le contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne* »<sup>1558</sup>. Sa fonction de maître d'œuvre du contrôle des concentrations a été attribuée pour la première fois le 21 décembre 1989 par le Conseil<sup>1559</sup>. La Commission opère en principe seule<sup>1560</sup> en exerçant un pouvoir qui s'apparente à une police administrative<sup>1561</sup>. Sa puissance au cours du processus d'examen et son pouvoir de prononcer une décision de suspension automatique de la concentration renvoient à un modèle administratif qui tranche avec le modèle juridictionnel-accusatoire nord-américain. Le passage de *l'ex post* à *l'ex ante* aurait dû bouleverser ces arrangements, il s'avère que le modèle accusatoire étend peu à peu son espace constituant une marque de déséquilibre dans l'architecture institutionnelle portant le contrôle des concentrations.

L'objet de cette deuxième partie est de réduire le champ d'études de l'efficacité à une analyse statique des autorités de concurrence, en examinant l'architecture institutionnelle de ces systèmes (titre I), puis d'adopter un point de vue dynamique en étudiant l'exercice de leur compétence de contrôle (titre II).

---

<sup>1557</sup> J-L, CLERGERIE, A. GRUBER, P. RAMBAUD, *Droit institutionnel et matériel de l'Union européenne*, Dalloz, 12<sup>e</sup> Ed., 2018, p. 142.

<sup>1558</sup> Article 17 du traité sur l'Union européenne. [Consultable en ligne : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A12012M%2FTXT>, ]

<sup>1559</sup> Règlement (CEE) n° 4064/89, JOL 395, 30 décembre 1989, entré en vigueur le 21 septembre 1990.

<sup>1560</sup> Article 21 (4) du Règlement du Conseil (CE) N° 139/2004 du 20 janvier 2004.

Collaboration avec les États sur les questions de juridiction

<sup>1561</sup> N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien Lextenso Ed., 2013, p.435.

# **TITRE 1- L'EFFICACITÉ ORGANIQUE**



La FTC<sup>1562</sup> est née aux États-Unis de la volonté de confier à un organe spécialisé, indépendant du politique<sup>1563</sup>, la charge d'analyser et de poursuivre les comportements et les actes qui attenteraient à la concurrence. L'autorité administrative indépendante constituait pour ses fondateurs l'exemple d'une administration nouvelle : organisée, autonome et rationnelle,<sup>1564</sup> incarnant selon Pierre Rosanvallon un « *pouvoir administratif objectif* »<sup>1565</sup> dédié exclusivement à l'exécution de sa tâche. Créée à l'acmé de la théorie de la bureaucratie<sup>1566</sup> où l'administration rationnelle suivait une organisation scientifique<sup>1567</sup>, l'autorité administrative indépendante avait le rôle de garantir par son objectivité<sup>1568</sup> et par la recherche d'efficacité<sup>1569</sup>

---

<sup>1562</sup> L'*Antitrust Division* au sein du DOJ constitue un organisme à part dans l'environnement du contrôle américain des concentrations. Dirigée par l'*Assistant Attorney General* cette autorité de poursuite est placée sous la hiérarchie de l'*Attorney General*, nommé comme tous les *Public Officers* par le Président des États-Unis et confirmés par le Sénat. Il est intégré pleinement à l'*executive branch*. L'*Antitrust Division* a été organisée sous la forme bureaucratique au même titre que tous les *departments* fédéraux américains, mais ne s'intègre pas dans la dynamique progressiste d'objectivisation des administrations.

<sup>1563</sup> Plus particulièrement de l'orientation « pro-business » prise par les juges et la difficulté à voir les pratiques des entreprises condamnées par les cours. Sur ces questions, voir, T. SKOCPOL, *Protecting Soldiers and Mothers*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge Massachusetts London, England, 1992, p. 258 et s. ; D. LOCKARD, W. F. MURPHY, *Basic Cases in Constitutional Law*, Macmillan Publishing Co., Inc., New York, New York, U.S.A., 1992 ; L.M. FRIEDMAN, *A History of American Law*, 2d Ed., Simon and Schuster, 1985, p. 475.

<sup>1564</sup> K. ALLERFELDT (édité par), R. L. MCCORMICK, *The Discovery that Business Corrupt Politics : a Reappraisal of the Origins of Progressivism*, in, *The Progressive Era in the USA: 1890–1921*, Routledge, 2d Ed, 2017 (ebook), London, p. 41 et s.

<sup>1565</sup> L'incarnation de ce désir d'établir une administration nouvelle isolée des pressions politiques et du clientélisme s'est manifestée en France dans la première moitié du XIXe par les multiples propositions d'introduire un concours général d'accès aux postes rétribués par l'État sur la base de critères objectifs, sans succès à l'exception des grands corps d'État, jusqu'au début de la IIIe République. Voir. J-C SAVIGNAC, L'État et la fonction publique : enseignements et perspectives, *Revue juridique de l'Ouest*, N° 2, 2009, p.145 [consultable en ligne, [https://www.persee.fr/doc/juro\\_0990-1027\\_2009\\_num\\_22\\_2\\_4107](https://www.persee.fr/doc/juro_0990-1027_2009_num_22_2_4107), ] ;

F. DREYFUS, La double genèse franco-britannique du recrutement au mérite : le concours et l'*open competition*, *Revue française d'administration publique*, N° 142, 2012, p. 335 et s. ; V. en général, L. ROUBAN, *La fonction publique*, Ed. La découverte, Coll. Repères, 2009. Aux États-Unis, la dynamique progressiste américaine cherchait de même une réponse au « *dévolement de l'intérêt général* » par les partis politiques et vote en 1883 le *Pendleton Civil Service Reform Act*, (complété par le Hatch Act en 1939) qui réduit pour une très grande part le *spoils system* (système introduit par le Président Andrew Jackson en 1829 originellement dans un but démocratique, permettant la désignation politique lors de chaque nouvelle élection aux postes clés de l'administration) des effectifs. Voir. P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Ed. Du Seuil, Coll. Points Essais, p. 60 ; A. HOOGENBOOM, *The Pendleton Act and the Civil Service*, *The American Historical Review*, Vol. 64, No. 2, Janv. 1959, p. 301.

<sup>1566</sup> Le sociologue Max Weber témoin de l'organisation bureaucratique prussienne, en œuvre depuis la fin du XIXe siècle, dégagait une analyse théorique fondatrice. Cet « *ideal-type* » rassemble plusieurs caractéristiques particulières : « *la hiérarchie, l'impersonnalité des fonctions spécialisées, l'ordre, les règles et les mises en place de procédures* ». M. PÉRON, La bureaucratie est-elle efficace ?, *Regards croisés sur l'économie*, Ed. La découverte, N° 18, 2016, p. 119. F. CANTELLI, Le management, un « anti-Weber » ? Autour de Françoise Dreyfus, *Pyramides* [En ligne], 2 | 2000, [consultable en ligne, <http://journals.openedition.org/pyramides/580>, ]. E. DREYFUS, *L'invention de la bureaucratie. Servir l'État en France, en Grande-Bretagne et aux États-Unis (XVIIIe-XXe siècle)*. La découverte, Coll. Série histoire contemporaine, Ed. 2010 (pdf).

<sup>1567</sup> Charles Taylor publia les *Principles of Scientific Management* en 1911.

<sup>1568</sup> P. BEZES, F. PIERRU, État, administration et politiques publiques : les déliaisons dangereuses. La France au miroir des sciences sociales nord-américaines, *Gouvernement et action publique*, N° 2, 2012, p. 45.

<sup>1569</sup> La recherche de l'efficacité doit cependant se réaliser au meilleur coût. Le terme « d'efficience » ou « *efficiency* » en anglais se diffuse alors au sein des milieux universitaires et dans la vie civile à travers de nombreuses revues. Woodrow Wilson décrit la tâche de l'administration comme impliquant la découverte « *of what*

« l'idéal démocratique »<sup>1570</sup>. Au cours du XXe siècle et au fur et à mesure de la progression et de la généralisation des techniques de gestion bureaucratique, des critiques se firent jour dans les pays anglo-saxons<sup>1571</sup>. Celles développées par les théoriciens de la *Policy Analysis*<sup>1572</sup> sont particulièrement intéressantes, car elles sont à l'origine de la science « behavioriste »<sup>1573</sup>, courant le plus hostile au système bureaucratique et par extension aux autorités administratives indépendantes<sup>1574</sup>. La *Policy Analysis* ne s'attachait plus à l'étude de l'administration en tant que système social, mais se concentrait sur son fonctionnement. Les chercheurs orientèrent leurs recherches vers des questions concernant le rôle de la volonté de l'individu dans le processus de décision<sup>1575</sup>. Le concept de la théorie économique de « rationalité limitée » initialement réservé aux agents de marché fut alors introduit. Cette approche particulière constitue le fondement, selon Massimo Balducci, de la théorie du *Public choice*<sup>1576</sup> où « la décision de

---

*government can properly and successfully do, and secondly, how it can do these proper things with the utmost possible efficiency and at the best possible cost either of money or of energy* ». W. WILSON, cité in, D. YATES, *Bureaucratic Democracy. The search for Democracy and Efficiency in American Government*, Harvard University Press, 1982, p. 21 et s. Voir aussi, J. PIERRE, *Bureaucracy in the Modern State. An Introduction to Comparative Public Administration*, Edward Elgar Publishing Limited, 3<sup>e</sup> Ed., 2002, p. 18.

<sup>1570</sup> ROSANVALLON, La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité, op.cit., p.75. Voir aussi, D. YATES, *Bureaucratic Democracy. The search for Democracy and Efficiency in American Government*, Harvard University Press, 1982, p. 1 et s.

<sup>1571</sup> Les critiques contemporaines postérieures à l'essor des administrations bureaucratiques mettent en exergue l'apparition d'une « mentalité » rigide hiérarchisant l'importance des moyens avant celui des fins tronquant le but initial de l'efficacité et développant des comportements ritualistes, mais aussi le pouvoir étendu et supposé incontrôlable qu'ont pu acquérir les bureaucraties. Voir. R.K. MERTON, The Unanticipated Consequences of Purposive social Action, *American Sociological Review*, Vol. 1, N° 6, Dec. 1936, pp. 894-904 ; R.K. MERTON, Bureaucratic Structure and Personality, *Social Force*, Vol. 18, N° 4, May 1940, pp560-668 ; E. DREYFUS, *L'invention de la bureaucratie. Servir l'État en France, en Grande-Bretagne et aux États-Unis (XVIIIe-XXe siècle)*. La découverte, Coll. Série histoire contemporaine, Ed. 2010 (pdf) ; D. GUILLEMOT, G. JEANNOT, Modernisation et bureaucratie, l'administration d'État à l'aune du privé, *Revue française de sociologie*, Presse de Sciences Politiques, Vol. 54, 2013, p. 84.

<sup>1572</sup> La *Policy Analysis* est une discipline qui apparaît dans les années 1950 à la suite des travaux de H.D. Lasswell (1903-1978), puis de l'ouvrage d'Herbert A. Simon, *Administrative Behavior : A Study of Decision Making Process in Administrative Organizations*, paru en 1945. Ils marquent l'orientation des recherches sur la bureaucratie vers une démarche sociologique, considérant que les comportements et les mécanismes sociaux sont des éléments constitutifs des fonctionnements administratifs. Désireux d'être au plus proche de la « réalité sociale », leurs études sont empiriques et portent sur des aspects concrets et spécifiques. Les domaines étudiés par les sociologues de la *Policy Analysis* sont particulièrement spécialisés et sont dits même « microscopiques ». Voir. P. BEZES, F. PIERRU, État, administration et politiques publiques : les déliaisons dangereuses. La France au miroir des sciences sociales nord-américaines, *Gouvernement et action publique*, N° 2, 2012, p. 45 ; M. BALDUCCI, L'influence de l'administrative behavior de H. Simon sur l'étude des organisations et du public choice, *Revue française d'administration publique*, N° 131, 2009.

<sup>1573</sup> Selon Jean-Michel Saussois, le but de Herbert A. Simon est de tendre à ce que ses observations sur les organisations et les propositions qui en résultent soient reproductibles et confrontées à la controverse scientifique. Voir. J-M SAUSSOIS, *Théorie des organisations*, Ed. La Découverte, Coll. Repères, 2019, p.5.

<sup>1574</sup> La mise en cause des autorités administratives indépendantes repose principalement sur deux fondements : l'un organique, d'inefficacité structurelle, l'autre ontologique dans leur fonction : la concurrence pour être efficace ne doit pas faire l'objet d'intervention extérieure.

<sup>1575</sup> M. BALDUCCI, L'influence de l'administrative behavior de H. Simon sur l'étude des organisations et sur la théorie du public choice, *Revue française d'administration publique*, N° 131, 2009, p. 553.

<sup>1576</sup> M. BALDUCCI, *Azione e decisione politica, prospettive concorrenti nell'approccio decisionale*, *Rivista Italiana di Scienza Politica*, 1979, III, publié en ligne par Cambridge University press, le 14 juin 2016,

*participer à un système social dépend d'un calcul de convenance où entre en jeu non seulement des valeurs économiques, mais aussi des valeurs sociales* ». Cette école de pensée<sup>1577</sup> qui applique la théorie économique à l'organisation et au fonctionnement des institutions politiques questionna fortement le présupposé selon lequel les autorités publiques de concurrence agissent et fonctionnent de manière objective et dans l'intérêt public<sup>1578</sup>. De ces études sont apparues un éventail de modalités institutionnelles, évaluées selon leur efficacité par les nouveaux représentants de l'école du *Public Choice*. Le point d'orgue de leurs travaux repose sur une critique de l'indépendance des autorités administratives de contrôle. Il s'agira d'analyser les modalités qui entourent l'exercice de la fonction de contrôle au sein de ces organes de part et d'autre de l'Atlantique, au travers d'un chapitre unique (**Chapitre 1 — L'architecture institutionnelle du contrôle des concentrations**).

---

[Consultable à l'adresse suivante :[https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/262BAA475E2FF6E171D57104DEC7E339/S0048840200007504a.pdf/azione\\_e\\_decisione\\_politica\\_nellapproccio\\_decisionale\\_prospettive\\_concorrenti.pdf](https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/262BAA475E2FF6E171D57104DEC7E339/S0048840200007504a.pdf/azione_e_decisione_politica_nellapproccio_decisionale_prospettive_concorrenti.pdf) ],

<sup>1577</sup> Le courant de la théorie économique du *Public Choice* a été fondé sous l'impulsion de James M. Buchanan (1919-2013) et Gordon Tullock (1922-2014), avec le concours de Duncan Black (1908-1991), Kenneth Arrow (1920-2017), William H. Riker (1920-1993) et Anthony Downs. Leurs travaux portèrent en premier lieu sur le système électif et la démocratie représentative. Ronald Coase (1910-2013) contribua sur les coûts sociaux. Voir, B. GROFMAN, *Reflections on Public Choice*, *Public Choice*. Vol. 118, N° ½, Jan. 2004, p. 31–51. Cette école de pensée applique par analogie les principes de l'analyse néo-classique du comportement rationnel des agents aux situations hors marché. Voir à titre liminaire, J.M. BUCHANAN, G. TULLOCK, *The Calculus of Consent*, 1962 ; D. NORDHAUS, *The Political Business Cycle*, 1970 ; M. OLSON, *The Logic of Collective Action : Public Goods and The Theory of Groups*, Cambridge (Mass.), Harvard Univ. Press, 1965 ; A. DOWNS, *Economic Theory of Democracy*, New York, Harper, 1955 ; W.H RIKER, *The Theory of Political Coalitions*, New Haven, Yale Univ. Press, 1962 ; W. A. NISKANEN, *Bureaucracy and Public Economics*, Edward Elgar, 2d Ed., 1996.

<sup>1578</sup> La définition « d'intérêt public » dans la littérature économique américaine se réduit tantôt au « bien-être social » (*social welfare*) ou « la promotion de l'efficacité économique » (*the promotion of economic efficiency in the economy*) Voir. M.B. COATE, R.S. HIGGINS, F.S MCCHENEY, *Bureaucracy and Politics in FTC Merger Challenges*, *Journal of Law and Economics*, Vol. 33, N° 2, 1990, p.464 ; R. D. TOLLISON, *Public Choice and Antitrust*, *Cato Journal*, Iss. 4, 1984-1985, p. 906 et s. ; T.M. MOE, *Delegation, Control, and the Study of Public Bureaucracy*, *The Forum*, Vol. 10, Iss. 2, Article 4, p. 905. Les leçons ont été tirées des apports du *Public Choice*. Une application concrète de leurs principes a été réalisée en 1980 sous la présidence Reagan sur la FTC. Voir., George J. Stigler dans son article « *The Theory of Economic Regulation* », de 1971 sur la mise en œuvre des principes analytiques du *public choice* à la réglementation publique. G.J STIGLER, *The Theory of Economic Regulation*, *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2, No. 1 (Spring, 1971), p. 3 à 21.

# Chapitre 1. L'architecture institutionnelle du contrôle des concentrations

Les relations entre les institutions et leur propension à se coordonner au sein d'une dynamique commune conditionnent leur capacité à réduire de manière efficace les entraves à la concurrence et les atteintes au bon fonctionnement de l'activité économique<sup>1579</sup>. Le choix d'une forme particulière d'organisation interne des services détermine de même directement la qualité des institutions et leurs résultats. Ces ensembles forment un écosystème auquel les entreprises peuvent être confrontées au cours de leur existence et leurs décisions produisent des effets à long terme sur la structure des marchés et la compétitivité des entreprises<sup>1580</sup>. L'efficacité de leur organisation et de leur action revêt donc une importance fondamentale. Comme il a été développé, les autorités de concurrence ont préexisté au contrôle *a priori* des concentrations. Elles se sont structurées en osmose avec leur tradition juridique, adoptant des formes en Europe qui ne s'opposent pas à l'imposition de règles unilatérales aux entreprises par l'autorité publique, faculté aux États-Unis, si non refusée, encadrée par l'intromission du juge judiciaire<sup>1581</sup>. Le dispositif juridique du contrôle des concentrations s'y est intégré en outre, suivant des modalités différentes, mais qui réservent dans chacun des systèmes une place majeure au rôle de l'économiste.

---

<sup>1579</sup> Voir, P. J. WEISER, Towards, An International Dialogue on the Institutional Side of Antitrust, Remarks as Prepared for NYU Annual Survey of American Law Conference, New York, New York, 19 février 2010, Consultable à l'adresse suivante : <https://www.justice.gov/atr/speech/toward-international-dialogue-institutional-side-antitrust>.

<sup>1580</sup> Carles Esteva Mosso, directeur général adjoint en charge des concentrations (2016-2019) au sein de la Direction générale de la concurrence de la Commission européenne, rappelait en 2018 devant l'American Bar Association les buts généraux poursuivis par le contrôle européen des concentrations : « *Merger control rules in the EU aim at preserving competitive market structures and ensuring that consumers fully enjoy the benefits of competition. These benefits include low prices, high quality, wide choice, as well as innovative products and services* ». Voir C. ESTEVA MOSSO, Innovation in EU Merger Control, Remarks prepared for the 66th ABA Section of Antitrust Law Spring Meeting, Washington, 12 April 2018, Consultable à l'adresse suivante : [https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2018\\_05\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2018_05_en.pdf). Aux États-Unis, la FTC et le DOJ définissent ce rôle dans les mêmes termes « *to preventing mergers and acquisitions that are likely to reduce competition and lead to higher prices, lower quality goods or services, or less innovation* » (voir. <https://www.ftc.gov/enforcement/merger-review> ). L'expression « *competitive market* » utilisée par Carles Esteva Mosso, se traduisant dans ce contexte par l'adjectif « concurrentiel », c'est-à-dire « où la concurrence n'est pas faussée », comme définie dans les objectifs inscrits dans le préambule au Règlement CE sur les concentrations n° 139/2004 du Conseil] et son règlement de mise en œuvre [règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission].

<sup>1581</sup> D. GERBER, Implementing Competition Law in Asia : Using European and U.S. Experience, 2004, p. 158 et s., Disponible en ligne : [https://scholarship.kentlaw.iit.edu/fac\\_schol/234/](https://scholarship.kentlaw.iit.edu/fac_schol/234/).

L'efficacité s'observe aussi sous l'angle des rapports entre les organismes de contrôle et les autorités publiques ou privées. De leur indépendance dépend la réalisation effective de leurs missions et conditionne le cas échéant le bien-fondé de leur existence. Les autorités de contrôle doivent donc se soumettre à des obligations de transparence, principe servant à légitimer la portée extraordinaire de l'action de contrôler *a priori* l'exercice d'une liberté économique.

Il s'agira d'observer dans quelle mesure, la fonction de contrôler les concentrations s'est organisée du point de vue structurel au regard de considérations d'efficacité, qui on le sait, revêt différentes natures et différents buts (**Section 1 — Des schémas institutionnels orientés vers une finalité d'efficacité**). De même, face aux intérêts légitimes des États membres et du Parlement européen en matière de politiques économiques, de mesurer la protection apportée à l'indépendance de la Commission dans l'Union européenne et aux États-Unis, face aux pouvoirs exécutif et législatif (**Section 2 — Les garanties d'indépendance concourant à l'efficacité**).

### *Section 1. Des schémas institutionnels orientés vers une finalité d'efficacité*

La création des autorités de concurrence comme celles des autorités de régulation sectorielles s'est opérée afin de répondre à des problématiques économiques spécifiques. Cette politique d'intervention indirecte des États a permis l'existence de nouvelles formes d'actions publiques<sup>1582</sup> dont la variété des caractéristiques institutionnelles a donné lieu à des analyses typologiques et un travail de systématisation appelé *design institutionnel*<sup>1583</sup>. Ce domaine

---

<sup>1582</sup> J.L. MASHAW, *Recovering American Administrative Law : Federalist Foundations, 1787-1801*, The Yale Law Journal, Issue 115, 2006, p. 82 et s.

<sup>1583</sup> L'étude des formes institutionnelles et des problèmes qui peuvent résulter de leurs agencements ou leur organisation s'inscrit dans le domaine de recherche en sciences sociales né aux États-Unis sous le nom d'« *institutional design* ». Dans la continuité des travaux, des politologues de la policy analysis, les institutions au sens matériel du terme, sont comprises comme des ensembles prescriptifs qui affectent et déterminent le comportement des individus. *L'institutionnal design* comme sous-ensemble de la policy analysis, puisent ses ressorts théoriques dans l'institutionnalisme économique, mais aussi dans la sociologie des organisations. Voir. R. E. GOODIN, *The Theory of Institutional Design*, Cambridge University Press, 1996, p. 1-10 et s. ; D.L. WEIMER, *Institutional Design*, Kluwer Academic Publishers, 1995, p. 3et 4.

d'étude, d'abord mué par des enjeux pratiques, est utilisé dans la réalisation des missions des organisations internationales ou des instituts privés, qui utilisent la science institutionnaliste afin de rendre compte des résultats des organisations observées<sup>1584</sup>.

Si les autorités de concurrence se sont façonnées sous l'influence de considérations parfois extérieures au but d'efficacité, prenant une forme intégrée comme dans l'Union européenne ou à doubles systèmes, judiciaire et administratif, comme aux États-Unis, l'incorporation tardive des entités administratives chargées de mettre en œuvre le contrôle *a priori* des concentrations ne pouvait échapper à cette finalité. Or, l'efficacité d'un système se mesure non seulement au regard de ses buts, mais aussi par ses capacités d'actions, Russel Hardin affirmait à cet égard, « *When an institution fails to accomplish his purpose, we may charge the failure to one of the two causes: (1) misdesign of the institution for that purpose and (2) failure of particular people within the institution* »<sup>1585</sup>.

---

<sup>1584</sup> La recherche en design institutionnel est utilisée par les organismes publics et privés à des fins variées : l'OCDE a produit des études d'évaluation des structures institutionnelles des autorités de concurrence des États membres de son organisation dans l'objectif de favoriser une normalisation internationale, participant selon elle, à « la croissance et l'emploi tout en rendant les économies plus flexibles et innovantes ». Voir, <https://www.oecd.org/daf/competition/>. Voir. Roundtable on change in institutional design of competition authorities, des 17-18 décembre 2014 et 16-18 juin 2015, [Consultable à l'adresse suivante, <http://www.oecd.org/competition/changes-in-competition-institutional-design.htm>. L'International Competition Network (ICN), qui est l'association des autorités de concurrence des États ou des groupements d'États créée à l'issue de la réunion de International Competition Policy Advisory Committee (1997-2000), a publié de même, plusieurs travaux ayant pour thème le design institutionnel des autorités de concurrence afin de fournir des standards de qualité aux jeunes autorités et des méthodologies pour augmenter leur efficacité. Voir. Report on Agency Effectiveness through Organisational Design, International Competition Network, Agency Effectiveness Working Group, 2019. [Consultable à l'adresse suivante, <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2019/05/AEWG-Organisational-design-2019-report.pdf>. Des acteurs privés, tel que la Global Competition Review, qui gravitent autour des entreprises, fournissent des études évaluant et comparant les formes institutionnelles des autorités de concurrence selon des modalités issues de l'analyse économique du droit dans le but de les renseigner dans leurs choix stratégiques. Voir, GCR, Process, Procedure, Design and Performance Competition Law Systems, 24 mars 2011, [Consultable à l'adresse suivante, <https://globalcompetitionreview.com/process-procedure-design-and-performance-norms-in-competition-law-systems>. L'Institut for International Law and Justice de la New York University School of Law, a développé dans le cadre de son projet « Global Administrative Law », une veille des systèmes institutionnels de concurrence des États pour mesurer leurs performances au regard de standards juridiques généraux dégagés par lui. Voir, E.M. FOX, M.J. TREBILCOCK (sous la direction de), *The Design of Competition Law Institutions : Global Norms, Local Choices*, Oxford University press, 2012, 515 p.

<sup>1585</sup> R. HARDIN, « Institutional morality », in R. E. GOODIN, *The Theorie of Institutional Design*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 127, cité par L. BEGIN, Design institutionnel et intervention éthique, in, E. RUDE-ANTOINE et al. *Un état des lieux de la recherche et de l'enseignement éthique*, L'Harmattan, Coll. Éthique en contexte, 2014, p.94.

Au cours de l'année fiscale 2022<sup>1586</sup>, la FTC et le DOJ se sont vu notifier 3259 opérations<sup>1587</sup>, tandis que toutes choses égales par ailleurs, 371 opérations<sup>1588</sup> ont été portées à la connaissance de la Commission européenne<sup>1589</sup>. Contrairement au texte européen, le seuil de notification basé sur la valeur des opérations aux États-Unis a augmenté de manière constante depuis 1976, passant de 15 millions de dollars à 50 millions en 2001, jusqu'à 111,4 millions en 2023, divisant par deux le nombre d'opérations notifiables aux autorités de concurrence

---

<sup>1586</sup> L'année fiscale américaine se déroule pour les administrations fédérales du 1er octobre au 30 septembre de l'année suivante. *Congressional Budget and Impundment Control Act* de 1974. Voir, <https://www.congress.gov/bill/93rd-congress/house-bill/7130>.

<sup>1587</sup> Selon les nombres préliminaires publiés par la FTC sur son site internet, seul le rapport annuel HSR dispose des nombres finaux. Voir, <https://www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program>.

<sup>1588</sup> Voir, les statistiques publiées par année sur le site de la Commission européenne : [https://competition-policy.ec.europa.eu/mergers/statistics\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/mergers/statistics_en).

<sup>1589</sup> Les règles de notification des procédures de contrôle ex ante sont différentes aux États-Unis et dans l'Union européenne. La Commission européenne n'examine, sur le fondement du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, sous réserve d'exceptions, que les opérations franchissant des seuils de chiffre d'affaires de dimension européenne c'est-à-dire soit, « a) le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 5 milliards d'euros, et b) le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 250 millions d'euros, à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même État membre », soit « a) le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 2,5 milliards d'euros; b) dans chacun d'au moins trois États membres, le chiffre d'affaires total réalisé par toutes les entreprises concernées est supérieur à 100 millions d'euros; c) dans chacun d'au moins trois États membres inclus aux fins du point b), le chiffre d'affaires total réalisé individuellement par au moins deux des entreprises concernées est supérieur à 25 millions d'euros, et d) le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 100 millions d'euros, à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même État membre. Voir, Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, Art. 1, [Consultable à l'adresse suivante, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32004R0139&from=FR>. Le 09 septembre 2022, la Commissaire européenne pour la concurrence, Margrethe Vestager a réaffirmé vouloir tirer profit de la flexibilité des règles de notifications par renvois des États membres, de concentrations n'atteignant pas les dimensions européennes, mais ayant un impact sur le marché commun. Voir, M. VESTAGER, *The Future of EU merger control*, Speech before the International Bar Association, 26th Annual Competition Conference, 09 septembre 2022, [ ]. Les critères de notification aux États-Unis reposent sur des seuils examinant à la fois la taille de la transaction et celle des parties à la transaction [15 U.S.C. § 18a(a)]. Pour que les dispositions HSR puissent s'appliquer, au moins une des deux parties à la concentration doit avoir une activité économique affectant le commerce américain. Ces seuils sont depuis 2004 réévalués tous les ans par la FTC et indexés sur le produit intérieur brut (Voir. Loi de 2001 amendant le H.S.R. Improvement Act, Pub. L. 106-553, § 1 (a)(2) [titleVI, §630 (a)], amending subsec. (a)). L'année 2021 a été la première année d'abaissement des seuils, en raison du recul de l'économie américaine en conséquence de la pandémie mondiale du SARS-COV-2 (dit « COVID-19 »). En 2023 les opérations portant sur l'acquisition d'actions ou d'actifs ayant une valeur comprise entre 111,4 millions de dollars et 445,5 millions de dollars sont soumis à une obligation de notification préalable si les *ultimate parent entities* remplissent les conditions du *size of person test*: une des parties à la transaction a un chiffre d'affaires annuel net ou des actifs d'un montant de 222,7 millions de dollars ou plus et l'autre un chiffre d'affaires annuel net ou une valeur d'actifs de 22,3 millions de dollars ou plus. La FTC définit l'*ultimate parent entities* comme « *an entity which is not controlled by any other entity* », voir. Code of Federal Regulations, Title 16, Ch. 1, Subchap. H, Part 801, § 801.1, <https://ecfr.federalregister.gov/on/2020-12-22/title-16/chapter-1/subchapter-H/part-801/section-801.1>, d'une des deux entreprises répond à un de ses critères de taille. Les opérations supérieures à 445,5 millions de dollars sont obligatoirement sujettes à notification sans prise en considération de la taille des parties (voir, Federal Register, Vol. 88, No. 17 / Thursday, January 26, 2023 / Notices, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2023-01-26/pdf/2023-01533.pdf>.

américaines. Malgré le relèvement de ces seuils, ces notifications ont pourtant doublé dans les années 2010 : de 1326 notifications en 2013 à 3520 en 2021<sup>1590</sup>, sans que les ressources des autorités américaines parallèlement n'augmentent<sup>1591</sup>. De même, la Commission européenne rapporte une forte croissance des opérations de concentration d'ampleur européenne,<sup>1592</sup> mais aussi une forte hausse de la complexité des affaires soumises à son contrôle. À partir de l'observation de l'organisation administrative externe et interne des autorités de concurrence (**§1. Structures externes et organisation interne des autorités de contrôle**) nous identifierons les limites institutionnelles à l'efficacité du contrôle des concentrations (**§2. Les moyens matériels et humains des autorités de concurrence**)

### *§1. Structures externes et organisations internes des autorités de contrôle*

Le contrôle *a priori* des concentrations comme dispositif juridique de régulation de la concurrence s'est intégré au sein de structures administratives déjà constituées<sup>1593</sup>. Ces structures dites « externes »<sup>1594</sup> ont été classées par la doctrine en deux catégories fonctionnelles, *l'administrative model* et le *prosecutorial model*, parfois nommé *adjudicative model*<sup>1595</sup>.

---

<sup>1590</sup> Voir, Forty-Fourth Hart-Scott-Rodino Annual Report, FTC-DOJ Fiscal Year 2021, p. 1, figure 1.

<sup>1591</sup> Voir, Antitrust Division, Congressional Submission, Fiscal Year 2021 Performance Budget, p. 47, <https://www.justice.gov/doj/page/file/1246281/download>; FTC, Annual Performance Report for Fiscal Year 2019 and Annual Performance Plan for Fiscal Year 2020 and 2021, p.42, [https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/fy-2021-congressional-budget-justification/fy\\_2021\\_cbj\\_final.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/fy-2021-congressional-budget-justification/fy_2021_cbj_final.pdf).

<sup>1592</sup> En 2010, 270 opérations ont été notifiées à la Commission européenne contre 395 en 2018. Une baisse légère est à remarquer en 2019, où 362 transactions furent étudiées pour remonter en 2021 à 405 opérations notifiées. Voir aussi, European Commission, Annual Activity Report, Competition 2021, Ref. Ares (2022)3290675 - 28/04/2022, [https://commission.europa.eu/system/files/2022-05/annual-activity-report-2021-competition\\_en.pdf](https://commission.europa.eu/system/files/2022-05/annual-activity-report-2021-competition_en.pdf).

<sup>1593</sup> Nous rappelons que le contrôle *a priori* est apparu en Europe par le Règlement (CEE) n° 4064/89, JOL 395, 30 décembre 1989, entré en vigueur le 21 septembre 1990, la Commission européenne existe dans sa forme actuelle depuis le Traité de Bruxelles du 8 avril 1965 qui a fusionné à compter du 1er juillet 1967 les trois exécutifs des Traités de Paris et de Rome. Aux États-Unis, le contrôle a été institué par la loi Hart Scott Rodino de 1976 mis en œuvre par la FTC créée en 1914 et l'antitrust division du DOJ, depuis 1903 (le Department of Justice, existe quant à lui depuis 1870 (ch. 150, 16 Stat. 162)).

<sup>1594</sup> Le *design* externe tend à étudier la place de l'autorité dans la structure administrative de l'État ou du groupement d'États et leurs relations ainsi que leurs compétences vis-à-vis des autres organes institutionnels. Il se distingue de l'étude de la structure organisationnelle interne (*internal organisational structure*) qui se concentre sur l'organisation interne et le fonctionnement de la structure Voir, OECD, Global Forum on Competition, Optimal Design of a Competition Agency, Note by the Secretariat, 03 février 2003, p. 2 et s. ; International Competition Network, Report on Agency Effectiveness through Organisational Design, 2003, p. 5.

<sup>1595</sup> F. JENNY, The Institutional Design of Competition Authorities : Debates and Trends, Janvier 2016, p.19 et s. , [Consultable à l'adresse suivante, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2894893](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2894893), ].



D'autres typologies conceptuellement très proches ont été dégagées par certains auteurs<sup>1596</sup> : la première, appelée *bifurcated judicial model*, renvoie aux institutions de concurrence constituées par des organes d'enquête spécialisés, devant requérir par voie judiciaire l'application des règles de la concurrence. Il correspond à l'*Antitrust division* du DOJ aux États-Unis. La deuxième est le *bifurcated agency model*, où une agence mène les poursuites devant un tribunal administratif spécialisé organiquement séparé et la troisième the *integrated agency model*, réunit à la fois les compétences d'enquête et de poursuite, mais aussi un pouvoir d'action direct sur l'application des règles de concurrence sans le concours d'une institution juridictionnelle, c'est le modèle de la Commission européenne et pour certains auteurs, de la FTC<sup>1597</sup>. Il existe néanmoins une multitude de variations dans le monde, de ces trois modèles<sup>1598</sup>.

De ces formes juridiques dépendent certaines caractéristiques fonctionnelles et les garanties formelles et substantielles qui s'y attachent. D'autant que, la majorité des réglementations sur la concurrence adoptées au cours des trois dernières décennies ont préféré le modèle européen d'application du droit des concentrations au système procédural américain alternatif qui tend à se hisser en modèle<sup>1599</sup>. Se pose alors la question du degré d'externalisation désirable du contrôle *a priori* des concentrations au sein des structures existantes (A), mais aussi la place de la spécialisation interne de l'organe chargé de ce contrôle (B).

---

<sup>1596</sup> Voir, M. J. TREBILCOCK, E. M. IACOBUCCI, Designing Competition Law Institutions, *World Competition*, 25 (3), 2002, p.361-362 ; E.M. FOX, M.J. TREBILCOCK, The Design of Competition Law Institutions and the Global Convergence of Process Norms: the GAL Competition Project, *Law & Economics Research Paper Series*, No. 12-20, Aout 2012, p.9, [Consultable à l'adresse suivante, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2128913](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2128913), ].

<sup>1597</sup> Voir, F. JENNY, The Institutional Design of Competition Authorities : Debates and Trends, Janvier 2016, p.20.[Consultable à l'adresse suivante, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2894893](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2894893), ] ; M. J. TREBILCOCK, E. M. IACOBUCCI, Designing Competition Law Institutions, *World Competition*, 25 (3), 2002, p.361-362 ; E.M. FOX, M.J. TREBILCOCK, The Design of Competition Law Institutions and the Global Convergence of Process Norms: the GAL Competition Project, *Law & Economics Research Paper Series*, No. 12-20, Aout 2012, p.9, [Consultable à l'adresse suivante, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2128913](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2128913), ]. La nature administrative du modèle de la FTC est toutefois selon nous incomplète puisque, la décision finale des commissaires siégeant comme juges d'appel des ALJ's n'a pas la force d'interdire une opération de concentration par le rendu d'une complaint.

<sup>1598</sup> Voir, OECD, Global Forum on Competition, Optimal Design of a Competition Agency, Note by the Secretariat, 03 février 2003, p. 2 et s.

<sup>1599</sup> M.A. BERGMAN, M.B. COATE, M. JAKOBSON, S.W. ULRICK, Comparing Merger Policies : The European Union v. The United States, *Papers*, 2007, disponible en ligne : <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Bm-D2sJQMkoJ:ftp://ftp.zew.de/pub/zew-docs/veranstaltungen/rnic/papers/MatsBergman.pdf+&cd=1&hl=fr&ct=clnk&gl=us>.

## A. Les enjeux liés aux formes structurelles

L'objet du contrôle *a priori* des concentrations économiques est de permettre aux autorités de concurrence grâce à une notification préalable des entreprises d'identifier en amont les opérations potentiellement problématiques pour la concurrence et d'y remédier le cas échéant, avant que ces processus ne se réalisent. Une telle intervention publique dans la sphère économique engage de nombreux choix quant aux arrangements institutionnels internes et externes nécessaires pour accomplir cette mission. Ces arrangements institutionnels peuvent prendre la forme du modèle administratif externalisé comme en Europe et aux États-Unis avec la FTC (1) ou la forme du modèle judiciaire avec le DOJ (2). Si aucun de ces modèles n'échappe selon la science *behavioriste* aux problématiques de capture, elle semble réserver sa faveur au mode d'organisation judiciaire de contrôle des concentrations (3).

### 1. Le modèle administratif ou *integrated agency model*

Le modèle administratif d'autorité de concurrence concentre au sein d'une même entité juridique les fonctions d'enquête, de poursuite et de prise de décision. Ce modèle, qui est le plus répandu parmi les 150 membres de l'*International Competition Network* (ICN ci-après), est réputé en raison de la nature spécialisée de l'organe, rassembler des experts de grande qualité dans les champs juridique et économique que couvrent le domaine de la concurrence<sup>1600</sup>. Cette spécialisation accorde aux agences une compétence objective pour intervenir et réguler la concurrence sur les marchés. La nature transversale, particulièrement complexe des affaires et les conséquences hautement préjudiciables d'une mauvaise gestion de ces problématiques dans les sphères économique et sociale<sup>1601</sup> a justifié une délégation d'un pouvoir normatif à des organes administratifs dédiés<sup>1602</sup>. L'aspect technique de la matière confère aux institutions

---

<sup>1600</sup> Dans l'Union européenne, les fonctionnaires seraient même « *sur-qualifiés* » possédants « *deux (...) trois langues ou davantage de langues de l'Union européenne* ». L'auteur ajoute, « par expérience, ils acquièrent une expertise horizontale et comparative qui n'a aucun équivalent dans les administrations nationales ». H. BULL, (pseudonyme), Kafka à la sauce bruxelloise ? Observations d'un praticien désabusé, *Revue française d'administration publique*, N° 133, 2010, p. 100.

<sup>1601</sup> Voir. Partie première, Titre 1 de la présente recherche.

<sup>1602</sup> Par « pouvoir normatif » nous nous référons au pouvoir d'émettre des normes juridiques, c'est-à-dire « toutes les variétés d'obligations, de permissions ou d'interdictions (...) quelque soit le degré de généralité ou de particularité, d'abstraction ou de concrétisation ». Voir. O. PFERSMANN, occurrence « Norme », in, *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (sous la direction de), Coll. Quadrige, Ed. P.U.F., 4<sup>e</sup> Ed., 2003, p. 1079. Voir aussi, R.E. SCHILLER, *The Era of Deference : Courts, Expertise, and the Emergence of New Deal Administrative Law*, *Michigan Law Review*, décembre 2007, Vol. 106, p. 409 et s.

leur légitimité : respectant les lois de l'économie, leurs travaux se voient objectivés<sup>1603</sup>. La nature intégrée de l'autorité permet de détenir un niveau d'expertise plus élevé que le modèle judiciaire, dans la mesure où les agents sont rompus à l'exercice du droit de la concurrence au travers des trois fonctions : réglementaire, par la publication d'actes généraux et impersonnels, administratifs, par l'édiction de décisions à portée individuelle, ou contentieuse par l'organisation d'un procès administratif ayant pour objet de trancher un litige entre la personne publique et l'entreprise<sup>1604</sup>.

Le contrôle des concentrations est d'abord une procédure administrative, c'est-à-dire une procédure accomplie par les services d'une autorité publique, européenne ou américaine, compétente pour vérifier de la compatibilité des effets d'une concentration avec la concurrence selon des critères définis par elles et exposés en particulier par la publication de lignes directrices (*guidelines*)<sup>1605</sup>.

Le modèle administratif est celui de la Commission européenne et de la FTC, avec une différence structurelle et processuelle importante, la première fonctionne sur un mode intégré, où le service dédié au contrôle exige des parties la transmission de tous les éléments de nature à établir sa décision (a) par opposition au mode pseudo-accusatoire américain, où s'applique au-delà de la phase administrative de contrôle, les formes du procès accusatoire devant un tribunal administratif interne. La décision de ce tribunal peut faire l'objet d'appel devant les cinq commissaires à la tête de la FTC<sup>1606</sup> (b).

---

<sup>1603</sup> Y-M LAITHIER, Le droit comparé et l'efficacité économique, *Revue du droit Henri Capitant*, N°1, 1er octobre 2010.

<sup>1604</sup> M. J. TREBILCOCK, E. M. IACOBUCCI, Designing Competition Law Institutions, *World Competition*, 25 (3), 2002, p.381 ; W.E. KOVACIC, M. MARINIELLO, Competition Agency Design in Globalized Markets, *E15 Expert Group on Competition Policy and Trade System*, Février 2016, p. 16.

<sup>1605</sup> Les lignes directrices recensent les appréciations et les orientations de l'autorité au regard de son expérience et de la jurisprudence des cours qui la contrôle, sur un thème de politique de concurrence. En concentration, la Commission a publié des lignes directrices sur les concentrations horizontales (Journal officiel C 31 du 05/02/2004, p. 5-18, disponible en ligne : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52004XC0205%2802%29> ), sur les concentrations non horizontales *i.e.*, verticales et conglomerées ( Journal officiel C 265 du 18/10/2008, disponible en ligne : [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1018\(03\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1018(03)&from=EN) ), sur la définition du marché en cause (Journal officiel C 31 du 05.02.2004, p. 5-18, disponible en ligne : [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209(01)&from=EN) ). Aux États-Unis, les premières *guidelines* ont été publiées en 1969.

<sup>1606</sup> La nature administrative du modèle de la FTC est toutefois imparfaite puisque, la décision finale des commissaires siégeant comme juges d'appel des ALJ n'a pas de force exécutoire. Une opération de concentration par le rendu d'une *complaint*.

### a. Le modèle administratif intégré

La Commission européenne est un organe pivot de l'architecture institutionnelle européenne, conçue comme « *l'exécutif collégial commun* »<sup>1607</sup>, elle possède en vertu de l'article 17-1 du TUE toutes initiatives pour promouvoir l'intérêt général de l'Union<sup>1608</sup> et bénéficie pour remplir cet objectif de très larges compétences pour surveiller l'exécution des traités par les institutions européennes et de l'application du droit européen sous le contrôle de la Cour de Justice de l'Union européenne<sup>1609</sup>. Elle possède notamment une capacité de « *steer and control* » accompagnée « *de pouvoirs de contrainte et de sanction sans équivalent au niveau supranational* »<sup>1610</sup>. La Commission européenne est constituée d'un collège politique composé de 27 commissaires responsables devant le Parlement européen<sup>1611</sup>, d'un Haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité<sup>1612</sup> et d'une administration constituée en quarante-trois directions générales (DG ci-après), services et agences spécialisées<sup>1613</sup>. Le président de la Commission est désigné par le Conseil européen et celui-ci établit en concertation avec les États membres le collège de la Commission européenne<sup>1614</sup>. Défenseurs de l'intérêt général européen, les commissaires sont tenus à un principe de neutralité nationale et ont pour mission de servir les seuls intérêts de l'Union européenne en toute indépendance<sup>1615</sup>.

---

<sup>1607</sup> J-L. CLERGERIE, A. GRUBER, P. RAMBAUD, T. RAMBAUD, Droit institutionnel et matériel européen, Dalloz, Coll. Précis, 14<sup>e</sup> Ed., p.142.

<sup>1608</sup> Article 17-1 du TUE.

<sup>1609</sup> Idem.

<sup>1610</sup> H. BULL (pseudonyme), Kafka à la sauce bruxelloise ? Observations d'un praticien désabusé, *Revue française d'administration publique*, N° 133, 2010, p. 100.

<sup>1611</sup> Article 17-8 du TUE. Le conseil politique de la Commission européenne compte depuis 2019, vingt-six commissaires européens. Le Royaume-Uni ne fait plus partie de l'Union européenne depuis 1<sup>er</sup> janvier 2021. (Voir. Conseil de l'Union européenne, *Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community*, 18 octobre 2019).

<sup>1612</sup> Article 18 du TUE.

<sup>1613</sup> Le service juridique, qui rend compte immédiatement au président de la Commission, est un service impliqué dans le processus décisionnel du contrôle des concentrations.

<sup>1614</sup> Confirmé à la majorité absolue par le Parlement européen auprès audition individuelle. Il est observé une politisation croissante des commissaires européens depuis 1967, renforcée selon certains auteurs, par le Traité de Lisbonne. Voir. J. JOANNA, A. SMITH, *Les commissaires européens, technocrates, diplomates ou politiques*, Presses de Sciences Pol., 2002, p. 39

<sup>1615</sup> Aux termes de l'Article 17 paragraphe 3 du TUE « La Commission exerce ses responsabilités en pleine indépendance. Sans préjudice de l'article 18, paragraphe 2, les membres de la Commission ne sollicitent ni n'acceptent d'instructions d'aucun gouvernement, institution, organe ou organisme. Ils s'abstiennent de tout acte incompatible avec leurs fonctions ou l'exécution de leurs tâches ». Éthique réforme Kinnock

La procédure administrative européenne est souvent qualifiée d'*inquisitoriale* en matière de droit de la concurrence<sup>1616</sup>. Pourrait-elle être qualifiée « d'inquisitoire » dans sa fonction de contrôle des concentrations, terme réservé originellement au champ du droit pénal et qui qualifie le travail d'instruction du juge ? Ne serait-ce pas invoquer un régime juridique inadéquat, celui de la matière pénale, au sein d'une phase purement administrative ? La procédure inquisitoire dirigée par un juge est « écrite, secrète et non contradictoire »<sup>1617</sup>. Opérer ce glissement sémantique dans un contexte où l'application du droit de la concurrence générale sous l'influence des juges de l'Union et de la Cour européenne des droits de l'Homme vers un régime répressif, semble dangereux.

Alors que l'UE fonde son contrôle sur l'unilatéralité de la décision administrative, ce principe n'a pas d'existence aux États-Unis. Au contraire, les opérations contestées ont une nature contentieuse par nature: elle repose sur la violation de la loi en cas de réalisation. La FTC doit se soumettre aux procédures légales du *due process of law* et donc à la procédure accusatoire pour produire une décision contraignante pour les parties. La conception américaine forme une image inversée de la pratique européenne et ne « voit pas » ou ne reconnaît pas l'État administratif.

Encadré par le règlement 2004 sur les concentrations, les traits administratifs de la procédure s'expriment dans l'addition des pouvoirs d'enquête et de décision et dans le pouvoir de direction de l'administration des phases de la procédure. La Commission peut, à titre liminaire, requérir des réponses écrites à ses questions et procéder à des inspections *in situ* des livres et registres commerciaux, avec une capacité de sceller ces documents<sup>1618</sup>. Elle ne peut, contrairement à son homologue américaine de la FTC, contraindre les personnes à témoigner sous serment, mais seulement procéder à des entretiens volontaires<sup>1619</sup>. La procédure de contrôle ne s'organise donc pas au-delà de la phase II, autour d'audiences formalisées comme c'est le cas aux États-Unis.

---

<sup>1616</sup> Voir par exemple, E.M. FOX, M.J. TREBILCOCK, The Design of Competition Law Institutions and the Global Convergence of Process Norms: the GAL Competition Project, *Law & Economics Research Paper Series*, No. 12-20, Aout 2012, p.5, [Consultable à l'adresse suivante, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2128913](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2128913), ] ; J. MALINAUSKAITE, *Harmonisation of EU Competition Law Enforcement*, Springer International Publishing, 2019, p.24 ; I. KOKKORIS, C. LEMUS, *Research Handbook on the Law and Economics of Competition Enforcement*, Edward Elgar Publishing, 2022, p. 119.

<sup>1617</sup> A. WIJFFELS, Introduction historique au droit, France, Allemagne, Angleterre, PUF, 2010, p. 56.

<sup>1618</sup> Par la contrainte si nécessaire avec le concours des États membres. Voir Article 11, al. 7 du règlement sur les concentrations.

<sup>1619</sup> Articles 11 à 13 du règlement sur les concentrations 2004.

La question de la compatibilité de ce système administratif avec les droits fondamentaux où l'autorité de concurrence concentre trois fonctions s'est tout de même posée, notamment au regard de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme CEDH (ci-après), qui dispose que « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement, et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle (...)* ». Si l'Union européenne n'est pas partie à la convention, les juges européens s'y réfèrent de longue date<sup>1620</sup>. Il est conçu aujourd'hui comme un principe général, inscrit depuis le traité de Lisbonne du 1<sup>er</sup> décembre 2009, à l'article 6 § 2 TUE<sup>1621</sup>. Le Tribunal de première instance de l'Union européenne, dans un arrêt *Schneider Electric c. Commission* du 11 juillet 2007<sup>1622</sup> réaffirme les principes contenus à l'article 6 § 1 de la CEDH, mais cite surtout l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux<sup>1623</sup>, les faisant entrer dans le contentieux se rapportant à la mise en œuvre du droit de la concurrence. Peuvent ainsi entrer dans la « matière pénale »<sup>1624</sup> les sanctions imposées au titre de la violation aux dispositions 101 et 102 TFUE visant les pratiques et comportements anticoncurrentiels<sup>1625</sup> à l'exclusion du contrôle des concentra-

---

<sup>1620</sup> Voir. 15 mars 1967 Cimenteries CBR. Commission de la CEE

<sup>1621</sup> Le traité de Lisbonne prévoit l'adhésion formelle de l'UE à la Convention européenne des droits de l'Homme, inscrit à l'article 6 paragraphe 2 du TUE, sous réserve d'une décision unanime du Conseil et de la préservation de son ordre juridique et de ses compétences, les négociations d'un accord d'adhésion sont toujours en cours à ce jour. Voir, Rapport de réunion virtuelle informelle du groupe de négociation ad hoc du CDDH (47+1) sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme, Réunion virtuelle avec interprétation simultanée à distance, Conseil de l'Europe lundi 22 juin 2020, disponible en ligne : <https://rm.coe.int/cddh-47-1-2020-rinf-fr/16809efedc>. L'article 47 de la Charte des droits fondamentaux issue Voir, CJUE, Grande Chambre, Arrêt du 26 juin 2007, Affaire n° C-305/05, Ordre des barreaux francophones et germanophone, renvoyant dans son arrêt paragraphe 31, à la jurisprudence de la CEDH et sa notion de « procès équitable » (CEDH, *Golder v. Royaume Uni* 21 février 1975, Série A n° 18, § 26 à 40).

<sup>1622</sup> Affaire, T 351/03 *Schneider Electric c. Commission*, para 183, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=62410&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&art=1&text=&doclang=FR&cid=21806237>

<sup>1623</sup> L'article 47 de la Charte des droits fondamentaux dispose que « Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter. Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice ».

<sup>1624</sup> L. IDOT, *Chronique Internationale, droit de l'Union européenne, Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, N°3, 2020, p. 759-767.

<sup>1625</sup> Sont appliqués les critères de la jurisprudence *Engel*. DaII s'agissait de déterminer dans cette espèce si une sanction fiscale avait une nature administrative ou pénale. La Cour s'est référée au caractère efficace des sanctions. CEDH, v. arrêt du 8 juin 1976, *Engel et a. c/ Pays-Bas*. Voir, les arrêts *Menarini* 27 septembre 2011 ; CJUE, 8 déc. 2011, aff. C-386/10 P, *Chalkor AE Epexergasias Metallon c/ Commission* ; CJUE, 8 déc. 2011, aff. C-272/09 P, *KME Germany AG e.a. c/ Commission*.

tions<sup>1626</sup>. Suivant en effet, le fameux arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme (Cour EDH ci-après) *Le Compte, van Leuwen and De Meyere c. Belgique* du 23 juin 1981 :

*« L'article 6 par. 1 (art. 6-1) s'il consacre le "droit à un tribunal" (paragraphe 44 ci-dessus), n'astreint pas pour autant les États contractants à soumettre les "contestations sur [des] droits et obligations de caractère civil" à des procédures se déroulant à chacun de leurs stades devant des "tribunaux" conformes à ses diverses prescriptions. Des impératifs de souplesse et d'efficacité, entièrement compatibles avec la protection des droits de l'homme, peuvent justifier l'intervention préalable d'organes administratifs ou corporatifs, et a fortiori d'organes juridictionnels ne satisfaisant pas sous tous leurs aspects à ces mêmes prescriptions ; un tel système peut se réclamer de la tradition juridique de beaucoup d'États membres du Conseil de l'Europe »<sup>1627</sup>.*

La Cour EDH précise dans un arrêt de principe postérieur que :

*« Même quand l'article 6 par. 1 (art. 6-1) trouve à s'appliquer, une telle attribution de compétence n'enfreint pas en soi la Convention (...). Toutefois, celle-ci commande alors, pour le moins, l'un des deux systèmes suivants : ou bien lesdites juridictions remplissent elles-mêmes les exigences de l'article 6 par. 1 (art. 6-1), ou bien elles n'y répondent pas, mais subissent le contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction présentant, lui, les garanties de cet article (art. 6-1) »<sup>1628</sup>.*

---

<sup>1626</sup> Le contrôle des concentrations n'est pas fondé sur l'imposition de « sanctions », mais détermine le droit des parties à se concentrer. Voir. W. WILS, *The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, *World Competition*, Vol. 27, N ° 2, 2004, p. 209 ; D.SLATER, S. THOMAS, D. WELBROECK, *Competition Law Proceedings Before the European Commission and the Right to a Fair Trial : No Need for Reform ?*, *European Competition Journal*, Avril 2009, p.97 ; W. WILS, *La compatibilité des procédures communautaires en matière de concurrence avec la Convention européenne des droits de l'homme*, *Cahiers de droit européen*, 1996, p.329-354.

<sup>1627</sup> Voir. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57522%22%7D>

<sup>1628</sup> CEDH, Cour plénière, *Albert et Le Compte c. Belgique*, Requête. N ° 7299/75 ; 7496/76), 10 février 1983, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22display%22:%5B%220%22%2C%22languageisocode%22:%5B%22FRE%22%2C%22app%22%7D>

La mise en œuvre d'une procédure décisionnelle sur un mode administratif n'est donc pas en soi incompatible avec le droit à un tribunal impartial selon les critères de l'article 6§1 de la convention EDH, à condition que les parties puissent porter leur cause devant une juridiction impartiale<sup>1629</sup> quand bien même la décision de la Commission interviendrait dans le cadre d'infractions procédurales<sup>1630</sup>. Son contrôle consiste d'abord à produire des enquêtes de marché qui servent non pas à constater des violations au droit de la concurrence, mais à traquer les effets possibles d'une concentration dans le futur. Toutefois, l'Union européenne a introduit au cours du processus de contrôle de nombreux éléments tendant au renforcement de la défense des droits fondamentaux des entreprises suppléer aux externalités négatives de la procédure intégrée.

Sur le plan décisionnel, la Commission européenne est une institution délibérative-pluraliste<sup>1631</sup>, elle prend ses décisions de manière collégiale. Ce principe permet une prise des décisions au regard de compétences individuelles différentes, particulièrement importantes en matière de concurrence où la combinaison de compétences est requise. Les commissaires viennent, en effet, de milieux sociaux professionnels variés, avec des cultures nationales parfois très éloignées<sup>1632</sup>. La réunion hebdomadaire du collège est le lieu de débats et d'échanges

---

[no%22:\[%227299/75%22,%227496/76%22\].%22documentcollectionid%22:\[%22CHAMBER%22\].%22itemid%22:\[%22001-61980%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-61980%22%7D).

<sup>1629</sup> Confirmé par l'arrêt Cour EDH, *S.P.R.L Menarini Diagnostic c. Italie*, 27 septembre 2011, qui impose pour les autorités administratives ne répondant pas aux exigences posées par l'article 6(1) de la Convention européenne des droits de l'Homme, la mise en place de recours effectif à un tribunal jugeant en pleine juridiction, *i.e.* pouvant juger « [t]oute l'opération d'évaluation des preuves, d'établissement et de qualification des faits, d'interprétation de la loi applicable et de modulation des sanctions à la gravité de l'infraction », point 59 de l'arrêt précité. Disponible en ligne : <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-106438%22%7D>. Voir aussi, CJUE, 8 déc. 2011, aff. C-272/09 P, *KME Germany AG e.a. c/ Commission*, CJUE, 8 déc. 2011, aff. C-386/10 P, *Chalkor AE Epexergasias Metallon c/ Commission* ; CJUE, 8 déc. 2011, aff. C-389/10 P, *KME Germany AG e.a. c/ Commission*, CJUE 10 juillet 2014 *Telefonica*, N° C-295/12 P.

<sup>1630</sup> Il existe de nombreuses sanctions procédurales en droit des concentrations, parmi lesquelles le défaut de notification et la réalisation anticipée. Voir, par exemple, CJUE, 03 juillet. 2014, n° C-84/13 P, confirmant une amende de 20 millions d'euros de la Commission à l'entreprise Electrabel SA pour avoir pris le contrôle de la Compagnie Nationale du Rhône, sans notification préalable. Voir aussi, CJUE, 4 mars 2020, *Marine Harvest* (C-10/18 P), Commission européenne, *Altice /PT Portugal* 24 avril 2018, (M. 7993). En 2017, la Commission a sanctionné par une amende de 110 millions d'euros à Facebook dans l'achat de WhatsApp, pour avoir fourni des informations erronées. Voir. Commission européenne, 18 mai 2017, M.8828. Pour une annulation d'une décision d'interdire une concentration fondée sur la violation des droits de la défense, *Voir*. Trib. Union européenne, 7 mars 2017, aff. T-194/13, *United Parcel Service*, arrêt confirmé par la CJUE, 16 janvier 2019, *Commission c/ UPS*, C-265/17 P.

<sup>1631</sup> P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Ed. du Seuil, Coll. Point, 2008, p.147.

<sup>1632</sup> La représentation socioprofessionnelle des commissaires a évolué au fil des décennies. Selon une étude de A. MacMullen de 2000, les hauts fonctionnaires appartenant au corps diplomatique étaient assez largement représentés de 1967 à 1985 (31%), puis a chuté durant les années 1990 (14%). Le nombre d'anciens ministres ou d'anciens parlementaires nationaux reste proportionnellement majoritaire (les deux tiers des commis-



de points de vue, où les commissaires défenseurs de l'intérêt général de l'UE agissent en principe dans un but commun<sup>1633</sup>. Ce mode de fonctionnement attribue à l'organe une dimension plus légitime que par l'intervention d'un décideur unique, qui jouissant d'une rationalité limitée ne peut avoir la capacité d'assimilation suffisante pour apprécier les éléments pertinents examinés dans un cas donné<sup>1634</sup>. De même, selon Frédéric Jenny, les systèmes de capture par des lobbies privés ou publics peuvent être rendus plus difficiles<sup>1635</sup>. Le nombre et la diversité des commissaires rendant peu probable qu'ils soient tous capturés par le même intérêt.

## b. Le modèle administratif accusatoire

La FTC est considérée comme une autorité de concurrence intégrée dans la mesure où elle possède des fonctions d'enquête, mais aussi contentieuse, par l'existence de son tribunal administratif interne. Ce tribunal est régi par les dispositions de la Section 5 (b) du FTC Act<sup>1636</sup>, l'*Administrative Procedure Act* (APA ci-après)<sup>1637</sup> et par le règlement des Parties 3 et

---

saies en moyenne). L'implication du président de la Commission dans la procédure de nomination et l'approbation du Parlement n'a pas infléchi cette tendance, la nomination de professionnels de la politique subsiste. Au-delà, il a été mesuré que les gouvernements sont encouragés à désigner des personnalités politiques de premier plan, « *des poids lourds de la politique* », selon l'expression d'Anchrit Will, pour maximiser, leurs chances d'obtenir des portefeuilles aux pouvoirs importants. Si aucune règle ne définit la compétence des commissaires, leur position antérieure au sein des gouvernements nationaux, atteste en théorie, de leur expertise. Le président de la Commission européenne veille en outre, à la cohérence des profils dans le souci d'établir un collège homogène qui recevrait l'approbation du parlement. La commissaire à la concurrence nommée consécutivement en 2014 et en 2019, Margrethe Vestager fut ministre des affaires économiques et de l'Intérieur de 2011 à 2014 au Danemark. Son prédécesseur, Joaquin Almunia possédait quant à lui un profil plus politique, ses fonctions les plus récentes avant d'être nommées commissaire à l'économie et aux affaires monétaires (2004-2010), puis à la concurrence (2010-2014), consistaient à être le chef de l'opposition socialiste espagnol. Voir. A. MACMULLEN, *European Commissioners : National routes to a European Elite*, in, *At the Heart of the Union. Studies of the European Commission*, N. NUGENT, (sous la direction de), Palgrave MacMillian, London, 2000, p. 44, cité par S. BOLDRINI, *La Commission européenne, CRISP*, Vol 37, N° 1942, 2006, p. 10. ; A. WONKA, *Technocratic and Independent ? The appointment of European Commissioners and its policy implications*, *Journal of European Public Policy*, Vol. 14, Iss. 2, 2007, p. 169-189, A. WILLE, *La politisation de la Commission européenne : le contrôle démocratique et la dynamique de la sélection de l'exécutif*, *Revue Internationale des Sciences Administratives*, 2012, p. 407-427.

<sup>1633</sup> Selon Ian S. Forrester, ancien juge au Tribunal de Première Instance de l'Union européenne, et auparavant avocat à Bruxelles, rapporte que face aux « masses » d'informations que génère les concentrations d'importances, les commissaires ne peuvent être les décisionnaires éclairés de ces dossiers et s'en rapportent, selon cet auteur, à l'avis du Directeur Général à la concurrence. Voir. I.S. FORRESTER, *Due Process in EC Competition Cases: A Distinguished Institution with Flawed Procedures*, *EUR. L. Rev.* N° 34, 2009.

<sup>1634</sup> D.A. HYMAN, W.E. KOVACIC, *Competition Agency Design : What's on the Menu*, *George Washington Law Faculty Publications & Other Works*, 2012, p. 6.

<sup>1635</sup> F. JENNY, *The Institutional Design of Competition Authorities : Debates and Trends*, Janvier 2016, p.19 et s. , [Consultable à l'adresse suivante, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2894893](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2894893)

<sup>1636</sup> 15 U.S.C. § 554.

<sup>1637</sup> L'APA de 1946 a introduit une séparation interne des fonctions de procureur et de juges. Cette loi est codifiée 5 U.S.C. § 45(b).

4 du *FTC Rules of Practice*<sup>1638</sup>. La phase administrative contentieuse nommée communément « Part III » par la doctrine américaine en référence à la place qu'elle occupe au sein du *Code of Federal Regulation*<sup>1639</sup> (C.F.R ci-après), apparaît à l'issue de la *second request*<sup>1640</sup>, qui est la phase d'approfondissement des recherches du contrôle *ex ante*. Au cours de cette phase, le *bureau of competition* peut procéder à de nombreux actes d'enquête contraignants — auditions par l'émission de *subpoena*<sup>1641</sup>, ou de *civil investigative demands* (CID ci-après) auprès de parties prenantes — pour récolter des preuves en vue d'interdire (« *challenge* ») la concentration. La FTC a l'obligation d'introduire une *administrative complaint*<sup>1642</sup> devant le tribunal présidé par un *Administrative Law Judge* (ALJ ci-après) qui est un membre indépendant du corps de la commission. La procédure administrative devant le ALJ suit les règles du contentieux civil accusatoire américain, comprenant à titre liminaire, les plaidoiries (*pleading*), la phase de *discovery*, les *motions* et le jugement (*trial*)<sup>1643</sup>. À l'issue de l'audience de jugement, le défendeur peut former appel devant le collège des commissaires de la FTC<sup>1644</sup>, qui peut appeler l'affaire de sa propre initiative<sup>1645</sup>. La commission en juge d'appel réexamine *de novo* le litige au fond.

À savoir si la structure de la FTC est contraire au principe de la séparation des pouvoirs prévue par la Constitution américaine, la Cour suprême s'est prononcée pour la première fois dans un arrêt fameux *Humphrey's Executor v. United States* de 1935<sup>1646</sup>. La Cour établissant une distinction entre les fonctionnaires administratifs qui exercent des fonctions « purement exécutives » et ceux exerçant des fonctions « quasi-législatives » et « quasi judiciaires », a estimé que le Congrès n'avait pas violé la séparation des pouvoirs lorsqu'il a créé la *Federal Trade Commission*, au contraire que ces fonctions commandaient la limite au pouvoir de révocation discrétionnaire du Président, les commissaires devant, pour exercer leurs missions,

---

<sup>1638</sup> 16. C.F.R. §§ 3.1.1. et suivants.

<sup>1639</sup> Part III, au sein du Titre 16 du C.F.R.

<sup>1640</sup> La dénomination formelle est *Request for Additionnal Information and Documentary Materials*. Celle-ci doit être autorisée par le Chairman de la FTC.

<sup>1641</sup> Le *subpoena* est un instrument de récolte de preuves ouvert aux avocats dans le cadre de la défense ou du traitement d'une affaire. Il est ouvert de même, aux chefs d'agences et ou d'administrations. (Codifié au titre 15 U.S.C. Sec. 49).

<sup>1642</sup> 16 C.F.R. §§3.11 (a). La FTC initiera le dépôt dans le même temps d'une preliminary injunction devant la district court afin d'empêcher la consommation de la concentration à l'issue du délai légal.

<sup>1643</sup> 16 C.F.R. §§ 3.21–3.22, 3.31

<sup>1644</sup> 16 C.F.R. §§ 3.52.

<sup>1645</sup> 16 C.F.R. §§ 3.53.

<sup>1646</sup> La Cour suprême était chargée d'examiner si le Congrès pouvait constitutionnellement limiter le pouvoir du président de révoquer les commissaires en vertu du FTC Act. Voir, *Humphrey's Executor v. United States* 295 U.S. 602 (1935) ; *Wiener v. U.S.*, 357 U.S. 349, 357 (1958). Par opposition à l'arrêt *Myers v. United States*, 272 U.S. 52, 135 (1926), la Cour suprême a invalidé une disposition législative soumettant la révocation des directeurs de bureaux de poste à l'approbation du Sénat.

être indépendants de l'Exécutif. La question de la séparation des pouvoirs des autorités administratives indépendantes américaines s'est posée de nombreuses fois depuis, sur le fondement du pouvoir de révocation du Président<sup>1647</sup>.

Sur le plan procédural, la Cour suprême a rejeté les arguments selon lesquels le fait de confier des fonctions législatives, de poursuite et judiciaires à un seul organisme constitue la base d'une violation des garanties formelles protégées par la Constitution. En 1948, dans l'affaire *FTC v. Cement Institute*, la Cour a considéré que le simple fait qu'un membre de la commission avait précédemment témoigné devant le Congrès sur la légalité d'une structure de prix d'une partie puis, avait procédé à une enquête ultérieure sur cette même partie ne violait pas les règles du *due process*<sup>1648</sup>. La constitutionnalité du système administratif intégré reste toutefois controversée. Le débat constitutionnel porte aujourd'hui sur la compatibilité du statut des *Administrative Law Judges* avec la Constitution, notamment au regard de l'*Appointments clause* (<sup>1649</sup>). Les États-Unis vivent en effet un renouveau de la théorie de l'Exécutif unitaire ou *integrated*<sup>1650</sup>, exigeant que la responsabilité des administrations converge vers le Président, seul représentant élu du peuple via ses grands électeurs, garant unique de l'exécution des lois par la Constitution<sup>1651</sup>. La révocabilité des ALJ pour *good cause* par le *Merit System Protection Board*<sup>1652</sup> violerait ladite *Appointments Clause*, car elle protégerait ces agents fédéraux du pouvoir de révocation du Président des États-Unis. L'inclination de la

---

<sup>1647</sup> *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654, 724 (1988) ; *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361. Voir *supra*. &1, Section 2 du présent chapitre.

<sup>1648</sup> *FTC v. Cement Institute*, 333 U.S. 683 (1948). Voir aussi, *Winthrow v. Larkin*, 421 U.S. 35 (1975), sur le rejet de la Cour de la violation du *due process* invoquée en raison du traitement par une agence étatique avait le pouvoir d'enquêter et de juger sur un même affaire.

<sup>1649</sup> Article II section 2, Clause 1 de la Constitution :

He shall have Power, by and with the Advice and Consent of the Senate, to make Treaties, provided two thirds of the Senators present concur; and he shall nominate, and by and with the Advice and Consent of the Senate, shall appoint Ambassadors, other public Ministers and Consuls, Judges of the supreme Court, and all other Officers of the United States, whose Appointments are not herein otherwise provided for, and which shall be established by Law: but the Congress may by Law vest the Appointment of such inferior Officers, as they think proper, in the President alone, in the Courts of Law, or in the Heads of Departments.

<sup>1650</sup> Deux théories coexistent au sein de la doctrine juridique américaine sur le fonctionnement de la branche exécutive. La première dite « pluraliste » reconnaît au sein de l'Exécutif fédéral de possibles séparations internes en fonction des attributions des agences ou des autorités indépendantes, qu'il s'agisse de délégations législatives attribuant un pouvoir réglementaire ou de l'existence même des autorités indépendantes. La théorie pluraliste semble perdre de sa force dans la jurisprudence de la Cour suprême au profit de la théorie unitariste qui ne supporte ces divisions, conçues selon leurs promoteurs comme anticonstitutionnelles. Voir. M. I. UROFSKY, *Dissent and the Supreme Court. It's Role in the Court's History and the Nation's Constitutional Dialogue*, Coll. Vintage Book, Penguins Random House, 2015, p. 418 ; D. CUSTOS, *Théorie de l'Exécutif unitaire et contrôle présidentiel des agences indépendantes aux États-Unis*, *Revue Française d'administration Publique*, 2019, N° 170, 2019, pp. 327-344. Selon Dominique Custos, il existerait une volonté politique de « déconstruire » « l'État administratif », menée sur le plan législatif, exécutif et juridictionnel.

<sup>1651</sup> Article II de la Constitution américaine.

<sup>1652</sup> 5 U.S.C. §7521(a), (b)(1).

Cour suprême envers une interprétation unitaire de la branche exécutive s'est manifestée pour la première fois dans un arrêt *Free Enterprise*<sup>1653</sup> de 2010. Une société de comptabilité avait fait l'objet d'un rapport critique et d'une enquête formelle par la *Public Company Accounting Oversight Board* (PCAOB ci-après) un organisme indépendant chargé de contrôler les entreprises en charge des documents financiers et comptables. La Cour suprême sanctionnant ce qu'elle nomme un « *dual layered for cause* » c'est-à-dire d'une double protection contre la révocation du Président. La première protection se trouvait dans les dispositions statutaires entourant la révocation du PCAOB. Leurs membres ne pouvaient être démis par l'autorité administrative de tutelle, la *Securities Exchange Commission* (SEC ci-après) que pour « cause » c'est-à-dire pour faute professionnelle ou éthique. La seconde protection se trouvait dans les conditions de révocation des membres de la SEC elle-même, rendant le contrôle hiérarchique du Président sur l'administration du PCAOB nul.

La constitutionnalité du statut des ALJ était en suspens, la Cour suprême doutant de la qualité d'*officer*, jusqu'au retentissant arrêt *Lucia v. SEC* du 21 juin 2018<sup>1654</sup>. La SEC possède comme la FTC des fonctions *quasi* législatives et *quasi* judiciaires et rend ses décisions sur le rapport de l'ALJ après l'organisation d'une procédure accusatoire. Or, la Cour suprême appliquant les critères de son arrêt *Freytag*<sup>1655</sup> qualifie les ALJ d'« *inferior officers* », ne pouvant à ce titre faire l'objet d'une nomination par un membre du personnel de l'autorité administrative indépendante<sup>1656</sup>, les commissaires de la SEC constituant aux termes de l'Article II, Section 2 de la Constitution des « *Heads of Department* », ils ont l'obligation d'exercer ce pouvoir de nomination<sup>1657</sup>.

Si, la désignation des ALJ de la FTC serait conforme à ces exigences constitutionnelles<sup>1658</sup>, la double protection contre le pouvoir de destitution du Président, qui garantit leur indépendance, peut constituer le terreau d'une future remise en cause de ces « *quasi* »

---

<sup>1653</sup> *Free Enterprise Fund and al. v. Public Company Oversight Board et al.*, 561 U.S. 477 (2010).

<sup>1654</sup> *Raymond J. Lucia, Cos., Inc. V. SEC*, 585 U.S., (2018).

<sup>1655</sup> L'arrêt *Freytag* posait la question de savoir si l'Article II Section 2 de la Constitution permettait au *Chief Judge of the U.S Tax Court* de nommer des « *special trial judges* » pour préparer des *opinions* dans les cas particulièrement complexes du contentieux fiscal. Voir, *Freytag v. Commissioner*, 501 U.S. 868 (1991).

<sup>1656</sup> La SEC avait coutume de laisser la nomination des ALJ au *Chief Administrative Judge* sans que les commissaires ne ratifient formellement ces désignations.

<sup>1657</sup> *Free Enterprise Fund and al. v. Public Company Oversight Board et al.*, 561 U.S. 477 (2010). Voir aussi, S. DAVENPORT, *Resolving ALJ Removal Protections Problem Following Lucia*, *University of Michigan Law Reform*, Vol. 53, 2020, pp. 693-726.

<sup>1658</sup> A. FRANKEL, *Unlike SEC, FTC makes quick fix to ward off ALJ constitutional challenges*, Reuters, 16 septembre 2015, disponible en ligne : <http://blogs.reuters.com/alison-frankel/2015/09/16/unlike-sec-ftc-makes-quick-fix-to-ward-off-alj-constitutional-challenges/>.

juges<sup>1659</sup>. Les ALJ de la FTC ne pouvant à l'instar des membres PCAOB, être démis que pour « cause » par le *Merit System Protection Board* (MSPB ci-après), qui constitue lui-même une agence fédérale indépendante<sup>1660</sup>. La FTC dénie toutefois, la qualité d'« *officer* » à ses ALJ, assurant que ceux-là n'ont qu'un pouvoir de recommandation auprès du collège de commissaires et que leurs décisions ne deviennent définitives qu'à la suite de leur approbation tacite ou expresse<sup>1661</sup>. Il peut être soutenu qu'à la différence de l'arrêt *Free Enterprise*, le contrôle entier exercé par l'organe exécutif de l'institution, sur la décision de l'ALJ, ne prive pas le Président des États-Unis de ses obligations constitutionnelles<sup>1662</sup>. La Cour suprême n'a toutefois pas encore eu l'occasion de se prononcer sur la qualification adéquate des ALJ de la FTC. Elle a toutefois rendu le 14 avril 2023, lors de l'examen de deux affaires jointes, *SEC vs. Cochrane* et *Axon Enterprise Inc. vs. FTC*, un arrêt unanime<sup>1663</sup> ouvrant la voie aux demandes d'examen constitutionnel sur la structure des procédures administratives contentieuses menées par les ALJ.

*Axon*, fabricant de tasers électriques, d'outils de protection et de défense pour la police, avait vu l'acquisition (dont le montant se trouvait sous le seuil de notification) de son principal concurrent *Vievu* sur le marché des caméras portées, attaquée par la FTC<sup>1664</sup>. Déniant à la commission la constitutionnalité de son pouvoir de défaire sa transaction, il introduisit devant la *district court*, une demande d'injonction suspendant la procédure administrative, alléguant que celle-ci violerait le Ve Amendement de la Constitution et la *Due process clause*. La Dis-

---

<sup>1659</sup> La société Axon Enterprise, fabricant de taser et de caméras vidéo portées, a contesté la décision de la FTC lui imposant de rétrocéder *Vievu LLC*, invoquant l'inconstitutionnalité d'une procédure menée par le ALJ, car contraire à l'Appointement Clause présidentielle. Le jugement tranchant la question de la compétence de la *district court* pour connaître du fonds de l'affaire, la *United States Court of Appeal* du District d'Arizona, confirmant le jugement du premier degré, qu'il ne « *fallait pas minimiser les inquiétudes soulevées par Axon sur la façon dont la FTC opère* » (traduction personnelle). Voir. U.S. Court of Appeal, 9th Circuit, *Axon Enterprise, inc v. FTC*, 28 janvier 2021. Axon a introduit une *petition for a writ on certiorari* le 20 juillet 2021. La Cour suprême des États-Unis dans un arrêt du 14 avril 2023 a fait droit à la demande d'Axon, ouvrant la voie à une contestation de la constitutionnalité du schéma statutaire (*statutory scheme*) de la FTC devant la *district court* Voir, *Axon Enterprises vs FTC*, U.S. Supreme Court, No. 21-86 (2023). [https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-86\\_15gm.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-86_15gm.pdf)

<sup>1660</sup> Une note confidentielle du DOJ publiée par Reuters, adressée aux agences et autorités administratives indépendantes que le MSPB qui détermine ce que constitue juridiquement une « *good cause* » lors d'un renvoi devait être « *suitably deferential* » aux évaluations fournies par les chefs d'agences et de départements sur les ALJ qui refuseraient « *to perform adequately or to follow agency policies, procedures or instructions* ». Voir, A. FRANKEL, In Confidential memo to Agency GCs, DOJ Signals « *agressive* » stand on firing ALJ's », Reuters, 23 juillet 2018. Consultable en ligne : <https://www.reuters.com/article/us-otc-dojmemo/in-confidential-memo-to-agency-gcs-doj-signals-aggressive-stand-on-firing-aljs-idUSKBN1KD2BB>.

<sup>1661</sup> 16 C.F.R. §§ 3.51(a), (b), 3.54(a), (b).

<sup>1662</sup> *Free Enter.Fund*, 561 U.S. point 496

<sup>1663</sup> *Axon vs. FTC*, U.S. Supreme Court, No. 21-86 (2023). Opinion majoritaire présentée par la Juge Elena Kagan, accompagnée par deux opinions concourantes, celles de Clarence Thomas et Neil Gorsuch.

<sup>1664</sup> FTC, *In the Matter of, Axon Enterprise, Inc., and Sarafiland, LLC*, Docket No. D9389, disponible en ligne : [https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/d09389\\_administrative\\_part\\_iii\\_-\\_public\\_redacted.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/d09389_administrative_part_iii_-_public_redacted.pdf).

*district court* étant seule compétente pour résoudre les « *civil actions arising under the Constitution, laws, or treaties of the United State* »<sup>1665</sup>. La Cour suprême avait eu à plusieurs reprises l'occasion de juger d'actions<sup>1666</sup> visant à contourner le train d'une procédure devant une commission fédérale, en distinguant les actions qui par nature sortaient du champ de compétence statutaire, de celles voulues par le Congrès. L'arrêt *Thunder Basin Coal Co. v. Reich*<sup>1667</sup> de 1994 a établi trois facteurs pour déterminer la compétence d'une *district court* sur celle d'un tribunal administratif :

- L'exclusion de la *district court* « *could foreclose all meaningful judicial review* »<sup>1668</sup> ?
- Le litige est-il « *wholly collateral* »<sup>1669</sup> aux dispositions de la loi réglant la compétence de l'organe ?
- La demande se place-t-elle « *outside the agency's expertise* »<sup>1670</sup> ?

En l'espèce, le Cour a jugé que le caractère ontologique de la question constitutionnelle posée et la « gravité du dommage allégué » par l'entreprise au regard de la temporalité lointaine d'un recours au juge de droit commun, concourraient à reconnaître à la société Axon un droit d'action devant la *district court* fédérale<sup>1671</sup>. La Cour soulevant dans son opinion commune rédigée par la juge Elena Kagan que « *The Commission knows a good deal about competition policy, but nothing special about the separation of powers* »<sup>1672</sup>.

---

<sup>1665</sup> 28 U. S. C. §1331.

<sup>1666</sup>Dans l'arrêt *Thunder Basin*, une entreprise d'exploitation minière avait refusé l'accès au lieu de travail à des représentants syndicaux en violation de la loi *Mine Act* mise en œuvre par la *Mine safety commission*. L'entreprise entendant appliquer une autre loi qui l'autorisait à exclure certains accès fut sanctionnée par une amende. Elle contesta la décision devant la *district court* sur le fondement de la *due process clause*. Selon la Cour suprême, la commission avait une expérience étendue sur les questions statutaires soulevées dans le litige et pouvait mettre à profit son expérience en matière d'industrie minière. La question de la constitutionnalité pouvait être traitée lors du recours devant la *Cour of appeal* Voir, *Thunder Basin Coal Co. v. Reich*, 510 U. S., p. 214-215). Cf. *Elgin v. Department of Treasury*, 567 U.S. (2012) pour une application des critères de *Thunder Basin* et *Free enterprise v. Public Company Accounting Oversight Bd.*, 561 U.S. 477 (2010), pour une appréciation contraire.

<sup>1667</sup> *Thunder Basin Coal Co. v. Reich*, 510 U. S. (1994)

<sup>1668</sup> *Thunder Basin*, 510 U. S., at 212–213.

<sup>1669</sup> *Idem*.

<sup>1670</sup> *Ibid*.

<sup>1671</sup> La Cour parle de « *here-and-now injury* ». Voir, *Axon vs. FTC*, U.S. Supreme Court, No. 21-86 (2023), p. 13.

<sup>1672</sup> *Axon vs. FTC*, U.S. Supreme Court, No. 21-86 (2023), p. 17.

Si elle n'a pas consenti à l'examen de la *petition* sur le fondement de la constitutionnalité de la forme statutaire de la FTC, elle permet que la question lui soit à nouveau posée<sup>1673</sup>. L'arrêt *Axon v. FTC* pourrait donc mener à une remise en cause de la jurisprudence de 1935 *Humphrey's executor* qui immunisait à dessein, le système administratif contentieux de la supervision du pouvoir Exécutif. L'exercice des missions de *quasi-juges* voulues par le Congrès exigeant une certaine protection vis-à-vis du pouvoir de révocation du Président. L'indépendance dans l'arrêt *Humphrey's* s'établissait toutefois à condition de n'avoir aucun rôle politique et de ne pas se substituer au pouvoir Exécutif, ce dont l'accusent ses détracteurs depuis sa création<sup>1674</sup>. La reconnaissance de l'inconstitutionnalité du schéma procédural : - ALJ - appel devant la commission et recours devant le juge judiciaire-, parviendrait par la voie judiciaire à mettre en œuvre la proposition de loi avortée du SMARTER Act<sup>1675</sup> soutenue par la frange la plus conservatrice du parti républicain et qui n'a pu prospérer devant le Congrès malgré une majorité politique.

---

<sup>1673</sup> La Cour suprême garde la maîtrise de son agenda en appel. Elle a le pouvoir discrétionnaire de recevoir ou de rejeter les *writs of certiorari*. Voir, A. DEYSINE, *La Cour suprême des États-Unis. Droit, politique et démocratie*, Essai, Dalloz, Coll. Le sens du droit, 2015, p.102-103.

<sup>1674</sup> Lina Khan *Chairwoman* de la FTC par le Président Biden depuis juillet 2021 est qualifiée de *neo brandeiste* : partisane d'une commission forte et volontariste en matière de concurrence, elle fait face à un flot de critiques. Comme le résume Asheesh Agarwal « *The FTC's current chair, Lina Khan, has argued for the government to play a larger role in "shaping markets and economic outcomes" while decrying the free market as a 'product of metaphysical forces'. According to two commissioners, the agency's leadership intends to 'embark on a sweeping campaign to replace the free market system with its own enlightened views of how companies should operate ... goals that are ripe for political manipulation'* ». Voir, A. AGARWAL, *The FTC's recent Moves Could Cost It in the Supreme Court*, *Yale Journal on Regulation* ; 23 octobre 2022, disponible en ligne : <https://www.yalejreg.com/nc/ftc-recent-moves/>. Pour ces commentateurs, la FTC dans sa forme actuelle voudrait tendre à une administratisation des marchés. Christine Wilson, commissaire républicaine à la FTC depuis 2018, nommée par Donald Trump, a donné sa démission le 2 mars 2023 accusant la gouvernance de la FTC de porter atteinte par ses projets de réglementation au *due process* (voir, C. WILSON, *Letter of Resignation*, March 2, 2023, disponible en ligne : [https://www.ftc.gov/system/files/ftc\\_gov/pdf/p180200wilsonresignationletter.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/p180200wilsonresignationletter.pdf)). Le professeur Robert Bork, a appelé à une enquête du Congrès sur Lina Khan. Voir, BORK, Robert H, *Congress Can Investigate Lina Khan*, *Wall Street Journal*, 2 mars 2023 (article en ligne sur abonnement: <https://www.wsj.com/articles/congress-can-investigate-lina-khan-ftc-culture-management-transparency-precedent-kevin-martin-fcc-52e7988b>). La Cour suprême avait déjà limité dans le volet de protection des droits des consommateurs, le recours à la section 13(b) du FTC Act pour obtenir des *equitable monetary reliefs* devant le juge judiciaire. La Cour a affirmé dans un arrêt unanime du 22 avril 2021 que la lettre de la Section 13(b) n'autorisait que les requêtes en *injunctions* et que les *equitable monetary reliefs*, n'en constituaient pas. Voir, *AMG Capital Management LLC v FTC*, U.S. Supreme Court, No. 19-508 (2021).

<sup>1675</sup> *Standard Merger and Acquisition Reviews Through Equal Rules Act* (SMARTER Act ci-après) tendait à l'effacement des différences procédurales entre la FTC et le DOJ par la suppression du tribunal administratif en matière de concentrations et visant à établir des standards de preuves équivalents pour la suspension et l'interdiction des opérations devant le juge judiciaire entre les deux autorités de contrôle. Le *Standard Merger and Acquisition Reviews Through Equal Rules Act* a été introduit par le Représentant républicain du Texas Blake Farenthold, le 12 juin 2015, au sein du 114<sup>ème</sup> Congrès. La proposition fut votée par la Chambre des Représentants le 9 mai 2018, puis réintroduite sous une forme identique par au Sénat (S. 2102). La *bill*, promue par des *congressmen* républicains au cours de la présidence de Donald Trump, disparue sous la nouvelle législature (la 117<sup>ème</sup>) du 3 janvier 2021 où le parti démocrate jouit d'une courte majorité.

Corollairement aux questions tenant à la constitutionnalité du système administratif de la FTC et de sa compatibilité avec les droits fondamentaux, la FTC par l'organisation de ce procès accusatoire, souffre de critiques en raison de sa durée étendue<sup>1676</sup>, due en partie à la tenue d'*oral evidentiary hearings*,<sup>1677</sup> censés paradoxalement lui conférer davantage de « *checks and balances* » que son homologue européen. Malgré l'imposition de délais<sup>1678</sup>, le déroulement du procès administratif pouvait s'étendre sur plusieurs années, avant d'arriver en phase de *discovery*<sup>1679</sup>. Une réforme intervenue en 2009, modifiant le *Rules of Practice*<sup>1680</sup> afin d'améliorer la célérité de la procédure, encadre aujourd'hui chaque phase du déroulé du procès administratif<sup>1681</sup>, mais l'existence d'un appel devant le collège des commissaires ajoute 6 à 12 mois supplémentaires pour obtenir une décision finale par rapport à une procédure commune devant une cour fédérale.

Comme la Commission européenne, la FTC est dirigée par un collège de commissaires, présidé par un *chairman*, chargé de nommer les chefs de bureaux opérationnels<sup>1682</sup>, d'orienter la politique stratégique de l'autorité et la sélection des dossiers. Certaines décisions doivent être prises par le collège dans son ensemble, telles que l'approbation d'actes de *compulsory*

---

<sup>1676</sup> La procédure est « *cumbersome and tedious* » pour J.R. Robertson, l'ancien commissaire conservateur Jushua D. Wright remet en cause l'expertise des ALJ, déclarant qu'ils n'apportent aucune valeur ajoutée, l'ancien Assistant Attorney General en Antitrust Douglas Melamed (1996-2001) a qualifié la procédure administrative de la FTC de « *profondément défectueuse* ». Voir, J.R. ROBERTSON, *Administrative Trials at the Federal Trade Commission in Competition Cases*, *The Sedona Conference Journal*, Vol. 14, 2013, p. 101 ; J.D. WRIGHT, *Judging Antitrust*, remarks at the Global Antitrust Invitational Moot Court Competition, 21 Février 2015 ; A. D. MELAMED, *Comments to the Federal Trade Commission, Workshop Concerning Section 5 of the FTC Act 10 (Oct. 14, 2008)*, available at [http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public\\_comments/section-5-workshop-537633-00004/537633-00004.pdf](http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_comments/section-5-workshop-537633-00004/537633-00004.pdf).

<sup>1677</sup> Notons à ce stade que le FTC Act requiert la conduite de « *hearings* » avant de trancher au fond le litige [15 U.S.C. § 45(b)]. La FTC a interprété cette disposition comme devant être orale alors que la vaste majorité des agences organisent ces *hearings* sous forme écrite. R. J. PIERCE, *Administrative Law Treatise*, Walters Kluwer, 2010, p. 706-708.

<sup>1678</sup> Les délais légaux ne peuvent être prorogés, mais la FTC peut former un accord avec les parties les obligeant à ne pas consommer leur concentration au cours d'une période allant de 60 à 90 jours ou plus. Voir, par exemple, *Memorandum Opinion, FTC v. Tronox Ltd.*, No.1 :18-CV-01622 (TNM), 2018, WL4353660 (D.D.C.Sept.12,2018). Voir, le modèle standard de *timing agreement* de la FTC : [https://www.ftc.gov/system/files/attachments/merger-review/ftc\\_model\\_timing\\_agreement\\_2-27-19\\_0.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/attachments/merger-review/ftc_model_timing_agreement_2-27-19_0.pdf).

<sup>1679</sup> Voir par exemple, l'affaire *Chicago Bridge*, une *complaint* fut déposé le 25 octobre 2001. Le juge administratif rendit une *opinion* vingt mois plus tard, le 27 juin 2003. La décision des commissaires, rendue en appel et ordonnant des cessions, intervint le 7 janvier 2005. La *Court of Appeal* maintint l'*order*, cinq ans après les plaidoiries, le 25 janvier 2008. Voir, *FTC, Case summary, Chicago Bridge & Iron Company N.V., Chicago Bridge & Iron Company, and Pitt-Des Moines, Inc.*, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/0110015-chicago-bridge-iron-company-nv-chicago-bridge-iron-company-pitt-des-moines-inc-matter>.

<sup>1680</sup> Federal Trade Commission, *FTC Issues Final Rules Amending Parts 3 and 4 of the Agency's Rules of Practice* (Apr. 27, 2009), <http://www.ftc.gov/opa/2009/04/part3.shtm>

<sup>1681</sup> Ces phases temporelles peuvent être rallongées avec l'accord des parties.

<sup>1682</sup> Notamment, le directeur des Bureaux of Competition, Consumer protection, Economics, Executive Director et le General Counsel. 15 U.S.C § 1 (a) et 116 C.F.R. § 0.8.



*process*<sup>1683</sup>, l'introduction de procédures d'enquête, la négociation d'accords et lorsqu'ils agissent en juges d'appel des décisions des ALJ. Le collège de commissaires de la FTC fonctionne selon une dynamique différente de la Commission européenne, d'abord en raison de leur nombre, cinq membres, et de la nature éminemment politique de leur nomination, qui peut altérer la force de l'intelligence collective résultant habituellement de la forme collégiale, mais aussi par l'homogénéité sociale et culturelle des membres, enfin par l'absence de pouvoir réelle de contrainte en matière de concentrations puisque ses décisions font l'objet d'un appel à effet suspensif devant la *federal court of appeal*.

## 2. Le modèle judiciaire

L'*Antitrust Division* au sein du *Department of Justice* est rattachée au pouvoir de l'Exécutif. Il représente les États-Unis devant la cour et constitue l'autorité de poursuite devant les juridictions criminelles et civiles<sup>1684</sup>. L'*Antitrust Division* applique le Clayton Act aux côtés de la FTC<sup>1685</sup> et a la compétence pour étudier les fusions-acquisitions qui lui sont notifiées, mais doit en revanche « attaquer » la concentration par l'introduction d'une *injunctive relief*, temporaire et/ou permanente, afin d'empêcher la consommation de la concentration. C'est donc la cour de droit commun qui est décisionnaire dans ce modèle. La séparation entre la fonction de poursuite et de jugement est incontestable, ce qui garantit l'impartialité tant refusée aux systèmes d'agences intégrées. La procédure civile accusatoire américaine permet une transparence par les processus de *discovery* et de *cross examination hearings* que le modèle intégré ne peut fournir à dessein<sup>1686</sup>.

---

<sup>1683</sup> Amendement VI, Section 1, clause 6. Le *compulsory process right*, est le droit d'un accusé d'invoquer la coercition étatique pour recueillir des preuves pour sa défense. P.K. WESTEN, *Compulsory Process (Right to)*, *Encyclopedia of the American Constitution*, LEONARD W. LEVY, KENNETH L. KARST, AND DENNIS J. MAHONEY (sous la direction de), Macmillan Publishing Company, Vol. 1, 1986, p. 339-42.

<sup>1684</sup> 15 U.S.C. § 4.

<sup>1685</sup> Section 15 Clayton Act, , codifié 15 U.S.C § 25

<sup>1686</sup> De nombreuses améliorations sont apparues au sein de la procédure de contrôle européenne pour passer à cette nouvelle nécessité de transparence.

### 3. Les problèmes communs aux deux modèles

Dans chacun des deux modèles, administratif et judiciaire, se pose la question des capacités d'indépendance et d'objectivité sur le plan opérationnel de leurs membres. La DG Concurrence de la Commission européenne, la FTC et l'*Antitrust Division* du DOJ, possèdent en vertu des dispositions statutaires qui les régissent toutes latitudes pour appliquer et mettre en œuvre le droit de la concurrence et hiérarchiser tout au moins les affaires qu'elles ont sous leur charge. Cela est encore plus vrai en droit des concentrations, où les autorités sont les destinataires immédiats des notifications des entreprises et peuvent sous l'influence de forces extérieures ou intérieures poursuivre des transactions pourtant concurrentielles ou au contraire, décider de ne pas investiguer certaines qui ne le seraient pas<sup>1687</sup>. L'autonomie structurelle ayant une influence sur cette capacité d'indépendance, la FTC et la Commission européenne seraient dans cette perspective, mieux protégées des contingences politiques que le DOJ.

Au-delà, les agences de concurrence seraient « affectées » selon les tenants de la théorie du *Public Choice* par des phénomènes de « capture » internes<sup>1688</sup>. Selon Terry M. Moe, malgré une apparente approche apolitique, « les régulateurs » agissent de manière contraire aux intérêts du consommateur<sup>1689</sup> en recherchant d'abord leur bien-être personnel. Les autorités de concurrence selon cette théorie seraient des acteurs politiques comme les autres, qui tenteraient d'accroître leur taille et leur pouvoir<sup>1690</sup>. Leurs membres poursuivraient d'une part, un but de conquête de l'institution, qui passerait par la promotion de leurs croyances au sein de la hiérarchie et d'autre part, une instrumentalisation de leur fonction pour le bénéfice de leur

---

<sup>1687</sup> Les autorités de concurrence peuvent tenter de dissimuler des motifs sans rapport avec la concurrence ou l'intérêt des consommateurs, en manipulant la définition du marché ou le contrefactuel (qui établit la situation de référence afin d'appliquer les règles au cas d'espèce). Une illustration récente impliquant le DOJ montre qu'en 2019, sous la pression de l'Attorney General William Barr, l'Antitrust Division a introduit des « *second request* » sur des transactions de l'industrie de la marijuana, non fondés sur une logique de concurrence, mais dans l'objectif de nuire à cette industrie qui emportait la réprobation de William Barr. Voir le témoignage de J.W. Elias, devant l'U.S. *Committee on the Judiciary*, le 24 juin 2020. Disponible en ligne :

<sup>1688</sup> E. FOX, *Toward World Antitrust and Market Access*, *The American Journal of International Law*, Vol. 91, No. 1, (Jan., 1997), pp. 1-25.

<sup>1689</sup> Les économistes du *Public Choice* appliquent la théorie des comportements rationnels des agents à des situations non économiques pour expliquer la défaillance des organismes publics dans la réalisation de leurs missions. La possibilité d'un biais est compatible avec l'économie comportementale et a un certain appui empirique. Voir, J.S. SHAW, *Public Choice Theory*, *The Concise Encyclopedia of Economics*, Consultable en ligne : <https://perma.cc/WQ5T-TYVR>; R. D. TOLLISON ; *Public Choice and Antitrust*, *Cato Journal*, Vol. 4, No. 3 (Winter 1985), p.905-916.

<sup>1690</sup> D.D. SOKOL, *Antitrust, Institutions, and Merger Control*, *George Mason law review*, Vol. 17, No. 4, p. 1074.

carrière<sup>1691</sup>. Ainsi, selon l'étude des économistes Coate, Higgins et Mc Chesney, les juristes de la FTC seraient incités plus aisément à engager un contentieux que les économistes, car cette action « augmenterait » leur « *human capital as litigators and thus raise their subsequent returns in private practice* »<sup>1692</sup>. Ces comportements auraient des conséquences importantes sur les décisions finales, créant des contentieux qui ne devraient pas naître et provoquer des erreurs de types II<sup>1693</sup>. Dans cette perspective qui ignore l'éthique et l'action publique fondée sur la poursuite de l'intérêt général, seuls les modèles devant requérir l'application de leurs décisions devant le juge judiciaire seraient en mesure de contrebalancer les effets de tels comportements.

Le système administratif intégré serait affecté, en outre, de « biais de confirmation ». Ce phénomène psychologique est décrit par Wouter Wills et Ian Forrester dans le fonctionnement de la DG Competition<sup>1694</sup>. Il existerait un biais de confirmation lorsque les personnes en charge auraient tendance à ne pas prendre en compte des faits et des opinions potentiellement utiles qui ne coïncideraient pas avec leurs idées préconçues. Ainsi, selon ces auteurs, si une autorité de concurrence est à la fois procureur et juge, elle aura tendance à ne pas se désavouer lors de la prise de décision finale<sup>1695</sup>.

Les biais de confirmation semblent toucher plus largement tous les systèmes administratifs intégrés, quels que soient leurs mécanismes de fonctionnement. Les économistes Malcolm B. Coate et Andrew Kleit ont étudié les décisions de la FTC sur un échantillon de

---

<sup>1691</sup> J.D. WRIGHT, Regulation in High-Tech Markets : Public Choice, Regulatory Capture, and the FTC, in *Big Ideas about Information Lecture*, Clemson University, South Carolina, April 2, 2015, p. 11 et s., Consultable en ligne : [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/634631/150402clemson.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/634631/150402clemson.pdf), x; Antitrust Without Romance, p. 340-341; DEZOBRY, G., L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard des opérateurs régulés, *Revue française d'administration publique*, N° 143, 2012, p.64ç.

<sup>1692</sup> M.B. COATE, R. S. HIGGINS, F.S. MC CHESNEY, Bureaucracy and Politics in FTC Merger Challenges, *The Journal of Law & Economics*, Vol. 33, No. 2 (Oct., 1990), p. 468 ; D.D. SOKOL, Antitrust, Institutions, and Merger Control, *George Mason law review*, Vol. 17, No. 4, p. 1074.

<sup>1693</sup> Trois types d'erreurs possibles ont été identifiées par la doctrine économique. Les erreurs de type I (false conviction) qui interdiraient une concentration positive pour la concurrence et bénéficieraient aux consommateurs, les erreurs de type II, qui autoriseraient une concentration négative pour la concurrence, et les erreurs de type III qui entraîneraient des coûts excessifs pour les parties. Voir, A.A. FISHER, R.H. LANDE, Efficiency Considerations in Merger Enforcement , *California Law Review*, vol. 71, n° 6, 1983, pp. 1582-1696.

<sup>1694</sup> W.WILS, The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement : A Legal and Economic Analysis, *World Competition : Law and Economic Review*, N° 27, p.202 ; I.S. FORRESTER, Due Process in EC Competition Cases: A Distinguished Institution with Flawed Procedures, *EUR. L. Rev.* N° 34, 2009, p.817, 840.

<sup>1695</sup> Le professeur Wills soulève la nécessité d'une séparation entre les autorités de poursuite et de jugement en matière *antitrust* non véritablement en matière de concentrations. Voir, W.WILS, The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function, *World Competition : Law and Economic Review*, N° 27, p.223-224.

70 fusions de 1950 à 1992. Leurs analyses ont montré que l'appel d'une décision prononcée par un ALJ défavorable à une concentration avait beaucoup moins de chances d'aboutir lorsque les commissaires de la FTC siégeant en appel étaient les mêmes que ceux qui s'étaient opposés à la fusion à l'origine<sup>1696</sup>. Il doit être mentionné qu'aujourd'hui la pratique décisionnelle fait qu'un commissaire ayant eu une participation active durant le procès administratif ne siège pas lors du délibéré<sup>1697</sup>.

Au demeurant, l'étude des quarante-cinq affaires de concentrations ayant fait l'objet d'ouverture de procédure en Part III de 2010 à 2023 ne permet pas de conclure à l'existence d'un biais de confirmation<sup>1698</sup>. En effet, seules quatre affaires<sup>1699</sup> (environ 9 % des cas) ont fait l'objet d'une procédure complète devant la FTC entre 2010 et 2023, une importante majorité des concentrations (60 %) ont été abandonnées au cours de la procédure administrative contentieuse par les parties ou ont été autorisées ou maintenues grâce à des « *consent order* » (17,78 %).

Sur les quatre cas ayant menés à la fois à une décision de l'ALJ et à un *order* de la FTC, deux ont été confirmées en appel par l'*United States court of appeals*<sup>1700</sup>. Deux des décisions de l'ALJ n'ont pas été suivies dans leur ensemble. En effet, dans l'affaire, *Polypore International*, la FTC n'a pas retenu une atteinte soulevée dans la décision du juge administratif, soulignant un manque de preuves quant aux effets de l'acquisition sur un des marchés donnés<sup>1701</sup>.

---

<sup>1696</sup> M.B. COATE, A.N. KLEIT, Does It Matter That the Prosecutor Is Also the Judge? The Administrative Complaint Process at the Federal Trade Commission, *Managerial and Decision Economics*, Vol. 19, No. 1 (Feb., 1998), pp. 11.

<sup>1697</sup> Le commissaire Thomas Rosh avait été désigné en 2008 ALJ dans une affaire de fusion entre deux hôpitaux privés. Malgré qu'il se soit récusé lors du délibéré, les parties avaient estimé que cette nomination en tant que ALJ était une atteinte à leur droit à un procès équitable. La concentration fut abandonnée avant que la FTC n'ait pu juger l'affaire. Voir, J.T. ROSCH ? So I serve Both a Prosecutor and a Judge – What's the Big Deal ?, *Remarks before the American Bar Association Annual Meeting*, 5 août 2010, disponible en ligne : Voir aussi, Respondents' Motion to Recuse Commissioner J. Thomas Rosch as Administrative Law Judge ("Respondents' Motion to Recuse") (May 23, 2008) available at <http://www.ftc.gov/os/adjpro/d9326/080523respmorecuseroschasalj.pdf>.

<sup>1698</sup> Ce résultat provient du système électronique de recensement des cas du site de la FTC, par la sélection des options avancées : « merger (vertical and horizontal) », « administrative », « Part III Administrative Complaints » à l'exclusion des procédures suivies uniquement devant le juge judiciaire. Ont été exclues de même les affaires appartenant au champ de l'*antitrust*.

<sup>1699</sup> FTC Final order, *ProMedica Health System, Inc.*, 28 mars 2012, Docket n° 9346 ; *Polypore International*, 13 décembre 2010, Docket n° 9327.

<sup>1700</sup> U.S Circuit Court of Appeals for the Eleventh Circuit, *Polypore International v. FTC*, 11 juillet 2012, No. 11-10375 ; United States Court of Appeals, Sixth Circuit, *Promedica Health Sys., Inc. v. Fed. Trade Comm'n*, 22 avril 2014, 749 F.3d 5592.

<sup>1701</sup> *Polypore International* avait acquis en 2008 un concurrent *Microporous Products L.P.*, un fabricant de composants de batterie. Le *chief Administrative Law Judge*, requis dans une décision du 8 mars 2010, la cession de l'entreprise dans les six mois, l'opération réduisant la concurrence sur quatre marchés distincts de sépara-

Dans le contentieux contre la fusion verticale Grail/Illumina, le 9 septembre 2022<sup>1702</sup> le juge administratif D. Michael Chappell a rejeté dans sa « décision initiale », la plainte de la FTC<sup>1703</sup> contre la fusion verticale Grail/Illumina. Les commissaires ont appelé l'affaire et ordonné à l'unanimité, la cession de Grail le 31 mars 2023<sup>1704</sup>. Il est intéressant de relever que les contentieux allant au bout de la procédure administrative sur le fondement de l'application de la Section 7 du Clayton Act, concernent des fusions déjà consommées.

## **B. Des organes de contrôle spécialisés non dissociés de leur structure : l'organisation des services opérationnels**

Les autorités de contrôle peuvent subir des influences exogènes et endogènes dans l'exercice de leur fonction. L'on peut donc se demander s'il est souhaitable d'externaliser l'exercice de cette compétence ? L'externalisation consiste selon Hubert Delzanges à rendre une institution « indépendante du pouvoir exécutif »<sup>1705</sup> et de l'extraire « de la hiérarchie administrative traditionnelle »<sup>1706</sup>. Elle agirait comme pare-feu, garantissant un degré d'indépendance et d'isolement suffisant vis-à-vis des tentatives d'emprises non motivées par les objectifs économiques fondamentaux du contrôle. L'examen de l'organisation des services opérationnels montre qu'au contraire, les autorités ont réorganisé leurs services sans aller vers l'externalisation.

Lors de son adoption en 1989, le contrôle des concentrations européen fut intégré à la Commission par la création d'un service autonome, séparé de la DG Concurrence, appelée alors « DG4 », où les fonctions de contrôle et de décisions étaient distinctes. Ce système a cependant évolué vers un système où la concentration des pouvoirs revenait au sein des mêmes mains : les agents chargés de l'enquête procédaient sous le contrôle des services inté-

---

teurs de batteries au plomb (les séparateurs sont des membranes lacées entre les plaques positives et négatives de la batterie). Le collège de commissaires ne retint pas dans son *final order* du 13 décembre 2010 de violation au droit de la concurrence sur le 4<sup>ème</sup> marché dégagé par l'équipe en charge du dossier.

<sup>1702</sup> [https://www.ftc.gov/system/files/ftc\\_gov/pdf/D09401InitialDecisionPublic.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/D09401InitialDecisionPublic.pdf).

<sup>1703</sup> FTC, *Complaint*, Mars 2021

<sup>1704</sup> Illumina a déposé une *Petition for review of the Final order* devant la United States Court of Appeal for the Fifth Circuit, le 5 avril 2023 ainsi qu'une *Application for a Stay Pending review of the Commission's Final Order* le 4 avril 2023. L'appel devant le juge judiciaire suspend automatiquement les mesures liées aux divestitures comprises dans l'ordre émis par la commission. Voir, 15 U.S.C. § 45(g)(4).

<sup>1705</sup> H. DELZANGUES, L'indépendance des autorités administratives indépendantes chargées de réguler des marchés de services publics : éléments de droit comparé et européen, *Droit et société*, N° 93, 2016, p. 300.

<sup>1706</sup> H. DELZANGUES, L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, communications électroniques, énergie et postes, Thèse, Bordeaux IV, 2008, p. 40.

ressés à la rédaction des décisions, qui étaient ensuite transmises au commissaire en charge de la concurrence puis au collège des commissaires. Selon Götz Drauz, directeur de la feu « Merger Task Force », « *One should not underestimate what I would call the self-regulatory incentives of the hierarchy. Cases are discussed internally, both formally and informally. They are reviewed by other parts of DG Competition and discussed with both the Legal Service, other Directorates General and Member States. In this cross, arguments are galvanized and untenable positions regularly undermined* »<sup>1707</sup>. Cette conception a fait l'objet de critiques pour trois raisons principales selon Frédéric Jenny, d'abord en raison du manque de séparation entre les fonctions d'enquête et de décision, ensuite par l'absence d'implication des parties à la concentration dans la procédure<sup>1708</sup> et enfin par le fait que la Commission elle-même était principalement composée d'anciens ministres<sup>1709</sup>.

Depuis une réforme du 1<sup>er</sup> juillet 2003, la DG Concurrence est organisée selon une structure dite « hybride »<sup>1710</sup>, c'est-à-dire à la fois en fonction des domaines de droit investigués (aides d'État, concentrations, activités antitrust), mais aussi en unités spécialisées en industries<sup>1711</sup>. Ces unités sont-elles même sous-divisées entre les trois domaines de droit précités. Cette organisation participe de l'efficacité de la Commission, car elle optimise les ap-

---

<sup>1707</sup> G. DRAUZ, A View From Inside the Merger Task Force : Comments on « Reforming European Merger review : Targating Problem Areas in Policy Outcomes », *Journal of Industry, Competition and Trade*, 2002-2003, p. 396.

<sup>1708</sup> La *Merger Task Force* était selon son directeur, trop sujet aux influences des arguments des concurrents, qui pouvaient en l'occurrence souffrir des concentrations pro concurrentielles. G. DRAUZ, A View From Inside the Merger Task Force : Comments on « Reforming European Merger review : Targating Problem Areas in Policy Outcomes », *Journal of Industry, Competition and Trade*, 2002-2003, p. 396.

<sup>1709</sup> F. JENNY, The Institutional design of Competition Authorities : Daebates and Trends, Juin 2016, p. 20, Disponible en ligne : SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2894893> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2894893>. La réorganisation interne de la DG concurrence est intervenue à la suite d'une série de trois annulations de décisions d'interdiction de fusions de la Commission par la Cour de justice européenne en 2002. *Airtours/First Choice* (*Airtours plc v. Commission*, 2002 E.C.R. II-2585), *Tetra Laval/Sidel* (*Tetra Laval v. Commission*, 2002 E.C.R. II-4071), *Schneider/Legrand* (*Schneider Electric v. Commission*, 2002 E.C.R. II-4771). Voir, N. LEVY, Mario Monti's Legacy in EC Merger Control, *Competition Policy International*, Vol. 1, N° 1, Spring 2005.

<sup>1710</sup> Il existe diverses options d'organisation interne : une sectorial-based organisation, regroupant des spécialistes du secteur et un instrument-based organisation, utilisant la concentration de compétences spécifiques à un domaine juridique particulier, tels que les cartels ou les concentrations et enfin, les modèles hybrides rassemblant les deux caractéristiques des deux précédant modèles. Voir. A. G. INOTAL, S. RYAN, *Improving the effectiveness of competition agencies around the world – a summary of recent developments in the context of the International Competition Network ICN*, *Competition Policy Newsletter*, 2009-2 ; Report on Agency Effectiveness, p.20

<sup>1711</sup> L'organigramme de la DG Concurrence, montre huit unités nommées par lettre alphabétique de A à H :

« A » : Politique et Stratégie, « B » : Marchés et cas I Énergie et environnement, « C » : Marchés et cas II information, communication et médias, « D » : Marchés et cas III services financiers, « E » : Marchés et cas IV Industries de base, secteur manufacturier et agriculture, « F » : Marchés et cas V Transports, postes et autres services, « G » : cartels, « H » : aides d'État, contrôle général et exécution des décisions. Il existe une unité « R », se rapportant au management transversal.

ports d'expertise individuels<sup>1712</sup>. L'unité de l'économiste en chef est placée indépendamment des autres unités, auprès du directeur général. Ce dernier dispose d'une équipe d'économistes dédiés. En vertu de l'article 8 du Règlement (CE) 139/2004 le conseil des commissaires est compétent pour statuer sur les suites à donner à une notification de manière collégiale<sup>1713</sup> à la majorité du nombre des membres prévus par le traité<sup>1714</sup>. Le conseil a néanmoins délégué la décision d'autoriser en phase I une concentration au Commissaire à la concurrence<sup>1715</sup>. Afin de contrebalancer les défauts du modèle intégré, la Commission a renforcé le poste du *hearing officer*<sup>1716</sup>, qui veille par délégation et en toute indépendance au respect des règles et des garanties procédurales des parties tout au long du contrôle *ex ante*<sup>1717</sup>. De même, pour lutter contre les effets « des biais de confirmation » importants avant la réforme de 2003, la DG Concurrence a créé un système interne de *peer review* afin de renforcer le contrôle interne. Dans les affaires d'importance médiatique ou particulièrement complexe, un panel composé d'agents expérimentés examine les conclusions de l'équipe chargée de l'affaire avec un « regard neuf » à des moments clés de l'enquête<sup>1718</sup>. Ce deuxième avis, indépendant de la position de l'équipe, permet de renforcer la solidité juridique et économique du dossier. La fonction de contrôler les concentrations est donc entièrement internalisée au service opérationnel, la décision finale d'interdire appartenant au conseil des commissaires européens, responsables collectivement pour ses décisions, la DG concurrence ne constituant qu'un service administré.

---

<sup>1712</sup> International Competition Network, Report on the Agency Effectiveness Project. Second Phase – Effectiveness of Décisions, 8th Annual Conference of the ICN, Zurich, Juin 2009, p. 16.

<sup>1713</sup> Aux termes de l'article 17 (6) (b) du TUE qui dispose que « Le président : (...) décide de l'organisation interne de la Commission afin d'assurer la cohérence, l'efficacité et la collégialité de son action » et l'article premier du règlement intérieur de la Commission « La Commission agit en collège conformément aux dispositions du présent règlement intérieur, et dans le respect des priorités qu'elle a fixées dans le cadre des orientations politiques définies par le président, conformément à l'article 17, § 6, TUE ».

<sup>1714</sup> Article 8 (3) du règlement intérieur de la Commission, [C(2000) 3614] (JO L 308 du 8.12.2000, p. 26), Consultable en ligne : [https://eur-lex.europa.eu/eli/proc\\_internal/2000/3614/oj/ra](https://eur-lex.europa.eu/eli/proc_internal/2000/3614/oj/ra).

<sup>1715</sup> European Union, Evaluation of the Actions and Resources of the Competition Authorities, OECD, Juin 2005, p. 223. Disponible en ligne :

<sup>1716</sup> Decision of the President on the Function and Terms of Reference of the Hearing Officer, 2011 O.J. (L 275) 29. G. DI FEDERICO, The role of the Hearing Officer in antitrust cases. A critical assessment of the new mandate and practice after 2011, in, *Procedural Fairness in Antitrust Process*, P. NIHOUL, T. SKOCZNY (sous la direction de), ASCOLA Competition law series, Ed. Edgar, 2015, p. 160.

<sup>1717</sup> L'exercice de cette mesure déléguée est soumis à l'approbation du Service Juridique de la Commission en vertu de l'article 23 § 4 du règlement intérieur de la commission.

<sup>1718</sup>J-L. CLERGERIE, A. GRUBER, P. RAMBAUD, *Droit institutionnel et matériel de l'Union européenne*, Dalloz, Coll. Précis, 12<sup>e</sup> Ed., 2018, p.157 ; P. BURNIER DA SILVEIRA, *L'internationalisation du contrôle des concentrations*, Thèse, Université Paris II (co-tutelle), octobre 2011.

Bien avant la Commission, la FTC avait connu des évolutions organisationnelles similaires. À la fin des années 1990<sup>1719</sup> confrontées à une série de revers contre des concentrations formées sur le marché hospitalier, le Chairman Timothy Muris décida de créer une nouvelle division consacrée au contrôle des concentrations des hôpitaux, au sein du Bureau of Competition, appelée aujourd'hui « Mergers IV ». La FTC est en effet organisée en « *Bureaus* » spécialisés selon le domaine juridique investigué<sup>1720</sup>. Le *Bureau of Competition* est chargé de détecter et de lutter contre les pratiques et les comportements anticoncurrentiels en vertu de la section 5 du FTC Act qui prohibe les « *unfair methods of competition* » et le Clayton Act<sup>1721</sup>. Le *Bureau of Competition* est partagé en neuf divisions, dont quatre sont dédiées au traitement des concentrations. Chaque division « Merger » numérotée de 1 à 4 est spécialisée dans un secteur ou une industrie particulière<sup>1722</sup>. Le *Bureau of Economics* tient une place particulière au sein de la FTC dont les membres sont intégrés à tous les niveaux de la procédure. Comme au sein de la DG Concurrence, la tenue des affaires est contrôlée sur la demande du directeur du Bureau par la division « Policy and Coordination » qui joue le rôle *peer review*.

L'*Office of Administrative Law Judges*, est régi par l'*Office of Personnel Management*, le bureau de gestion des fonctionnaires fédéraux, qui contrôle la rémunération de ces juges administratifs. Les ALJ appartiennent donc à l'Exécutif fédéral<sup>1723</sup> et sont nommés par la commission elle-même après approbation et sous l'autorité de l'OBM<sup>1724</sup>. Indépendants et impartiaux, leur rôle est de veiller à l'équité au sein de la procédure de *fact finding*,<sup>1725</sup>. Leurs pouvoirs sont étendus. Les ALJ interviennent à la suite de la décision de la commission de poursuivre une affaire par le dépôt d'une *complaint*. Ils conduisent la procédure de *prehearing*, qui consiste en la tenue de *conferences*, et la réception de des *legal briefs*, ainsi que des

---

<sup>1719</sup> Cette série de défaites judiciaires révélera parallèlement l'importance de l'analyse économique rétrospective dans l'établissement des critères substantiels. Timothy J. Muris créera « the Hospital Merger Retrospective Project » en 2002 qui participera au succès des interdictions de fusions horizontales sur le marché hospitalier. Voir, M. VITA, F.D. OSINSKI, John Jwoka's Mergers, Merger Control, and Remedies: A Critical review, *Antitrust Law Journal*, Vol. 82, p. 362.

<sup>1720</sup> La FTC compte deux bureaux opérationnels : le *Bureau of Competition* qui traite de la concurrence et le *Bureau of Consumer Protection*, qui lutte en substance, contre les pratiques trompeuses et déloyales envers le consommateur. Le *Bureau of Economics*, vient soutenir de ces deux bureaux.

<sup>1721</sup> Section 2,3,7,7A et 8 du Clayton Act amendé.

<sup>1722</sup> Merger I, enquête sur les concentrations du secteur pharmaceutique, Merger II sur les industries liées aux charbons et aux produits issus de la pétrochimie, Merger III sur les industries pétrolières, Merger IV s'occupe aujourd'hui des entreprises de vente de détails, des supermarchés, des alcools, des casinos et des médias. Il existe deux divisions spécialisées dans les secteurs des soins médicaux (*health care*) et technologiques (créée récemment le 26 février 2019 afin d'étudier les particularités des marchés de technologies numériques).

<sup>1723</sup> 5 U.S.C. § 5372 (2021).

<sup>1724</sup> 15 U.S.C §3105 (2021) : « Each agency shall appoint as many administrative law judges as are necessary for proceedings (...) ».

<sup>1725</sup> 16 C.F.R §0.14.



*motions*. Ils supervisent la phase de *discovery*<sup>1726</sup> et président les *evidentiary hearing*<sup>1727</sup> afin de récolter des preuves. Les ALJ possèdent aussi un pouvoir de sanctions dans le cas où les parties refuseraient de participer à la phase de *discovery*. Ces sanctions consistent toutefois en des mesures procédurales<sup>1728</sup>. Ils transmettent une décision motivée en droit dite « *initial decision* » au collègue des commissaires, qui fait office d'organe d'appel.

L'*Antitrust Division* est la division responsable sein du DOJ du contrôle des concentrations. Dirigée par l'*Assistant Attorney General* (AAG ci-après), qui est assisté de six *Deputies Assistant Attorney General* (DAAG) spécialisés par domaine de compétences : *Policy, Economics, Civil, Criminal, et Operations et Litigation*, elle suit une organisation interne hiérarchique. L'Office of Operations gère la réception des notifications des concentrations et les distribue au service approprié. L'*Antitrust Division* possède six sections en charge du contrôle des concentrations toutes sises à Washington D.C, ces sections dites « civiles » sont rattachées à la fois au DAAG Civil et au DAAG Litigation. Elles sont spécialisées par industries et coopèrent avec les trois sections de l'*Economic Analysis Group*.

## §2. Les moyens matériels et humains des autorités de contrôle

La dématérialisation des échanges a profondément transformé les modes de communication entre les autorités de contrôle et les entreprises. Les agences doivent traiter et gérer des sommes de données inédites depuis leur création. Face à ces flux d'informations, la capacité des agences à réaliser leurs missions dépend des moyens qui leur sont alloués. Les fusions, en particulier dans les secteurs technologiques, ont montré que le traitement des affaires se complexifiait et pouvait s'avérer particulièrement ardues. Le vote de leur budget appartient pour une large part aux institutions politiques (A), il convient d'examiner comment l'allocation des ressources financières et humaines s'établit au sein du contrôle *ex ante* des concentrations (B).

---

<sup>1726</sup> 16 C.F.R. §§ 3.21-3.22, 3.31.

<sup>1727</sup> 16 C.F.R. §§ 3.41.

<sup>1728</sup> 16 C.F.R. § 3.38(b).

## A. Le budget

Le budget de l'*Antitrust Division* fait partie du budget de fonctionnement du gouvernement fédéral. Le DOJ formule dans son rapport annuel de soumission budgétaire, un historique des ressources et dépenses qu'il a générées et une projection justifiée de ses besoins futurs<sup>1729</sup>. Le budget qui lui est dévolu est autorisé par le Président des États-Unis et affecté au *department*, après modifications en général par le Congrès. L'*Antitrust Division* dispose d'un poste de dépense distinct dans le budget global du DOJ<sup>1730</sup>. Celui de la FTC est quant à lui déterminé par un processus en plusieurs étapes. L'agence présente une demande au président via l'Office of Budget and Management (OBM ci-après), qui centralise et coordonne toutes les demandes de budgets des agences<sup>1731</sup>. Le président propose un budget au Congrès, qui adopte une loi d'affectation des fonds, signée par le Président<sup>1732</sup>.

Le vote du budget est un moment critique dans la vie des agences, car il constitue l'outil d'influence le plus efficace du Congrès qui peut menacer implicitement ou explicitement de retenir les crédits<sup>1733</sup>. La FTC et du DOJ sont autorisées à collecter et à dépenser des fonds en dehors de ceux alloués par le Congrès, notamment grâce aux frais de notification préalable aux fusions. La DG Concurrence dépend quant à elle des dotations annuelles de la Commission européenne et doit batailler avec les autres Directions générales pour satisfaire ses demandes de crédits<sup>1734</sup>.

---

<sup>1729</sup> Antitrust Division, Congress Submission FY 2021 Performance Budget Submission, 2020.

<sup>1730</sup> United States, *Independence of Competition Authorities, From Design to Practice*, Section III, Contribution to the Global Forum on Competition, 07 Novembre 2016.

<sup>1731</sup> J.L. SELIN, What Makes an Agency Independent ?, *American Journal of Political Science*, Vol. 59, N° 4, Octobre 2015, p. 975.

<sup>1732</sup> Le Président peut opposer son veto. Le Congrès ne peut passer outre que s'il y a suffisamment de voix pour promulguer un projet de loi révisé.

<sup>1733</sup> Ancien directeur du budget du Président élu Ronald Reagan, David Stockman, nommé à la tête de l'*Office Management Bureau*, attaché à la Maison Blanche, qui coordonne et centralise les besoins financiers et administratifs des agences, recommanda en 1981, la suppression des budgets alloués au bureau « *competition* ».

Voir, WE. KOVACIC, Politics and Partisanship in U.S. Federal Antitrust Enforcement, *Antitrust Law Journal*, Vol. 79, No. 2, 2014, p. p.693

<sup>1734</sup> Cour des comptes européenne, Contrôle des concentrations dans l'Union européenne et procédures antitrust de la Commission : la surveillance des marchés doit être renforcée, Rapport spécial, p.19.

## B. L'allocation des ressources financières et humaines

Selon le rapport annuel commun sur l'application du Hart-Scott-Rodino par l'année fiscale 2021 au Congrès<sup>1735</sup>, 3520 concentrations ont été notifiées à la FTC et au DOJ<sup>1736</sup>. Les deux agences ont vu le nombre de concentrations présentant une valeur de plus d'un milliard de dollars augmenter de manière extrême, se portant de 128 opérations en 2010 à 578 en 2021<sup>1737</sup> et les rapports annuels de 2020 et 2021 indiquant toujours plus de complexité des affaires transmises<sup>1738</sup>. Pourtant, au cours de l'exercice 2010, le nombre d'employés de la FTC chargé de la prise en charge des notifications et de leur examen était de 460 équivalents temps plein (ETP ci-après)<sup>1739</sup> pour 1166 notifications<sup>1740</sup> et à l'exercice 2019, ils n'étaient plus que 231 ETP<sup>1741</sup> pour 2089 notifications.

Les effectifs de la FTC consacrés aux concentrations diminuaient et il restait à peu près aux deux tiers de ce qu'ils étaient en 1976, avant la nomination par le Président Joe Biden du professeur de droit Lina Khan<sup>1742</sup>, connue pour ses positions volontaristes en matière d'application du droit de la concurrence à l'encontre des Big Tech<sup>1743</sup>, qui a permis

---

<sup>1735</sup> L'année fiscale 2021 s'est déroulée du 1er octobre 2020 au 30 septembre 2021.

<sup>1736</sup> Voir, Forty-Fourth Annual Report, Hart-Scott-Rodino Annual Report, FTC-DOJ Fiscal Year 2021, (Table 1), disponible en ligne : [https://www.ftc.gov/system/files/ftc\\_gov/pdf/p110014fy2021hsrannualreport.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/p110014fy2021hsrannualreport.pdf).

<sup>1737</sup> Forty-Fourth Annual Report, Hart-Scott-Rodino Annual Report, FTC-DOJ Fiscal Year 2021, Table I, Fiscal year 2021, acquisitions by size of transaction (by size range), disponible en ligne : [https://www.ftc.gov/system/files/ftc\\_gov/pdf/p110014fy2021hsrannualreport.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/p110014fy2021hsrannualreport.pdf).

<sup>1738</sup> « Many current and recent matters demonstrate the increasingly complex, large, and international nature(...) » ; « the analysis necessary for thorough merger review becomes more complex. Competitive issues and efficiency defenses are more likely to surface in such reviews, adding complexity and cost to the Division's work ». Voir, Antitrust Division, Congress Submission FY 2022 Performance Budget Submission, p.3-4, disponible en ligne : <https://www.justice.gov/jmd/page/file/1398291/download> ; voir aussi : Forty-Third Hart-Scott-Rodino Annual Report, FTC-DOJ Fiscal Year 2020, p.5, disponible en ligne : [https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/hart-scott-rodino-annual-report-fiscal-year-2020/fy2020\\_hsr\\_annual\\_report\\_final.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/hart-scott-rodino-annual-report-fiscal-year-2020/fy2020_hsr_annual_report_final.pdf).

<sup>1739</sup> Federal Trade Commission, Fiscal Year Congressional Budget 2011, p.47, disponible en ligne : [https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports\\_annual/fy-2011-congressional-budget-justification-summary/budgetsummary11\\_1.pdf](https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports_annual/fy-2011-congressional-budget-justification-summary/budgetsummary11_1.pdf).

<sup>1740</sup> Thirty-Third Hart-Scott-Rodino Annual Report, FTC-DOJ Fiscal Year 2010, p. 25 (Appendix B), disponible en ligne : [https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports\\_annual/33st-report-fy-2010/1101hsrreport\\_0.pdf](https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports_annual/33st-report-fy-2010/1101hsrreport_0.pdf).

<sup>1741</sup> Ce chiffre comprend, le personnel dédié à la prénofication, à l'application du droit des concentrations /Joint-ventures et à la compliance. Voir, Federal Trade Commission, Fiscal Year Congressional Budget 2020 Justification, p.141, disponible en ligne : [https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/fy-2020-congressional-budget-justification/fy\\_2020\\_cbj.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/fy-2020-congressional-budget-justification/fy_2020_cbj.pdf).

<sup>1742</sup> Lina Khan a prêté serment le 15 juin 2021.

<sup>1743</sup> L. KHAN, Sources of Tech Platform Power, *Georgetown Law & Technology Review*, N° 2, 2018, p. 325 ; Amazon's Antitrust Paradox, *Yale Law Journal*, N° 210, 2017, p. 710. L'entreprise Amazon a cherché la récusation de Lina Khan lors de l'examen du rachat de la MGM pour 8,45 milliards de dollars. Voir, D. MCLAUGHIN, Amazon Seeks to Have FTC Chair Lina Khan Recused on Company Actions Due to Past Criticism, *Time*, 30 juin 2021, disponible en ligne : <https://time.com/6077138/amazon-ftc-lina-khan-recusal/>

l'engagement de nouvelles ressources pour la FTC et rehausser le nombre de personnels dédiés aux concentrations à 303 ETP en 2023<sup>1744</sup>.

L'Antitrust Division n'indique pas dans les mêmes détails l'occupation des postes affectés au contrôle des concentrations. Il est mentionné qu'en 2022<sup>1745</sup>, 413 agents ont travaillé à la mise en œuvre des matières civiles antitrust contre 511 en 2010<sup>1746</sup>. Selon la FTC, malgré les vagues de fusions entre 2010 et 2016 le financement de la FTC et du DOJ a stagné en termes nominaux et, en termes réels, a diminué alors que depuis les années 1990, la portée des enquêtes et des litiges s'est étendue de manière exponentielle, avec des soumissions électroniques volumineuses exigeant des ressources en personnel considérables<sup>1747</sup>.

Dans l'Union européenne, selon le rapport de la Cour des comptes de l'UE, les effectifs de la DG Concurrence sont restés stables de 2010 à 2018, passant de 830 à 804 agents, dont 117 travaillent uniquement sur les concentrations<sup>1748</sup>. Au 31 décembre 2022, une baisse des ressources en effectifs a été opérée, puisque la Commission comptait 820 membres du personnel au sein de la DG concurrence, dont 68 travaillent exclusivement dans le domaine du contrôle des concentrations<sup>1749</sup>. Or contrairement au volume des dossiers antitrust, la notification des opérations de croissance externe a subi une forte augmentation, passant d'une moyenne de 289 notifications entre 2010 et 2014, à 379 en 2022<sup>1750</sup>, engageant sur la période étudiée une mobilisation croissante des services sur le contrôle des concentrations. L'afflux

---

Lina Khan a fait aussi l'objet d'une demande récusation dans l'affaire Meta-Zuckerberg-Within,  
<sup>1745</sup> Antitrust Division, Congress Submission FY 2024 Performance Budget Submission, p.28, disponible en ligne : [https://www.justice.gov/d9/2023-03/atr\\_fy\\_2024\\_pb\\_narrative\\_omb\\_cleared\\_03.13.23.pdf](https://www.justice.gov/d9/2023-03/atr_fy_2024_pb_narrative_omb_cleared_03.13.23.pdf).

<sup>1746</sup> Antitrust Division, Congress Submission FY 2011 Performance Budget Submission, p.19, disponible en ligne : <https://www.justice.gov/sites/default/files/jmd/legacy/2014/02/23/fy11-atr-justification.pdf>.

<sup>1747</sup> The *Merger Filing Fee Modernization Act* entré en vigueur le 29 décembre 2022, garantit un financement adéquat du DOJ et de la Federal Trade Commission par une augmentation drastique des frais de dépôt pour les concentrations égales ou dépassant 500 millions de dollars, mais diminue celles des petites transactions. La loi prévoit également que les frais de dépôt augmenteront chaque année en fonction de l'indice des prix à la consommation. Voir, C.S. DAVIS, *The Effect of the Merger Filing Fee Modernization Act on Antitrust Litigation and Multidistrict Litigation Venue Considerations*, *ABA*, 26 avril 2023, en ligne : <https://www.americanbar.org/groups/litigation/committees/antitrust/articles/2023/merging-filing-fee-modernization-act-mdl/>.

<sup>1748</sup> Cour des comptes européenne, *Contrôle des concentrations dans l'Union européenne et procédures antitrust de la Commission : la surveillance des marchés doit être renforcée*, Rapport spécial, 2020, p.19

<sup>1749</sup> European Union, *Annual Report on Competition Policy Developments in the European Union 2022*, OECD, 5 mai 2023, p.25, disponible en ligne : [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/AR\(2023\)39/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/AR(2023)39/en/pdf).

<sup>1750</sup> European commission, *Commission Staff Working Document Accompanying the document Report « Report from the Commission ; Report on Competition Policy 2022 »*, 23 avril 2023, p.18, disponible en ligne : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52023SC0076&qid=1680698236506>.

des notifications empêche donc la Commission de dédier plus de ressources en personnels aux traitements de la détection et à la poursuite des infractions antitrust<sup>1751</sup>.

Alors que les mouvements de concentrations ont augmenté, il est étonnant de constater que le nombre des poursuites ne s'est pas corrélé sur cet accroissement. La FTC a émis en 2021, 30 « *second request* » et le DOJ, 31<sup>1752</sup> or, les nombres de fusions effectivement contestés sont de 21 pour la FTC et de 17 pour le DOJ. Bien que davantage de *Second request* aient été émises en 2019, il y a eu moins de contestations de fusions en 2019 qu'en 2010. Ainsi, malgré une augmentation marquée des fusions signalées par la HSR de 2010 à 2021, le nombre de fusions contestées par les agences n'a pas augmenté en proportion. Il semble donc que les agences soient limitées dans leurs efforts de contrôle des concentrations<sup>1753</sup>.

**Tableau : Évolution des notifications et des interventions des autorités de contrôle entre 2010 et 2021**

Les données définitives disponibles à ce jour pour les États-Unis sont celles récoltées dans le dernier rapport HSR, le *Hart-Scott-Rodino Report 2021*, publié le 10 février 2023. Nous n'utilisons pas les données de 2022 de la Commission européenne pour des raisons de cohérence méthodologique.

2021	Nombre de notifications	Nombre de <i>Seconde request</i> (US)/ Phase II (UE)	Nombre d'opérations Contestées
FTC	3520	42	18 <sup>1754</sup>
DOJ		23	14 <sup>1755</sup>

<sup>1751</sup> La Cour des comptes européenne avait déjà formé de telles conclusions en 2020. Cour des comptes européenne, Contrôle des concentrations dans l'Union européenne et procédures antitrust de la Commission : la surveillance des marchés doit être renforcée, Rapport spécial, 2020, p.24.

<sup>1752</sup> Antitrust Division, Congress Submission FY 2022 Performance Budget Submission, p.3-4, disponible en ligne : <https://www.justice.gov/jmd/page/file/1398291/download>

<sup>1753</sup> Les données pour l'Union européenne ne sont pas pertinentes pour l'année 2010, l'Europe ayant subi une crise économique, 74 opérations ont été notifiées à la Commission. Trois concentrations ont été en Phase II. Commission européenne, Rapport sur la politique de concurrence, 10 juin 2011, p.21. Disponible en ligne :

<sup>1754</sup> Sur ces 18 contestations, 5 affaires ont été réglées par *consent orders* après enquête publique, 7 opérations ont été abandonnées ou restructurées, 6 ont fait l'objet d'un contentieux administratif ou judiciaire. Voir, Forty-Fourth Annual Report, Hart-Scott-Rodino Annual Report, FTC-DOJ Fiscal Year 2021, p.2, disponible en ligne : [https://www.ftc.gov/system/files/ftc\\_gov/pdf/p110014fy2021hsrannualreport.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/p110014fy2021hsrannualreport.pdf).

<sup>1755</sup> Sur ces 14 contestations, 2 ont fait l'objet d'un contentieux judiciaire, 9 affaires ont été réglées par *consent decrees*, 3 opérations ont été restructurées. Voir, Forty-Fourth Annual Report, Hart-Scott-Rodino Annu-

Commission Européenne	405	7	0
-----------------------	-----	---	---

2010	Nombre de notifications	Nombre de « Seconde request »)/ Phase II (UE)	Nombre d'opérations Contestées
FTC	1166	20	22
DOJ		26	19
Commission Européenne	74	3	0

## *Section 2. Les garanties d'indépendance concourant à l'efficacité*

L'efficacité nécessite l'organisation d'une administration opérationnelle objective et spécialisée, possédant des moyens d'action appropriés. La forme des contours externes et internes de ces administrations peut, en effet, déterminer qui contrôle de manière directe ou indirecte les leviers d'influence sur la décision finale au sein des autorités chargées de l'examen des concentrations. La composition et l'organisation de ces structures sont réglementées afin d'échapper dans une certaine mesure aux phénomènes de captures publiques ou privées.

L'indépendance peut être décrétée par un acte normatif<sup>1756</sup> ou déduite de son aspect structurel, qu'elles soient externalisées, comme la Commission européenne et la FTC, ou internalisées au sein de l'Exécutif avec le DOJ, ces arrangements institutionnels ou légaux ne suffisent néanmoins pas, à garantir ou à exclure l'indépendance des autorités de contrôle vis-

---

al Report, FTC-DOJ Fiscal Year 2021, p.2, disponible en ligne : [https://www.ftc.gov/system/files/ftc\\_gov/pdf/p110014fy2021hsrannualreport.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/p110014fy2021hsrannualreport.pdf).

1756 « Les membres de la Commission sont choisis en raison de leur compétence générale et de leur engagement européen et parmi des personnalités offrant toutes garanties d'indépendance » ; « La Commission exerce ses responsabilités en pleine indépendance ». Article 17, 3 TUE.

à-vis des groupes d'intérêts. Or, l'indépendance participe de l'efficacité dans la mesure où elle garantirait le fonctionnement optimal de ces institutions en poursuivant les objectifs confiés par sa mission<sup>1757</sup>, cette indépendance se manifeste selon la doctrine d'une part par une indépendance statutaire dite *a priori*, qui est appréciée selon des critères établis (**L'efficacité procédant de l'indépendance organique des autorités de contrôle, §1**) et d'autre part, dans le fonctionnement de ces institutions, où la réalité de cette indépendance est mesurée *a posteriori*, par la production d'instruments satisfaisant un principe corollaire contemporain de transparences (**L'efficacité procédant de la transparence § 2**).

### *§1. L'efficacité procédant de l'indépendance organique des autorités de contrôle*

*« I'm pretty sure the Department of Justice wouldn't allow Penguin Random House to buy us, but that's assuming we still have a Department of Justice »*<sup>1758</sup>.  
Simon & Schuster CEO Jonathan Karp.

L'indépendance organique des autorités de contrôle nécessite une organisation normative statutaire rédigée et émise paradoxalement par l'autorité politique, dans le cas de l'Union européenne, des États membres et aux États-Unis, par le législateur. L'indépendance des autorités administratives aux États-Unis s'exprime à travers leurs caractéristiques institutionnelles<sup>1759</sup>. L'examen des statuts « des décideurs » permet d'observer si cette « interdiction

---

<sup>1757</sup> W. KOVACIC, Competition Agencies, Independence, and the Political Process in, *Competition Policy and the Economic Approach*, J. DREXL, W. KERBER, R. PODSZUN (sous la direction de), Edward Elgar Publisher, 2011, p. 291.

<sup>1758</sup> Courriel envoyé en 2020 par le PDG de Simon & Schuster, une maison d'édition en proie à une acquisition par son concurrent Penguin Random House, lorsque le DOJ était sous l'administration du Président D. Trump. Le 2 novembre 2021, le Department of Justice a requis la suspension de la concentration devant la *district court* du *district of Columbia*. Penguin Random House et Simon & Schuster appartiennent aux « Big Five » de l'édition, les trois autres places étant occupées par Harper Collins, Hachette et Macmillan. Ces cinq grands groupes contrôlent environ 80 % du marché du livre aux États-Unis. Penguin Random House, est le premier acteur du secteur avec une part de marché de 25 % en 2020. Voir, J. MAHER, DOJ v. PRH : Karp's Second Day of Testimony, *Publisher Weekly*, 4 août 2022, disponible en ligne : <https://www.publishersweekly.com/pw/by-topic/industry-news/publisher-news/article/90014-doj-v-prh-karp-s-second-day-of-testimony.html#> ; DOJ, Justice Department Sues to Block Penguin Random House's Acquisition of Rival Publisher Simon & Schuster Merger Would Create Publishing Behemoth, Harming Authors and Consumers, Press Release, 2 novembre 2021.

<sup>1759</sup> P. VERKUIL, The Purposes and Limits of Independent Agencies, *Dule Law Journal*, 1988, p. 257. Disponible en ligne : <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol37/iss2/5>.

faite à eux-mêmes » est respectée par les autorités politiques (A). Il s'agit de même de comprendre comment s'effectue la gestion des relations politiques avec ces membres (B).

## A. L'indépendance statutaire

L'indépendance des autorités administratives, en charge de la régulation sectorielle ou non a permis l'émergence d'une littérature foisonnante ayant pour objet dans un premier temps de conceptualiser cette notion complexe et protéiforme. Pris dans une acception stricte, elle exclurait « toute subordination hiérarchique »<sup>1760</sup>. Il s'agira d'observer comme sont nommés les membres des agences chargées du contrôle des concentrations (1), d'identifier si une qualité particulière et requise (2) et enfin les conditions et la durée de leur mandat (3)

### 1. La nomination des membres détenteurs du pouvoir de décision

La conception de la démocratie aux États-Unis ne permet pas en principe de concevoir l'administration comme autonome du pouvoir politique, seul représentant de la souveraineté populaire issue de l'élection. La longue prévalence de la théorie de l'intégration, fondée sur le principe selon lequel « *all lines of administrative responsibility should converge toward the governor; he alone in the executive branch would be responsible directly to the people* »<sup>1761</sup> fut battue en brèche lors de l'apparition des problèmes de capture expérimentée par les administrations américaines au cours du XXe siècle<sup>1762</sup>. La nature multifonctionnelle, « quasi - législative » et « quasi-judiciaire » imposait que la FTC puisse fonctionner à l'abri des ingérences politiques.

L'idée d'une nécessaire représentation reste toutefois prégnante<sup>1763</sup>. Selon Pierre Rosanvallon, si les autorités indépendantes ne sont pas les « *mandataires juridiques ou pratiques*

---

<sup>1760</sup> S. MANSON, La notion d'indépendance en droit administratif français, Thèse, Paris II, 1995, pp. 31-33.

<sup>1761</sup> Cette théorie s'étend par principe à tous corps politiques élus au suffrage universel direct, i.e au niveau fédéral par le Congrès. La responsabilité de ces membres élus du peuple tenant dans leur réélection. Voir, J.W. FESLER, The Independence of State Regulatory Agencies, *Public Administration Service*, N° 85, Chicago, Illinois, 1942, p. 2.

<sup>1762</sup> J.D WRIGHT, *Regulation in High-Tech Markets: Public Choice, Regulatory Capture, and the FTC*, Remarks of Joshua D. Wright Commissioner, Federal Trade Commission at the Big Ideas about Information Lecture Clemson University, Clemson, South Carolina, April 2, 2015, disponible en ligne: <https://www.ftc.gov/news-events/news/speeches/regulation-high-tech-markets-public-choice-regulatory-capture-ftc>.

<sup>1763</sup> Voir par exemple, D. A. Crane, « In a democracy, having a politically accountable agency may be desirable », *The Institutional Structure of Antitrust Law*, Oxford University Press, 2011, p. 36 ; S. WEIVER,



de la collectivité »<sup>1764</sup>, les États-Unis organisent figurativement cette représentativité par la nomination. Ainsi, en vertu de l'article 15 U.S.C. § 41, la FTC est dirigée par cinq commissaires nommés par le Président des États-Unis et confirmés par le Sénat<sup>1765</sup>. La procédure s'effectue selon un mode bipartisan qui associe le parti républicain et le parti démocrate<sup>1766</sup>. La loi limite cependant l'appartenance à un même parti à trois membres sur cinq<sup>1767</sup>. Suivant la procédure de nomination, les commissaires désignés par le Président des États-Unis<sup>1768</sup>, sont auditionnés par le *Senate Committee on Commerce, Science and Transportation*, qui est en charge de la surveillance de la FTC<sup>1769</sup>. Si cette audition est, semble-t-il purement formelle, elle peut être l'occasion d'influencer grâce à son veto la nomination de candidats. Le *chairman* qui donne les grandes orientations au collège est désigné de même par le Président<sup>1770</sup>.

Le caractère politique de la nomination peut permettre au Président, s'il s'accorde avec Congrès d'affaiblir l'institution par l'introduction de membres « partisans » parmi les commissaires<sup>1771</sup>. Cette configuration s'est réalisée à plusieurs reprises au cours de l'histoire con-

---

« Public power should take precedence over private power ; but because public power exercised with administrative discretion often does not properly do so, we should prefer those forms of regulation that give the political executives the least of that discretion ». S. WEAVER, *Decision to Prosecute, Organization and Public Policy in the Antitrust Division*, The MIT Press, 1977, p. 3.

<sup>1764</sup> P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Ed. du Seuil, Coll. Point, 2008,

<sup>1765</sup> Section 1 du Federal Trade Commission Act de 1914.

<sup>1766</sup> Le Président des États-Unis choisit des candidats en cohérence avec son projet politique et désigne des personnes affiliées ou proches de son parti. Les deux places du collège réservées à l'opposition est selon la coutume contemporaine laissée au choix des leaders du parti adverse. Ils seront alors approuvés par le Président. Voir, M. WINERMAN, W.E. KOVACIK, *The Federal Trade Commission as an Independent Agency : Autonomy, Legitimacy, and Effectiveness*, *Iowa Law Review*, Vol. 100, p.2102

<sup>1767</sup> Section 1 du Federal Trade Commission Act de 1914.

<sup>1768</sup> Selon William Kovacic, ces nominations font l'objet d'un processus d'examen minutieux par le White House Office of Executive Personnel afin que ces candidats partagent en tous points la vision du Président. Ainsi selon l'expérience de l'auteur, ancien membre de la FTC, « *The appointee gene embraces the party's assumptions about how the economy operates and the effects of different forms of business conduct. These assumptions in judgments about the appropriate content and application of antitrust. However, in addition to sharing common philosophies, nominees for top leadership positions tend to be party loyalists.* ». Voir, W.E. KOVACIC, *Politics and Partisanship in U.S. Federal Antitrust Enforcement*, *Antitrust Law Journal*, Vol. 79, No. 2, 2014, p. 690.

<sup>1769</sup> Les *hearings* sont l'occasion pour le Sénat de présenter ses vues et ses attentes sur les performances de la commission. Elles sont consultables en ligne : <https://www.commerce.senate.gov/manufacturing-trade-consumerprotection>.

<sup>1770</sup> Le président du collège fixe les priorités de la FTC et nomme les directeurs des trois bureaux : le bureau de la protection des consommateurs (*consumer Protection*), concurrence (*competition*), and économique (*economics*).

<sup>1771</sup> William E. Kovacic précise que le terme « partisan » ne vise pas contester l'intégration d'une philosophie de économique particulière à la politique de l'autorité, mais de compromettre ou de désorganiser volontairement ou involontairement par un comportement s'écartant de la norme attendue : « *An ideologue deliberately engages in what Sigmund calls 'systematic distortion matic distortion'* ». KOVACIC, citant P. E. SIGMUND, *The Ideologies of the Developing Nations*, Frederick A. Praeger (January 1), 1968, p.42. La nécessité d'une certaine tenue dans les débats du collège des commissaires fut rappelée par l'ABA dans son rapport sur la FTC de 1989, « *Commissioners must be free to disagree about policy issues, but they should disagree in ways that engender respect for the seriousness with which they take their responsibilities* ». Voir. American Bar Association, Report Of The American Bar Association Section Of Antitrust Law Special Committee To Study The Role Of

temporaire de la FTC, durant la présidence de Donal Reagan et selon Robert Pitofsky, ancien *chairman* à la FTC, sous le second mandat de Georges W. Bush<sup>1772</sup>.

Le DOJ, qui ne détient pas de pouvoir quasi-judiciaire et dont les initiatives sont soumises à l'évaluation immédiate des cours, ne souffre pas dans les mêmes proportions du débat sur l'indépendance statutaire de ses membres. L'*Assistant Attorney General for Antitrust* qui dirige la *Division Antitrust* est nommé par le Président des États-Unis, confirmé par le Sénat<sup>1773</sup>. Il est auditionné par le *Subcommittee on Antitrust, Competition Policy and Consumer Rights*, sis au sein du *Judiciary Committee*<sup>1774</sup>. Il est entouré de cinq *deputy assistants attorney general*. Bien qu'intégré organiquement au pouvoir Exécutif, selon William Kovacic, « *the Antitrust Division has developed a substantial degree of insulation from the president. Reported episodes of direct political interference to shape the disposition of cases are rare, and there are important instances in which the Antitrust Division has proceeded with major cases despite the vehement opposition of other executive branch ministries* »<sup>1775</sup>.

Dans les deux cas, les auditions consistent à obtenir des informations d'orientation de la part des personnalités proposées et même des engagements en vue d'actions futures. Le désir d'intégrer l'institution peut donc inciter un membre à modifier sa façon d'appréhender sa mission<sup>1776</sup>. La question du renouvellement du mandat peut donc, dans cette situation, être déterminante.

---

The Federal Trade Commission, *Antitrust Law Journal* Vol. 58, Avril 1989, p. 60. Les commissaires devant des « public servants » sont soumis au prononcé d'un serment (Oath of Office) inscrit à l'article 5 § 3331 de l'U.S. Code, avant leur entrée en fonction. Ce serment devant leur rappeler qu'au-delà la nature politique de la nomination, les commissaires doivent soutenir et défendre en premier lieu la Constitution des États-Unis et exercer fidèlement leur fonction. L'Union européenne n'est pas en reste. A été instauré depuis 1957 un serment devant être prononcé à chaque investiture. Cette déclaration solennelle s'effectue devant la CJUE. Voir, article 245 du TFUE.

<sup>1772</sup> R. PITOFSKY, Introduction : Setting the Stage, in, How the Chicago School Overshot the Mark. The effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust, Robert Pitofsky ed., 2008. Voir la réponse de J.D. WRIGHT, commissaire républicain à la FTC de 2013 à 2015, défendant la vision de l'École de Chicago et l'approche dite « conservatrice » en sciences économiques. Voir. J.D. WRIGHT, Overshot the Mark ? A Simple Explanation of the Chicago School's Influence on Antitrust, George Mason University Law and Economics Research Paper Series, 31 mars 2009, disponible en ligne, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1370641](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1370641).

<sup>1773</sup> L'*Assistant Attorney General*, est nommé à raison des priorités définies par le Président. L'AAG, Christine Varney avait affirmé vouloir mettre en place une politique de poursuite plus agressive du droit de la concurrence et participer à l'amortissement de la crise financière de 2008, en accord avec les promesses électorales de Barack H. Obama. Voir, C.A. VARNEY, *Vigorous enforcement in this Challenging Era, Remarks as Prepared for the United States Chamber of Commerce*, 12 Mai 2009, disponible en ligne : <https://www.justice.gov/atr/file/519881/download>.

<sup>1774</sup> Subcommittee on Antitrust, Competition Policy and Consumer Rights, auditionne les candidats à la tête de la Division antitrust du DOJ, mais à rôle plus général de contrôle des agences en charge de la concurrence.

<sup>1775</sup> KOVACIC, Competition Agencies, Independence, and the Political Process, in, J. DREXL, W. KERBER, R. PODSZUN, *Competition policy and the economic approach*, Edward Elgar, 2011, p. 299.

<sup>1776</sup> *Idem.*, p. 300

À l'inverse des États-Unis, qui ont depuis leur fondement tenté d'accorder un caractère représentatif aux membres de la haute administration fédérale, la Commission européenne a longtemps souffert « d'un déficit démocratique »<sup>1777</sup>. Les traités de Maastricht<sup>1778</sup> et d'Amsterdam<sup>1779</sup> à partir de 1992 ont soumis la désignation des commissaires européens à la double approbation des États à travers le Conseil européen et à celui du Parlement européen (PE ci-après) représentants directs des citoyens de l'Union européenne. Le président de la Commission joue aussi un rôle notable dans la formation du collège.

Aux termes des articles 17-3 et 7 du TUE, le Conseil européen au regard des résultats aux élections au PE, décide à huit-clôt par un vote à la majorité qualifiée de proposer au vote Parlement européen un candidat à la fonction de président. Après avoir présenté un discours sur les grandes orientations, suivi d'un débat, le candidat à la présidence se soumet à un vote d'investiture. Le président de la Commission confirmé est alors un acteur à son tour de la nomination du collège des commissaires qui, en accord avec les États membres, élabore une liste de personnalités associées chacune à un portefeuille de fonctions. Le président peut aussi former une équipe homogène et cohérente, ce qui participe à l'efficacité des institutions. Comme aux États-Unis, les commissaires sont auditionnés par le pouvoir législatif, qui très appliqué dans cette tâche de contrôle<sup>1780</sup>, ne peut qu'endosser ou rejeter en masse le collège des commissaires<sup>1781</sup>. Visée dans les années 1990 comme une organisation technocratique, la Commission semble s'être rapprochée dans ses mécanismes du modèle américain, sa neutralité bureaucratique s'estompant peu à peu au profit d'une possible « politisation »<sup>1782</sup> de ses membres, rompant avec une tradition d'un consensualisme longtemps nécessaire pour intégrer la Commission<sup>1783</sup>.

---

<sup>1777</sup> A. WILLE, La politisation de la Commission européenne : le contrôle démocratique et la dynamique de la sélection de l'Exécutif, *Revue Internationale des sciences administratives*, Vol. 78, N° 3, 2012, p. 407 ; S. BOLDRINI, La Commission, *Courrier Hebdomadaire du CRISP*, Vol. 37, N° 1942, 2006, pp. 5-44.

<sup>1778</sup> Traité du 7 février 1992

<sup>1779</sup> Traité du 2 octobre 1997

<sup>1780</sup> M. WESTLAKE, The European Commission and the European Parliament, in, *The European Commission*, D. SPENCE, 2006, p. 277.

<sup>1781</sup> Contrairement à la Commission, les membres de la Division Antitrust du DOJ et de la FTC ne font pas l'objet d'un vote d'investiture de la part du Sénat dans son entièreté. Les *committees* sont composés entre douze et vingt sénateurs, divisés en deux groupes, les « *majority* » et « *minority* », à la chambre. Cette différence tient à la place de la Commission au sein des institutions européennes et à son caractère généraliste.

<sup>1782</sup> Selon la définition de M. W Baeur et J. Ege, « la politisation bureaucratique » désigne en sciences sociales, « le fait de remplacer la neutralité bureaucratique par l'introduction de considérations politiques dans la gestion des ressources humaines (GRH) et le comportement direct des agents de l'État ». Voir, M.W. BAUER, J. EGE, la politisation au sein de la bureaucratie de la Commission européenne, *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Vol. 78, N° 3, 2012, p. 429 et s.

<sup>1783</sup> Selon Pierre Defraigne, cité par Sandra Boldrini, « Les commissaires européens sont généralement des personnalités consensuelles (...) ; seuls les candidats commissaires qui se trouvent dans la ligne libérale des traités seront envoyés à Bruxelles ». Voir. S. BOLDRINI, La Commission, *Courrier Hebdomadaire du CRISP*, Vol. 37, N° 1942, 2006, p.5.

## 2. La qualité

On le voit, la liberté de choix dans les nominations n'est absolue ni aux États-Unis ni dans l'Union européenne. Elle est soumise à la réalisation de conditions tenant à la qualité des personnes. Ces conditions peuvent être fondées sur des critères d'expertise, d'équilibre politique, de conflit d'intérêt, ou à une appartenance géographique particulière s'agissant de l'UE. Ces qualifications ont un effet direct sur la qualité en termes de valeur de travail des membres de l'autorité.

Les conditions de nationalité, d'un État membre par commissaire a pris fin le 1<sup>er</sup> novembre 2014 par le traité de Lisbonne<sup>1784</sup> qui a plafonné le nombre de membres, incluant le Haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité et le président de la Commission, aux deux tiers des États membres<sup>1785</sup>.

## 3. Le mandat

L'efficacité de l'action administrative des autorités de contrôle repose au-delà de la qualité de la nomination, sur la durée du mandat des membres et sur la possibilité de leur renouvellement. La durée du mandat détermine, en effet, la capacité d'adaptation des personnes à la technicité des dossiers traités et le temps pour les membres de s'y familiariser<sup>1786</sup>. Elle instaure une continuité dans le traitement des affaires, particulièrement technique dans le domaine des concentrations économiques et permet de développer une expérience objective. Un mandat fonctionnant sur le temps long, délie les membres des autorités de contrôle des considérations qui ne relèveraient pas purement de leurs missions.

Aux États-Unis, la durée de mandat de l'*Assistant Attorney General* Antitrust et celui des membres du collège de la FTC sont distincts. En tant qu'*officier* de l'Exécutif, membre du *Department of Justice*, le terme du service de l'AAG n'est pas prédéterminé par la loi. Une

---

<sup>1784</sup> Traité de Lisbonne, 13 décembre 2007.

<sup>1785</sup> Le Conseil peut à l'unanimité modifier le nombre de membres qui siègent dans le collège de commissaires européens. Article 17, 4 du TUE.

<sup>1786</sup> H. DELZANGLE, L'indépendance des autorités administratives indépendantes chargées de réguler des marchés de services publics : éléments de droit comparé et européen, *Droit et société*, N° 93, 2016, p. 300.

fois nommé par le Président, il peut être démis *at will*, par ce dernier, c'est-à-dire de manière discrétionnaire, immédiate et sans formalité. En principe, la durée de service s'étend sur une période de deux à quatre années, en fonction du calendrier électoral national, au gré des changements politiques<sup>1787</sup>.

Les commissaires de la FTC sont élus pour une durée de sept ans renouvelables qui fonctionne selon un système de mandats échelonnés créés pour moduler l'influence politique provenant du pouvoir de nomination du Président. Il ne peut renouveler ainsi, en une seule fois l'ensemble des mandats du collège de la FTC, à moins qu'ils présentent leur démission. L'indépendance des membres de la FTC contrairement à l'AAG for Antitrust, est garantie par la révocation *for cause*<sup>1788</sup>.

Les membres de la Commission européenne sont nommés pour cinq ans, renouvelables, afin que leur mandat coïncide avec ceux des parlementaires. Le PE avait en effet, soutenu dans une résolution de 1999, qu'un lien devait s'établir entre le programme politique parlementaire et le mandat des commissaires<sup>1789</sup>. L'organisation politique institutionnelle européenne soumet ainsi l'exécutif, représenté par la Commission à la confiance du Parlement européen, qui peut voter une motion de censure<sup>1790</sup> à la majorité qualifiée des tiers des voix exprimées. Dans ce cas de figure, en raison du principe de collégialité, la Commission a l'obligation de démissionner d'un seul tenant<sup>1791</sup>. La révocation du mandat par la mise en jeu de la responsabilité collective de la Commission a été modulée par un mécanisme de démission individuel organisé par le président dans le cas où le PE aurait perdu la confiance d'un commissaire<sup>1792</sup>. L'on peut se demander, si par cette mesure n'a pas accrue le risque de pressions sur les commissaires. Enfin, l'article 247 TFUE prévoit une démission d'office, pour faute grave aux engagements pris au titre de l'article 245 dudit traité. Cette procédure peut s'engager à l'initiative du Conseil<sup>1793</sup> ou de la Commission elle-même.

---

<sup>1787</sup> T. VOORHEES (Jr), *The Political Hand in American Antitrust, Invisible, Inspirational or Imaginary ?*, *Antitrust Law Review*, Vol. 79, No. 2, 2014, p. 564.

<sup>1788</sup> 15 U.S.C § 41, « Any Commissioner may be removed by the President for inefficiency, neglect of duty, or malfeasance in office ».

<sup>1789</sup> Résolution du Parlement européen sur la préparation de la réforme des Traités et la prochaine Conférence intergouvernementale (C5-0143/1999 - 1999/2135(COS)).

<sup>1790</sup> Article 17-8 du TUE.

<sup>1791</sup> Article 234, al. 2 du TFUE.

<sup>1792</sup> Article 17-5 TUE. CJUE, ord., 14 avril 2016, John Dalli c/ commission européenne, aff. C-394/15 P).

<sup>1793</sup> Requête faite par vote à la majorité simple du Conseil.

## B. La gestion des relations politiques

La réalisation des missions spécifiques des autorités de contrôle des concentrations commande une certaine indépendance des institutions politiques. Il s'agira de comprendre comment les agences de concurrence américaines gèrent leurs rapports avec les pouvoirs législatif et exécutif (1) et la Commission européenne avec les États membres de l'Union (2).

### 1. L'indépendance de la FTC et du DOJ vis-à-vis des pouvoirs législatifs et de l'exécutif

Aux États-Unis, l'indépendance des autorités administratives se définit d'abord selon Kathleen Bawn, par rapport au pouvoir détenant la fonction de nommer, c'est-à-dire, aux États-Unis pour une large part, le Congrès fédéral. L'importance serait d'empêcher que les décisions des autorités indépendantes soient « *determined in advance by Congress* »<sup>1794</sup>. Selon cette approche, l'acte de nomination porterait en lui-même une graine idéologique<sup>1795</sup> qui se développerait au cours du fonctionnement de la vie de l'agence<sup>1796</sup>. L'intervention est alors diffuse et introduite *ex ante*, sans que l'indépendance de l'institution ne puisse être attaquée *ex post*<sup>1797</sup>. Néanmoins, comme le souligne James Fesler l'indépendance n'a de sens que défini contre quelqu'un<sup>1798</sup>. L'indépendance de la FTC a été conçue dès ses origines, vis-à-vis de

---

<sup>1794</sup> K. BAWN, Political Control Versus Expertise: Congressional Choices about Administrative Procedures, *American Political Science Review*, Vol. 89, n° 1, mars 1995, p. 62.

<sup>1795</sup> Nous nous référons à la définition du CNRTL qui définit l'idéologie comme « Ensemble plus ou moins cohérent des idées, des croyances et des doctrines philosophiques, religieuses, politiques, économiques, sociales, propre à une époque, une société, une classe et qui oriente l'action ».

Voir : <https://www.cnrtl.fr/lexicographie/id%C3%A9ologie>

<sup>1796</sup> Sur les mécanismes de contrôle politique *ex ante*, voir, M.D. MCCUBBINS, T. SCHWARTZ, Congressional Oversight Overlooked : Police Patrols v. Fire Alarms, *American Journal of Political Science Review*, Vol. 28, No. 1 Février 1984, pp. 165-179 ; R. L. CALVERT, M. D. MCCUBBINS, B. R. WEINGAST, A Theory of Political Control and Agency Discretion, *Am. J.P.S.*, Vol. 33, août 1989, pp. 588-611.

<sup>1797</sup> Le Congrès peut adopter une loi visant à restreindre la compétence ou l'autorité réglementaire d'un organisme, une approche qu'il a adoptée par le passé à l'égard de la FTC. À la fin des années 1970 et dans les années 1980, elle a fait l'objet de vives critiques de la part du Congrès pour ses politiques, ce qui a conduit à une période où le Congrès a refusé d'adopter des projets de loi de crédits annuels pour l'agence. Voir, Federal Trade Commission Act Amendments of 1994, 108 Stat.1695, codifié at 15 U.S.C. § 45 (n). Voir, K. BAWN, Political Control Versus Expertise: Congressional Choices about Administrative Procedures, *American Political Science Review*, Vol. 89, n° 1, mars 1995, p. 62.

<sup>1798</sup> J.W. FESLER, The Independence of State Regulatory, *Public Administration Service*, N° 85, Chicago, Illinois, 1942, p. 13.

l'Exécutif, non véritablement du pouvoir législatif qui l'envisageait comme un agent du Congrès<sup>1799</sup>.

La FTC connut un fait historique concret. Lors de son élection en 1933, le Président Roosevelt requis auprès du commissaire William E. Humphrey sa démission au motif que « *aims and purposes of the Administration with respect to the work of the Commission (could) be carried out most effectively* ». Nommé sous la présidence Hoover, le terme du mandat d'Humphrey qui n'était pas échu, refusa de démissionner de ses fonctions et fut donc démis par le Président. La Cour suprême des États-Unis, dans un arrêt fameux, *Humphrey's Executor v. United States* de 1935<sup>1800</sup>, jugea la structure de l'agence administrative, constituée d'un collège de commissaires nommés pour une durée fixe et possédant des pouvoirs de caractères quasi législatifs et quasi judiciaires, les protège du pouvoir de révocation du Président<sup>1801</sup>. Le Congrès a de nombreuses occasions l'occasion de s'adresser à la FTC, il peut notamment le faire grâce à l'*Office of Congressional Relations*, sise au sein même de l'institution, et peut ordonner des enquêtes et procéder à des auditions. Selon P. Albiniaak, lors du redécoupage de compétences des matières entre le DOJ et la FTC, le Chairman du Senate Commerce Committee, Ernest Hollings, qui servait aussi au sein du Senate Appropriations Subcommittee responsable du financement des deux agences, menaça d'obtenir « la tête » du Chairman de la FTC si ce projet aboutissait et de réduire les crédits des deux agences. Le projet fut donc retiré<sup>1802</sup>.

Plus récemment, la fusion AT&T et Time Warner attaquée par le DOJ en 2017 avait été menacée par le Président Trump lors d'un rassemblement électoral, alléguant que s'il était élu il bloquerait la fusion<sup>1803</sup>.

---

<sup>1799</sup> « A servant of Congress » statement of Francis Newland 47 Cong. Rec. 1225 (1911). Cité, in *The Federal Trade Commission as an Independent Agency*, p. 2095 (note de bas de page).

<sup>1800</sup> *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602, 618 (1935).

<sup>1801</sup> Voir, É. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Dalloz, Ed. Grands Arrêts, 2010, p 198.

<sup>1802</sup> P. ALBINIAK, *Justice Denied as Hollings Prevails; DoJ Won't Get Oversight of All Media Mergers, Broadcasting & Cable*, May 27, cité in, W. KOVACIC, *Competition, Agencies and, the Political Process*, OCDE, 17-18 décembre 2014, p.301. Disponible en ligne :

<sup>1803</sup> Voir, Washington post, *Would the Trump Administration Block a Merger just to Punish CNN ?*, 16 juillet 2017. La fusion entre Time Warner et At&T a été attaquée par le DOJ le 20 novembre 2017 et a été débouté par la district court et la Court of Appeal. Voir, *United States v. AT&T Inc., DirecTV Group Holdings, LLC, and Time Warner Inc.* Jun 12, 2018, Civil Case No. 17-2511 (RJL) (D.D.C. Jun. 12, 2018) ;

## 2. L'Indépendance de la Commission européenne vis-à-vis des États membres

Les États européens ont longtemps appréhendé le contrôle des concentrations comme une part intégrale de leurs politiques publiques, le considérant comme un instrument de politique économique parmi d'autres<sup>1804</sup>. Comme le remarque Josef Drexl, remettre à l'Exécutif le pouvoir d'autoriser une concentration, « *permets une politique industrielle qui favorise les grandes entreprises et qui aboutit facilement à la création de 'champions nationaux'* »<sup>1805</sup>. Par exemple, un gouvernement national peut choisir de bloquer une fusion transfrontalière proconcurrentielle sur l'unique fondement de maintenir l'entreprise nationale sous propriété nationale ou encore, autoriser une fusion anticoncurrentielle entre deux entreprises nationales, de sorte que l'entité fusionnée acquière le pouvoir économique nécessaire pour être compétitive à l'échelle mondiale<sup>1806</sup>. Or, l'objectif du contrôle européen comme américain repose en premier lieu sur des considérations visant la protection de la concurrence afin qu'elle bénéficie *in fine* aux consommateurs<sup>1807</sup>, avec pour l'Union européenne un objectif supplémentaire par-

---

<sup>1804</sup> L'exception « française » du système bicéphale instaurée par la loi n° 77-806 du 19 juillet 1977 complétée par l'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à la liberté des prix et la concurrence), confiait au ministre de l'Économie la décision finale d'interdire ou d'autoriser une concentration (la loi NRE 2001-420 du 15 mai 2001, calquera le régime du contrôle des concentrations sur le modèle communautaire, introduisant pour la première fois une notification obligatoire à effets suspensifs). La tradition française colbertiste d'un contrôle des concentrations « politique », pris fin pour une large part, lors du vote de la loi sur la Modernisation de l'économie du 4 août 2008, qui attribua à l'Autorité de la concurrence nouvellement créée, la fonction de contrôler les concentrations, passant d'une « administration » des concentrations à un « droit » des concentrations selon l'expression des professeurs Laurence Boy et Josef Drexl. Voir, L. BOY, J. DREXL, Le nouveau contrôle français des opérations de concentration, une originalité regrettable ? *Technologie et concurrence, Mélanges en l'honneur de Hanns Ullrich*, Larcier, pp.780, 2009, [Consultable à l'adresse suivante, <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00721481>].

<sup>1805</sup> J. DREXL, Quels contrôles pour les concentrations d'entreprises ? Bilan, actualités et perspectives, *Les entretiens du Palais Royal*, 20 juin 2008, p.25.

<sup>1806</sup> M. MOTTA, M. RUTA, *Mergers and National Champions in, Industrial Policy for National Champions*, O. FALCK, C. GOILLIER, L. WOESSMANN, The MIT Press, 2011, p.91.

<sup>1807</sup> Les États-Unis invoquent exclusivement comme objectifs généraux des buts économiques qui résultent de la protection de la concurrence. Ainsi, la FTC participe « *to preventing mergers and acquisitions that are likely to reduce competition and lead to higher prices, lower quality goods or services, or less innovation* » (Voir. <https://www.ftc.gov/enforcement/merger-review>) et le DOJ avance la promotion d'un marché libre bénéficiant aux « *American consumers through lower prices, better quality and greater choice* ». Voir. <https://www.justice.gov/atr/mission>. Les États-Unis intègrent des considérations extraéconomiques en cas de rachats ou investissements d'entreprises par de puissances étrangères. Ces opérations sont alors examinées par le Committee on Foreign Investment, afin de déterminer leurs effets sur « la sécurité nationale » (Voir, <https://home.treasury.gov/policy-issues/international/the-committee-on-foreign-investment-in-the-united-states-cfius>). Le cas de la doctrine de l'entreprise défaillante (*failing firm defence*), lorsqu'elle est acceptée par le juge, permet d'invoquer des motifs non purement liés à la défense de la concurrence, tels que la stabilité financière (United States v Philadelphia National Bank 374 U.S. 321 (1963)). Selon W.E. Kovacic, P. C. Mavroidis et D. J. Neven, l'approche des autorités de régulation sectorielles américaines se fonde sur des standards d'intérêt public. Voir. W.E. KOVAKIC, P. C. MAVROIDIS et D. J. NEVEN, Merger Control procedures and Institutions : a



ticulier, l'intégration des marchés entre les États membres<sup>1808</sup>. L'on peut constater avec l'existence de l'*Advisory Committee on Concentrations* que l'influence des États a été institutionnalisée. Ce comité permet en effet, aux États de publier via leur représentant, issu en général des autorités de concurrence nationale, un avis sur les affaires arrivant en Phase II du contrôle, touchant des intérêts économiques nationaux. Si cette instance pose la question de l'immixtion des États dans le processus décisionnel, d'un point de vue formel, leurs avis doivent être publiés et adossés à la décision de la Commission<sup>1809</sup>. L'efficacité du contrôle des concentrations dans l'Union européenne repose donc sur ses capacités à prévenir les éventuels élans protectionnistes de ses membres<sup>1810</sup>.

## §2. L'efficacité procédant de la transparence

La concentration est l'une des activités les plus importantes et les plus significatives pour les entreprises sur le plan économique<sup>1811</sup>. Soumis à un processus de divulgation d'informations confidentielles approfondies, avant l'obtention d'une autorisation d'une opération de croissance externe, les parties sont face à une contrainte administrative majeure sur le plan temporel, économique et juridique. Le professeur Rudolph J.R Peritz, le rappelle, « *Mergers are purchase-and-sale transactions. Someone wants to buy and someone wants to*

---

Comparaison of EU and U.S. Practice, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 59, No. 1/ Spring 2014, p. 56. Le droit européen reconnaît au contraire, aux États membres le droit de « *prendre les mesures appropriées pour assurer la protection d'intérêts légitimes autres que ceux qui sont pris en considération par le présent règlement et compatibles avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire* », en vertu de l'article 21 (4) du règlement (CE) N° 139/2004 sur les concentrations. Sont cités comme « *intérêts légitimes* » invocables : la sécurité publique, la pluralité des médias et les règles prudentielles. Tout autre intérêt public avancé doit être examiné par la Commission et sa compatibilité mesurée au regard « *des principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire* ». Voir, Règlement (CE) N° 139/2004, précité. L'OCDE a en 2016 organisé un groupe de travail sur la prise en considération de l'intérêt public dans le contrôle des concentrations. Voir, OCDE, Public Interest considerations in merger control, Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement, 14-15 juin 2016 ; G. PISCITELLI, Public Interest in Merger Control Systems in the EU and US: A Comparative Analysis of the Uneasy Relationship between Merger Control and Public Interest, *European Competition & Regulatory Law Review*, 2019, p. 380.

<sup>1808</sup> Voir, Alinéa 3 du préambule du règlement CE No. 139/2004, du 20 janvier 2004 ; C.D. EHLERMANN, The Contribution of EC Competition Policy to the Single Market, *Common Market Law Review*, 1992, p. 257.

<sup>1809</sup> W. KOVACIC, P. C. MAVROIDIS, D. J. NEVEN, Merger control procedures and institutions: A Comparison of EU and U.S. practice, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 59, N° 1, 2014, p.70.

<sup>1810</sup> Aux États-Unis la question ne se pose pas dans les mêmes termes puisque les autorités de concurrence américaines agissent au sein d'un même marché national.

<sup>1811</sup> J. HARFORD, K. LI, Decoupling CEO wealth and firm performance: The case of acquiring CEOs, *Journal of Finance*, N° 62, 2007, p.917-949.

*sell property, whether physical assets or intangible marks of ownership and control* »<sup>1812</sup>. Il constitue « *the most basic of all rights* »<sup>1813</sup>. Les autorités responsables de ce contrôle sont nées de la nécessité de confier la prise en charge de ces problématiques hautement techniques à des organes spécialisés et compétents. Jouissant d'une « *légitimité d'efficacité* »<sup>1814</sup>, elles possèdent des attributs, des moyens d'action importants sans être les mandataires directes des citoyens consommateurs qu'elles tendent *in fine* à protéger. La conception selon laquelle les autorités de contrôle imposeraient des commandements unilatéraux et selon un mode hiérarchique est exclue s'ils ne sont pas en retour selon Guillermo O'Donnell, assujettis à une « *horizontal accountability* »<sup>1815</sup>. Cette notion très présente dans les politiques publiques et privées de pays de *common law* depuis les années 1960 est éclairante lorsque l'on revient à son étymologie<sup>1816</sup>. Du français « compte à rendre »<sup>1817</sup>, *l'accountability* s'entend comme « *une philosophie de vivre ensemble, un impératif de justification de sa conduite* »<sup>1818</sup>. Au nom d'un intérêt social, l'action administrative se soumet elle-même à des contraintes qui comprennent la mise en place de mécanismes de mesures de l'efficacité des autorités de con-

---

<sup>1812</sup> Le droit d'acheter et de vendre est une liberté économique rattachée au droit de propriété et à la liberté contractuelle. D'abord protégé par la *common law* et le droit statutaire des États, il constitue selon Louis Henkin « *la conséquence d'une culture politique vouée à un pouvoir exécutif restreint qui vise des objectifs limités* ». Au niveau fédéral, la protection de la propriété privée a été inscrite dans la Bill of Right de 1791 par le Ve Amendement à la Constitution. Il dispose que « *no person shall be deprived of life, liberty or property without due process of law* ». L'article I, Section 10 protège les personnes physiques et morales contre les actions des États qui altèreraient les engagements nés des contrats (« *No State shall (...) make any Law impeding the Obligation of Contracts* »). Voir, L. HENKIN, Les droits économiques dans la Constitution américaine, *Revue Internationale de droit comparé*, Vol. 45, N° 2, Avril-juin 1993, p.424 ; E.L. RUBIN, *Does Property Have Constitutional Rights ?*, Center for the Study of Law and Society Berkeley Law Speaker Series, 2016 [disponible uniquement en ligne : <https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2016/10/Property-Rights-Edward-L.-Rubin.pdf>]. Voir en général, B. H. SIEGAN, *Property Rights: From Magna Carta to the Fourteenth Amendment*, Transaction publishers, 2001.

<sup>1813</sup> R. PERITZ, *Competition Policy in America. History, Rethoric, Law*, Oxford University Press, 1996,

<sup>1814</sup> M-A, FRISON-ROCHE, Comment fonder juridiquement le pouvoir des autorités de régulation ?, *Revue d'économie financière*, N° 60, 2000, pp. 85-101.

<sup>1815</sup> Par opposition à la « *vertical accountability* » qui correspond à la responsabilité politique issue de l'élection G. O'DONNELL, *Horizontal Accountability in New Democracies*, *Journal of Democracy*, Johns Hopkins Press, Vol. 9, N° 3, Juillet 1998, pp. 112-126.

<sup>1816</sup> Selon une étude empirique de Melvin J. Dubnick, l'acception existe dans les ouvrages depuis les années 1800, sans néanmoins avoir d'incidence sur les politiques publiques. La public accountability apparaît réellement dans les usages à partir des années 1960-1970. M.J. DUBNICK, *Seeking Salvation for Accountability*, *The American Political Science Association*, 2002, disponible en ligne : <http://mjdubnick.dubnick.net/papersrw/2002/salv2002.pdf>. La notion toutefois existerait depuis le XIII<sup>ème</sup> siècle. Voir, G. I. SEIDMAN, The Origins of Accountability: Everything I Know About the Sovereign's Immunity, I Learned From King Henry III, *St. Louis University Law Journal*, Vol. 49, 2005, Iss. 2, p.6. Disponible en ligne à l'adresse suivante : <https://scholarship.law.slu.edu/lj/vol49/iss2/6>. Voir en général, M. BOVENS, R.E. GOODIN, T. SCHILLEMANS (sous la direction de), *The Oxford Handbook of Public Accountability*, Oxford University Press, 2014.

<sup>1817</sup> M.J. DUBNICK, *Seeking Salvation for Accountability*, *The American Political Science Association*, 2002, disponible en ligne : <http://mjdubnick.dubnick.net/papersrw/2002/salv2002.pdf>.

<sup>1818</sup> B. PRAS, P. ZARLOWSKI, Obligation de rendre des comptes, *Revue française de gestion*, 2013, N° 237, p.13.

trôle par des indicateurs de performances (A). Ce principe d'imputabilité<sup>1819</sup> eut de nombreuses implications notamment dans soumettre autorités de concurrence au cours de leur évolution, poussant les agences à élaborer leurs décisions à l'examen de contrôle *ex post* (B).

### A. Le développement de mesures centrées sur le résultat

L'obligation de rendre des comptes (*accountability*) tend selon Robert Herzog à « *accepter la responsabilité de ce qui a été fait et de l'exposer de façon sincère et complète* »<sup>1820</sup>. De ce principe découle de nombreuses obligations de gouvernance publique parmi lesquelles, une obligation de transparence vis-à-vis<sup>405</sup> des citoyens consommateurs et des institutions qui les représentent. La FTC expérimenta l'importance de cette responsabilité lorsque *l'American Bar Association* publia en 1969<sup>1821</sup> un rapport pointant les graves faiblesses administratives et un manque d'efficacité globale de l'institution. Sous la pression de désengagements budgétaires du Congrès, la FTC dut entreprendre de nombreuses réformes de fonctionnement<sup>1822</sup>. Afin de se conformer à ce devoir *d'accountability*, les autorités de concurrence ont mis en place des programmes d'évaluation de la qualité des procédures internes. Dans ce cadre, l'efficacité de l'action administrative repose en premier lieu sur la gestion et l'organisation des ressources allouées aux autorités de contrôle. Ces programmes permettent d'identifier les insuffisances ou les défauts qui *in fine* pourraient empêcher la réalisation des objectifs opérationnels des autorités de concurrence<sup>1823</sup>. À distinguer des « évaluations de performances » qui peuvent être des programmes d'évaluation spécifiques ou généraux, menés de

---

<sup>1819</sup> CNRTL, Occurrence « imputabilité » définie comme le « Fait (pour quelque chose) de pouvoir être mis sur le compte de quelqu'un ou à quelque chose ».

Voir : <https://www.cnrtl.fr/definition/imputabil%C3%A9%20/substantif>

<sup>1820</sup> R. HERTZOG, Rendre Compte : de quoi parle-t-on ? Les quadratures du cercle démocratique, *Revue Française d'Administration Publique*, N° 160, 2016, p. 1013.

<sup>1821</sup> American Bar Association, Report of the American Bar Association Commission to Study the Federal Trade Commission, 15 septembre 1969 ; Report of the American Bar Association Section of Antitrust law special committee to study the role of the Federal Trade Commission, 7 avril 1989. Soulignant en 1969, l'absence d'objectifs et de « *leadership* » significatif au sein de la FTC. Le rapport révèle qu'aucun des tests de performance appliqués par l'ABA n'eut de résultats satisfaisants (p.35). Le rapport de 1989 est plus positif. L'ABA se félicite des progrès accomplis par la FTC, mais souligne que « *that the President carefully evaluate the qualities and qualifications of the commissioners, and in particular of the chairman. In doing so, the President should consider the legal, business, academic, and governmental experience and knowledge that will enable the appointees to administer the FTC's work in antitrust, consumer protection, and economics* ». (p.53-54).

<sup>1822</sup> Plusieurs comités dotés de crédits ou de surveillance ont analysé en profondeur les travaux de la Commission et ont recommandé une réorientation fondamentale. Voir, W.E. KOVACIK, The Federal Trade Commission and Congressional Oversight of Antitrust Enforcement, *Tulsa Law Review*, Vol. 17 N° 4, 1982, p.590.

<sup>1823</sup> Le contrôle interne s'applique tant aux activités financières qu'opérationnelles.

manière interne ou externalisés à des organismes tiers<sup>1824</sup>. La volonté de rationaliser les procédures et la prise de décision, mais aussi d'améliorer la rapidité, l'efficacité et l'effectivité de leur action est présente en Europe (1) et aux États-Unis (2) dans des formes parfois éloignées.

### ***1. Standards internes de qualité au sein de la DG concurrence de la Commission européenne***

Dans l'Union européenne, la DG concurrence est soumise à un programme de *management accountability* exposé au sein de son Rapport annuel d'activités, transmis et publié chaque année à destination du collège de commissaires, sous le contrôle du Directeur et tête de l'Unité en charge du management des risques et du contrôle interne. Il constitue « *the basis on which the College takes political responsibility for the decisions it takes* » et par lequel il exerce son pouvoir de contrôle administratif sur la direction générale<sup>1825</sup>. Le rapport expose dans le domaine qui nous intéresse deux principaux types d'instruments d'évaluation de la qualité de son action, d'une part, l'*organisational management internal control* (a) et d'autre part le *DG general and specific objectives* (b).

#### **a. L'organizational management internal control**

La DG concurrence a l'obligation de se conformer aux objectifs de contrôle interne définis à l'article 36.2 du *Financial Regulation*<sup>1826</sup>, qui consiste : (1) efficacité, efficacité et économie des opérations ; (2) fiabilité des rapports ; (3) la protection des biens et des informations ; (4) la prévention, la détection, la correction et le suivi des fraudes et irrégularités, et (5) une gestion adéquate des risques liés la légalité et la régularité des opérations sous-jacentes, en tenant compte du caractère pluriannuel des programmes ainsi que la nature des paiements concernés.

---

<sup>1824</sup> Site internet de la Commission européenne, Ex Post Economic Evaluation of Competition Policy: The EU Experience, en ligne: [https://competition-policy.ec.europa.eu/publications/ex-post-economic-evaluations\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/publications/ex-post-economic-evaluations_en).

<sup>1825</sup>DG Competition, Annual activity report, 2022, p. 7.

<sup>1826</sup> « *effectiveness, efficiency and economy of operations; b) reliability of reporting; c) safeguarding of assets and information; d) prevention, detection, correction and follow-up of fraud and irregularities; and e) adequate management of risks relating to the legality and regularity of the underlying transaction* ». *Idem*.

La Commission s’aligne par-là sur les standards internationaux établis par le *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* (COSO)<sup>1827</sup>.

### **b. Le programme de contrôle de performance spécifique aux concentrations (internal control objectives)**

L’évaluation de l’efficacité des politiques de concurrence est centrée autour de la construction d’indicateurs de performance appelés « *Key Performance Indicators* » (KPI2 s’agissant des concentrations). Ces indicateurs permettent de comprendre, selon le rapport, l’impact de l’action de la Commission sur le marché. La DG Concurrence publie chaque année dans le cadre de son rapport d’activité, le nombre de décisions adoptées, correspondant au taux d’intervention, pour indiquer le niveau d’activité (*output*) de l’année précédente. Or, selon Khemla Prishnee Armoogum, la performance d’une autorité de concurrence est directement liée à son niveau d’activité. Ainsi, plus le nombre de cas est important, meilleure est la performance, ne prenant pas en compte les facteurs de dissuasion qui résulte des politiques de concurrence<sup>1828</sup>. La DG concurrence a identifié trois objectifs spécifiques à atteindre dans le domaine des concentrations économiques. Premièrement, « *faciliter la restructuration harmonieuse du marché en évaluant de manière rationnelle les concentrations non préjudiciables* » qui visent à créer des conduits d’évacuation rapide pour les concentrations ne présentant pas de danger pour la concurrence, deuxièmement, « *la prévention des effets anticoncurrentiels des concentrations* » et troisièmement, « *l’adaptation des instruments du droit de la concurrence aux réalités du marché et au regard de la pensée économique et juridique contemporaine* »<sup>1829</sup>.

---

<sup>1827</sup> Le COSO assemble cinq entreprises spécialisées dans l’élaboration de structures normatives de références pour les entreprises et organisations afin d’assurer un management de risques, un contrôle interne et de détection et de dissuasion de fraudes.

<sup>1828</sup> Assessing the comparative performance of competition authorities, p.2. ; Report, p. 10. Selon Daniel Sokol, il n’est pas possible de mesurer la quantité de décisions qui n’ont pas été prises par les entreprises. D.D. SOKOL, Antitrust, Institutions, and Merger Control, *Georges Mason Law Review*, Vol. 17, N° 4, p. 1061 ; European Union, OECD Roundtable on impact Evaluation of Merger Décisions, Juin 2011, p.111.

<sup>1829</sup> DG Competition, Annual activity report, 2022, p. 24.

## 2. Aux États-Unis

Le Congrès a imposé à la FTC de quantifier les bénéfices de son activité, en lui associant des objectifs de performances chiffrées. Ainsi, la FTC dans son rapport de plan de performance pour l'année fiscale 2022 de faire économiser au moins 2,28 milliards de dollars pour les années 2022 aux consommateurs<sup>1830</sup>. Le rapport de performance et le plan de performance sont structurés autour de trois « objectifs stratégiques » et des « objectifs de soutien » établis *a priori* dans le plan stratégique de la FTC pour l'exercice 2018-2022.

### B. L'importance des études *ex post*

L'étude rétrospective est un outil devenu fondamental pour la transparence et la légitimité des autorités de contrôle des concentrations, car elle met en valeur la qualité de la décision<sup>1831</sup>. Aux États-Unis plus qu'en Europe, le bien-fondé des politiques de concurrence est périodiquement remis en doute, en raison des outils et méthodes économétriques choisies au gré des périodes politiques<sup>1832</sup>. Les *leaders* des agences elles-mêmes ont pu sentir la nécessité d'évaluer l'impact de leurs décisions face à la nature expérimentale et particulière à chaque contrôle<sup>1833</sup>. Elle permet aux autorités de revenir sur une concentration déjà réalisée afin

---

<sup>1830</sup> Annual Performance Report for Fiscal year 2022 and Annual Performance Plan for Fiscal Years 2023 and 2024, p.12, disponible en ligne : [https://www.ftc.gov/system/files/ftc\\_gov/pdf/p859900fy22apr\\_fy23-24app.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/p859900fy22apr_fy23-24app.pdf). Voir aussi, les commentaires circonspects sur la méthode pour quantifier ces économies, J. KWOKA, *Mergers, Merger control and Remedies*, The MIT Press, 2015, p. 239 note 7.

<sup>1831</sup> F. IIZKOVITZ, A. DIERX, Ex-post economic evaluation of competition policy enforcement: A review of the Literature, DG Competition, Juin 2015, p.30 ; OECD, Impact Evaluation of Merger Decisions, Juin 2011, p.17.

<sup>1832</sup> Une étude *ex post* de 2014 a démontré l'inexactitude de certaines analyses de Robert Bork, notamment à propos des fusions horizontales sur les marchés oligopolistiques, exposées dans son ouvrage fameux « *Antitrust Paradox* » de 1978. Chantre de la pensée de l'École de Chicago, cette publication a profondément modifié à la fois la conception qui était faite des fusions horizontales et l'analyse substantielle du contrôle des concentrations, écartant les raisonnements centrés sur la simple concentration des marchés. Les auteurs ont cependant montré que des augmentations de prix sont apparues à la suite de fusions qui ne laissent que trois ou quatre acteurs majeurs sur le marché. Dès lors, selon ces auteurs, les agences antitrust ne devraient pas limiter leur attention aux fusions susceptibles de créer des monopoles ou des entreprises dominantes. Voir, O. ASHENFELTER, D. HOSKEN, M. WEINBERG, Did Bork Understate the Competitive Impact of Mergers? Evidence from Consummated Mergers, *The Journal of Law & Economics*, Vol. 57, 2014, p. S67; R. W. CRANDALL, C. WINSTON, Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 17, N° 4, 2003, p. 3-26.

<sup>1833</sup> Pour le Chef économiste du Department of Justice, Dennis Carlton, « A fundamental question facing enforcement officials is whether their current merger policy is too lax or too stringent. This question is different from whether a particular merger enforcement decision was correct. It is rather asking whether overall the government is allowing too many or too few mergers. Specifically, is the government analysis of mergers systematically biased? ». Voir, D.W. CARLTON, Why We Need to Measure the Effect of Merger Policy and How to Do it, National Bureau of Economic Research, Working Paper No. 14719, Février 2009, p. 3.

d'identifier si la décision administrative ou judiciaire, ou encore l'absence de mesure ont produit les effets attendus sur la concurrence ou au contraire, montre une absence de résultats. Ces études servent donc deux buts principaux : vérifier l'exactitude des analyses substantielles des autorités ainsi que l'efficacité de leur politique de remèdes<sup>1834</sup>, mais elles peuvent être globale et porter sur une industrie particulière pour y analyser l'efficacité des décisions à long terme et l'évolution du marché<sup>1835</sup>. Dans le contexte du contrôle des concentrations américain, elles peuvent constituer aussi des éléments pouvant soutenir la cause d'une suspension devant les juges. John Kwoka explique que la forme la plus commune d'étude rétrospective est appelée « *difference-in differences* ». Cette méthode se fonde sur les changements de prix avant et après la concentration, puis introduit diverses variables non induites par la fusion qui pourraient avoir une influence sur le prix<sup>1836</sup>.

Les deux fonctions attachées aux évaluations rétrospectives, l'une de vérification, l'autre plus large, servant une orientation politique et technique, ne sont pas utilisées dans les mêmes proportions. Dans cette dernière catégorie, la DG concurrence a publié en 2014 une grande étude *ex post* pour mesurer les améliorations possibles à apporter en matière de seuils de renvoi entre les autorités de concurrence nationales et la Commission européenne et aux

---

<sup>1834</sup> Les études *ex post* permettent de « valider » l'efficacité des outils méthodologiques utilisés au cours du contrôle *ex ante*, dont les analyses sont par essence fondées sur des projections. T. DUSO, P. ORMOSI, Capacity Building Workshop On The Ex-Post Evaluation Of Competition Authorities' Enforcement Decisions : A Critical Discussion, OECD, Working Party No. 2 on Competition and Regulation, 26 octobre 2015, p. 5. Disponible en ligne : <http://www.oecd.org/daf/competition/evaluationofcompetitioninterventions.htm>.

<sup>1835</sup> Le bureau économique de la FTC a conduit six études sur les effets de huit concentrations consommées dans l'industrie du pétrole (C. T. TAYLOR, D.S. HOSKEN, The Economic Effects of the Marathon - Ashland Joint-Venture: The Importance of Industry Supply Shocks and Vertical Market Structure, Working Paper No. 270, Mars 2004, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/economic-effects-marathon-ashland-joint-venture-importance-industry-supply-shocks-and-vertical/wp270.pdf> ; J. SIMPSON, C.T TAYLOR, Do Gasoline Mergers Affect Consumers' Prices? The Marathon-Ashland and UDS Transaction, Working Paper, No. 278, Juillet 2005, disponible en ligne : [https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/michigan-gasoline-pricing-and-marathon-ashland-and-ultramar-diamond-shamrock-transaction/wp278\\_0.pdf](https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/michigan-gasoline-pricing-and-marathon-ashland-and-ultramar-diamond-shamrock-transaction/wp278_0.pdf) ), mais aussi dans l'industrie de la vente au détail (Voir. C.T. TAYLOR, N. KREISLE, P. R. ZIMMERMAN, Vertical Relationships and Competition in Retail Gasoline Markets: Comment, Working Paper No. 291, Septembre 2007, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/vertical-relationships-and-competition-retail-gasoline-markets-comment/wp291.pdf>).

<sup>1836</sup> Ce type d'études est cependant réputé coûteux mobilisant un nombre trop important de personnels qualifiés sur des périodes prolongées. Voir, T. DUSO, P. ORMOSI, Capacity Building Workshop on the Ex-Post Evaluation of Competition Authorities' Enforcement Decisions: A Critical Discussion, OECD, Working Party No. 2 on Competition and Regulation, 26 octobre 2015, p. 10. Disponible en ligne : <http://www.oecd.org/daf/competition/evaluationofcompetitioninterventions.htm> ; Pour un avis contraire voir, J. KWOKA : « *The usual methodology of merger retrospectives – difference-in differences- typically requires only a modest amount of data and could be undertaken by the antitrust agencies on a regular basis* ». Voir, J. KWOKA, Controlling Mergers and Market Power : A Program for Reviving Antitrust in America, Competition Policy International, 2020, p. 122.

problématiques d'acquisitions de participations minoritaires<sup>1837</sup>. Cette étude rétrospective élaborée par DG concurrence en collaboration à titre liminaire avec le Secrétariat-Général et le Service juridique<sup>1838</sup>, vient à l'appui du livre blanc « *Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'Union européenne* » du 9 juillet 2014<sup>1839</sup> et s'inscrit ainsi dans un processus de réforme. Dans sa fonction de vérification, la dernière étude *ex post* d'ampleur de la Commission européenne date de 2005 et porte sur l'efficacité des engagements<sup>1840</sup>. La DG concurrence ne réalise pas toutes ses études rétrospectives *in house*. Elle délègue un certain nombre de ces travaux à des organismes extérieurs<sup>1841</sup>. La démarche de l'examen *ex post* on le voit, reste séquentielle en Europe. Ce résultat s'explique par la nature coûteuse du procédé en données et en force de travail qualifié. Comme le note le rapport spécial de la Cour des comptes de 2020, le travail d'évaluation de ces dernières années « *n'était pas fondé sur l'examen d'un échantillon représentatif de l'ensemble des décisions de la Commission, il n'a pas permis de tirer des enseignements utiles pour les dossiers futurs* »<sup>1842</sup>.

---

<sup>1837</sup> D'autres études plus généralistes incluant des examens *ex post* ont été publiées : en 2017 deux concentrations sur le marché des lecteurs de disques durs (Voir : <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0417860enn.pdf>), une concentration sise sur le marché des télécommunications (voir : <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0417233enn.pdf>),

<sup>1838</sup> Les directions générales de la Communication Networks Content and Technology (ex CNECT), DG pour Enterprise and Industry (DG ENTR), l'ancienne DG Market and Services (MARKT), la DG Economic and Financial Affairs (ECFIN) et la DG pour Health and Consumer Protection of the European Commission (SANCO).

<sup>1839</sup> Communication from the Commission to the Council, Report on the functioning of Regulation, No 139/2004, 18 Juin 2009, COM(2009) 281 final. Disponible à l'adresse suivante : <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0281:FIN:EN:PDF>; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014DC0449&from=EN>

<sup>1840</sup> European Commission, Directorate-General for Competition, Modelling the macroeconomic impact of competition policy: 2021 update and further development, 2022 p.31 ; L'étude « *Merger Remedies Study* » porte sur un échantillon représentatif de 40 décisions adoptées sur une période allant de 1996 à 2000 où ont été scrutés 96 remèdes. Elle conclut à une efficacité globale de 85 sur les 96 remèdes analysés. Voir en ligne : <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/f7587298-1d1f-4396-8cca-4735b7efab97/language-en>. Plus spécifiquement, la Commission a publié en 2015, l'étude rétrospective des concentrations T-Mobile/Tele.ring et T-mobile/Orange sur le marché des télécommunications,

<sup>1841</sup> Pour la plus récente : P. ORMOSI, F. MARIUZZO, AND R. HAVELL, « *A review of merger decisions in the EU : what we can learn from ex post evaluations ?* », Juillet 2015. Ce rapport étudie l'impact des décisions de fusion prises par les autorités de concurrence nationales, sur un échantillon non représentatif ; « *Ex post review of merger control decisions* », de 2006 portant sur la fusion Pirelli et BICC, voir en ligne : [https://ec.europa.eu/competition/mergers/studies\\_reports/lear.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/lear.pdf). La Commission assure préférer réaliser ces analyses de manière internalisée pour des raisons liées à la confidentialité des données traitées. Elle avance toutefois le manque de ressources financier et humain pour systématiser la création d'études d'impact échantillonées de ces décisions de concentrations. Voir. European Commission, OECD, DAF/COMP (2011), 2011, p. 118.

<sup>1842</sup> Cour des comptes européenne, Contrôle des concentrations dans l'Union européenne et procédures antitrust de la Commission : la surveillance des marchés doit être renforcée, Rapport spécial, 2020, p. 42.



Au contraire de la Commission européenne, la FTC qui utilise cette technique depuis 1984<sup>1843</sup> possède un service dédié aux études rétrospectives au sein du *Bureau of Economics*. L'analyse *ex post* est inscrite comme une priorité dans son plan stratégique 2018-2022<sup>1844</sup> et elle mène dans ce domaine de nombreuses initiatives<sup>1845</sup>. Le DOJ ne possède pas les mêmes pouvoirs d'accès aux informations pertinentes que la FTC et la Commission européenne. La pertinence de l'outil d'analyse *ex post* c'est manifesté avec force à la fin des années 1990 lorsque ni la FTC et le DOJ ne purent empêcher la réalisation de sept fusions horizontales consécutives d'hôpitaux. La FTC diligenta une grande étude rétrospective sur les concentrations<sup>1846</sup> afin de démontrer, puisqu'elle n'était pas en mesure de prouver par un contrôle prospectif, leur nuisance<sup>1847</sup>. Ces études confirmèrent la dangerosité de ce type de fusion sur les prix, mais exposèrent aussi les faiblesses de l'approche utilisée par les agences pour les interdire<sup>1848</sup>. La FTC et dans une moins large part, le DOJ fournissent un nombre non négligeable d'études *ex post* consultables sur le site de la FTC<sup>1849</sup>.

---

<sup>1843</sup> Une liste mise à jour jusqu'en 2018 répertorie toutes études rétrospectives produites par la FTC. Disponible en ligne : [https://www.ftc.gov/system/files/attachments/press-releases/ftc-announces-agenda-14th-session-its-hearings-competition-consumer-protection-21st-century/list\\_of\\_be\\_retrospective\\_studies.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/attachments/press-releases/ftc-announces-agenda-14th-session-its-hearings-competition-consumer-protection-21st-century/list_of_be_retrospective_studies.pdf).

<sup>1844</sup> Le 21st Century Competition Commission Act (5 U.S.C. 3109, 5315, 5703 and Chapter53) requiert une mise en œuvre annuelle d'études rétrospectives. Voir aussi, Federal Trade Commission, Strategic Plan for Fiscal Years 2018 to 2022, p.12

<sup>1845</sup> La FTC affiche un très grand dynamisme. Elle expose ses objectifs en termes de mise en œuvre quantifiés, avec notamment la rédaction d'un rapport annuel de synthèse sur les enseignements tirés des études récentes, l'élaboration d'un site internet dédié ayant pour ambition de rassembler une banque de données mondiale et la programmation de conférences en microéconomie sur la matière. La FTC publie de plus, la totalité des études menées par ses services depuis 1984, ainsi qu'une bibliographie des travaux universitaires en la matière. La FTC organise des manifestations scientifiques autour sur le sujet, la dernière s'étant déroulée en 2019 sur le thème « Merger retrospectives ». Voir, Hearings on Competition and Consumer Protection in the 21st Century, 12 avril 2019, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/news-events/events-calendar/ftc-hearing-14-merger-retrospectives>.

<sup>1846</sup> M.G. VITA, S.S. SACHER, The Competitive Effects of Not-for-Profit Hospital Mergers: A Case Study , FTC, mai 1999, (document de travail n° 226) (publié ultérieurement dans le Journal of Industrial Economics, 49, 2001), disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/competitive-effects-not-profit-hospital-mergers-case-study/hospitals.pdf> ; J. SIMPSON, Geographic Markets in Hospital Mergers. A case Study, 26 janvier 2001, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/geographic-markets-hospital-mergers-case-study/wp237.pdf>.

<sup>1847</sup> Prepared Opening Remarks of Chairman Joseph J. Simons1 Hearings on Competition and Consumer Protection in the 21st Century Merger Retrospectives April 12, 2019a

<sup>1848</sup> L'utilisation du test Elzinga-Hogarty et une définition du marché trop large. Il résulte de ces études que les hôpitaux à but non lucratif comme les hôpitaux à but lucratif peuvent exercer des pouvoirs de marché. Elles ont montré l'importance de la modélisation des négociations entre assureurs et hôpitaux Voir. Capacity Building ,2015, p.15

<sup>1849</sup> Trois études sont actuellement en préparation : une étude a été publiée en 2020 (N. KREISLE, Price Effects from the Merger of Agricultural Fertilizer Manufacturers Agrium and PotashCorp, FTC Bureau of Economics Working Paper, 2020, consultable en ligne : [https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/price-effects-merger-agricultural-fertilizer-manufacturers-agrium-potashcorp/working\\_paper\\_345.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/price-effects-merger-agricultural-fertilizer-manufacturers-agrium-potashcorp/working_paper_345.pdf) ), une en 2018 : D.S. HOSKEN, L.M. OLSON, L.K. SMITH, Do Retail Mergers Affect Competition? Evidence from Grocery Retailing, *Journal of Economics & Management Strategy*, Vol ;27, Iss.1, 2018).



## CONCLUSION DU TITRE 1

Si la nature administrative du contrôle *a priori* des concentrations est considérée par le corps social et économique comme un mode approprié d'évaluation de la nocivité potentielle des fusions-acquisitions, car elle accorde à la fois les impératifs de souplesses et d'efficacité, les formes institutionnelles et décisionnelles dans lequel il s'intègre continuent de faire débat. Le modèle administratif accusatoire américain qui satisfait les critères légitimes d'équité des entreprises dans le déroulement de la procédure administrative dissone avec le taux élevé d'abandon des opérations non consommées devant l'ouverture d'un contentieux administratif. Le cumul des instructions et la perspective d'une procédure de plusieurs mois avant l'obtention d'une décision administrative faisant grief aux parties interrogent. À l'extrême inverse, le *Department of Justice* dispose de deux mois seulement pour rassembler les preuves pour démontrer la nécessité d'empêcher la réalisation de cas de plus en plus complexes avec des ressources limitées, le sort des parties se trouvant fixé devant le juge judiciaire généraliste en quelques mois (dans le cas d'une demande en *preliminary injunction*). Face à ces deux modèles, l'organisation du contrôle par la Commission européenne est loin d'être vue comme idéal par les commentateurs, certains lui reprochant de manière sous-jacente son pouvoir administratif décisive. Il semble que du point de vue de l'efficacité de la mise en œuvre du contrôle, le système moniste intégré constitue pourtant la structure institutionnelle la mieux à même pour accomplir cette tâche.

## **TITRE 2. L'EFFICACITE FONCTIONNELLE DU CONTROLE**

La procédure de contrôle *ex ante* s'est imposée comme une modalité indispensable à l'efficacité des politiques de concurrence. Aux États-Unis, ce contrôle allait toutefois à l'encontre de l'ordre normatif de référence, rétif par essence à toutes interventions directes de l'Exécutif qui contiendraient les libertés économiques attachées aux personnes<sup>1850</sup>. Le droit antitrust a été façonné en conséquence dans une large proportion par la jurisprudence de la Cour suprême, les « *Government suits occupy a central role in antitrust enforcement* » selon Philip Areeda<sup>1851</sup>. Le modèle américain enraciné dans une culture juridique où la justice se rend principalement par l'exercice du pouvoir judiciaire, les décisions affectant les droits des particuliers doivent être prises par des juges<sup>1852</sup>. Se manifeste ainsi la première véritable opposition entre les deux systèmes juridiques étudiés. Si les deux contrôles organisent au cours d'une période délimitée par la règle, la suspension de l'opération de concentration afin de procéder à une analyse approfondie de ses effets sur la concurrence, l'identité des procédures, cesse toutefois s'agissant des effets de la décision administrative. La décision de « challenger » une opération n'est pas suspensive aux États-Unis. Le HSR *Act* engage alors les autorités de concurrence américaines à récolter les preuves suffisantes à la constitution d'un « case »<sup>1853</sup> devant la cour et requérir le cas échéant l'interruption de la concentration. S'instaure une dynamique de préparation à l'affrontement au sein de la procédure américaine *ex ante* en vue d'un procès civil sur le mode accusatoire. La Commission européenne jouit au contraire d'une toute-puissance administrative : une décision négative de sa part suspendant automatiquement l'opération.

---

<sup>1850</sup> D.A. CRANE, *The Institutional Structure of Antitrust Law*, Oxford University Press, 2011, p. 94 ; W.H. PAGE, *The Ideological Origins and Evolution of U.S. Antitrust Law, Issues in Competition Law and Policy*, Chap. 1 (ABA Section of Antitrust Law 2008) ; W. H. PAGE, *Ideological Conflict and the Origins of Antitrust Policy*, 66, *Tulane Law Review*, 1, 15-18, 1991.

<sup>1851</sup> P.E. AREEDA & H. HOVENKAMP, *Antitrust Law*, 1995. L'Expediting Act de 1903 (ch. 544, 32 Stat. 823 (1903)) abrogé en 1974 (Public Law 93-528, 88 Stat. (Dec. 21, 1974)), faisait de la Cour suprême la juridiction d'appel des jugements des district courts.

<sup>1852</sup> Le juge, interprète de la Constitution et « diseur de droit ». Voir, A. GARAPON, *La question du juge, Pouvoir*, N°74, 1995, p. 19.

<sup>1853</sup> La FTC peut déclarer une concentration illégale à l'issue du jugement administratif au fonds par un *cease and desist order*. Si la concentration n'a pas été réalisée, l'opération doit être interrompue. Néanmoins, les effets de l'*order* sont suspendus dès qu'un recours en annulation est déposé devant l'*United States district court of appeals*. Voir., 15 U.S.C. § 45 (c) et .

# Chapitre 1. La détermination du contrôle

Dans l'Union européenne, le contrôle *a priori* des concentrations a pour but de prévenir les opérations de croissance externe « *d'entraver de manière significative la concurrence effective* »<sup>1854</sup> et aux États-Unis, d'empêcher celles qui « *pourraient réduire substantiellement la concurrence ou tendre à créer un monopole* »<sup>1855</sup>. Ces buts qui sur le plan sémantique semblent comparables rapprochent les deux modèles de contrôle ; les mécanismes de mise en œuvre des critères d'appréciation substantiels les replacent pourtant aux antipodes.

Le contrôle ne s'exerce pas en effet, selon les mêmes modalités dans chacun de ces systèmes de droit. Ils se distinguent d'abord, dans leur définition du champ d'application matériel, nécessaire pour déceler les opérations qui se révéleraient néfastes si elles prospéraient. Ensuite, dans la fixation et les natures des seuils choisis, requérant pour être efficace la fixation d'une formule adéquate pour « calibrer » les flux des éléments sujets à la surveillance des autorités de contrôle. La délimitation de ces seuils n'endosse pas le même rôle aux États-Unis et dans l'Union européenne. En Europe, les seuils déterminent à la fois la compétence des autorités de contrôle d'un point de vue vertical, c'est-à-dire dans leurs rapports avec les entreprises, mais aussi d'un point de vue horizontal, dans les rapports entre autorités partageant des compétences communes. Aux États-Unis au contraire, ils ne font pas fonction de partage de compétences entre l'État fédéral et les États fédérés qui exercent conjointement le contrôle, leurs rapports revêtent donc une importance majeure pour l'efficacité de la coordination institutionnelle.

L'Union européenne dans son livre blanc nommé « *Vers un contrôle plus efficace des concentrations* »<sup>1856</sup> publié en 2014 s'est interrogée sur l'efficacité de la définition matérielle de la concentration et notamment de son appréhension des participations minoritaires. Ces réflexions ont débouché sur le questionnement de la pertinence des seuils qui reposent actuellement sur le chiffre d'affaires pour détecter les concentrations au potentiel anticoncurren-

---

<sup>1854</sup> Règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, Paragraphe 5 du Préambule.

<sup>1855</sup> 15 U.S.C.18. (2021). Traduction personnelle.

<sup>1856</sup> Commission européenne, Livre blanc, Vers un contrôle plus efficace des concentrations, COM/2014/0449, 9 juillet 2014, disponible en ligne à l'adresse suivante:  
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1406814408042&uri=CELEX:52014DC0449>.

tiel<sup>1857</sup>, à l'inverse des États-Unis qui ont choisi d'appliquer des critères fondés à la fois sur la taille de la transaction (« *size-of-transaction test* ») et sur la taille des parties à l'opération (« *size-of-person test* »). Ceux-là permettraient une représentation plus fidèle de l'importance des entreprises en cause sur le marché<sup>1858</sup>.

Le seuil, qui constitue l'élément déclencheur de la procédure obligatoire du contrôle *a priori*, souffre dans les deux cas du défaut inhérent à une détermination. La Commission européenne a identifié des opérations n'atteignant pas le seuil de notification qui porteraient pourtant atteinte à l'effectivité du marché intérieur<sup>1859</sup>. Il a été en effet observé aux États-Unis comme dans l'Union européenne, le développement du phénomène dit des « *killer acquisitions* »<sup>1860</sup> dans les secteurs pharmaceutiques et technologique<sup>1861</sup> où des cibles très innovantes, mais n'ayant pas encore atteint une taille critique, sont rachetées aux fins de neutraliser toute concurrence future sur leur marché. Ces transactions n'atteignant pas les seuils légaux passent à travers les mailles de la notification obligatoire *ex ante*<sup>1862</sup> et au contrôle juridique de protection.

---

<sup>1857</sup> Une consultation menée du 07 octobre 2016 au 13 janvier 2017, se concentre particulièrement sur les aspects procéduraux et de détermination de compétence. Voir, European Commission, *Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU Merger Control*, Les résultats de cette évaluation ont été publiés dans un document de travail, « Commission staff working document evaluation of procedural and jurisdictional aspects of UE merger control », 26/03/2021, disponible en ligne : [https://ec.europa.eu/competition/consultations/2021\\_merger\\_control/SWD\\_findings\\_of\\_evaluation.pdf](https://ec.europa.eu/competition/consultations/2021_merger_control/SWD_findings_of_evaluation.pdf).

<sup>1858</sup>M. VESTAGER, *The futur of EU merger control*, International Bar Association 24th Annual Competition Conference, 11 septembre 2020, disponible en ligne à l'adresse suivante : [https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/future-eu-merger-control\\_en](https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/future-eu-merger-control_en)

<sup>1859</sup> Idem.

<sup>1860</sup> Les « *killers acquisitions* » prennent la dénomination formelle de « *destructive acquisitions of nascent or potential competitors* ». Cette dénomination est apparue à la suite de la publication des économistes Colleen Cunningham, and Florian Ederer et Song Ma, *Killer Acquisitions*, postée le 12 septembre 2018, révisée le 28 octobre 2020, disponible en ligne : <https://economics.sas.upenn.edu/system/files/2019-07/SSRN-id3241707.pdf>.

<sup>1861</sup> Si la pratique des « *killer acquisitions* » n'a pas été évaluée empiriquement dans le secteur technologique, les autorités de contrôle américaines ont déjà fondé selon Bruce Hoffman, la poursuite de plusieurs concentrations sur cette théorie, notamment CDJ Global Inc./ Auto Mate (19 Mars 2018, No. De docket, 9382), Verisk/EagleView (19 dec. 2014, No de docket. 9363), Thoratec/Heartware (11 août 2009, No. de docket : 9339), Nielson/Arbitron (2 avril 2014, No. Docket docket No. C-4439). Voir, D. HOFFMAN, Prepared Statement of the Federal Trade Commission Before the United States Senate Committee on the Judiciary Subcommittee on Antitrust, Competition Policy and Consumer Rights "Competition in Digital Technology Markets: Examining Acquisitions of Nascent or Potential Competitors by Digital Platforms", 24 septembre 2014, Washington D.C., disponible en ligne : <https://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/Hoffman%20Testimony2.pdf>.

<sup>1862</sup> Voir, pour les États-Unis, FTC, *Nascent Competition: Are Current Levels of Enforcement Appropriate ?*, Hearings on Competition and Consumer Protection in the 21st Century, 16 octobre 2018, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/news-events/audio-video/audio/nascent-competition-are-current-levels-enforcement-appropriate> ; *Competition in Digital Technology Markets: Examining Acquisitions of Nascent or Potential Competitors by Digital Platforms*, Hearing before U.S. Senate Subcommittee on Antitrust, Competition Policy, and Consumer Rights, 24 septembre 2019, disponible en ligne : <https://www.judiciary.senate.gov/meetings/competition-in-digital-technology-markets-examining-acquisitions-of-nascent-or-potential-competitors-by-digital-platforms> ; .

Face aux effets de seuils, les États-Unis ont longtemps été mieux dotés que l'Union européenne. La section 7 du Clayton Act vient en effet s'appliquer indépendamment des dispositions contenues dans le contrôle préventif de la loi HSR où il n'est pas intégré de limites temporelles à la contestation d'une opération. La Commission européenne n'est plus en reste depuis la publication de sa communication sur les orientations concernant la mise en œuvre de l'article 22 du règlement, publié le 31 mars 2021, qui opère via les mécanismes de renvoi existants, un élargissement de son champ d'intervention (**Section 1 — Le champ d'intervention matérielle du contrôle**). Dans le cadre strict du contrôle *a priori* des concentrations, la question des seuils de notification constitue encore l'élément prépondérant d'identification de la compétence de la Commission européenne vis-à-vis des autorités de contrôle nationales alors que les États-Unis laissent se conjuguer les compétences des autorités fédérales et étatiques (**Section 2. L'articulation des compétences au sein des systèmes**).

### *Section 1. Le champ d'application matériel du contrôle*

Les divergences structurelles des systèmes européen et américain se manifestent dans toutes leurs plénitudes lorsque l'on examine leur champ d'application respectif. La réglementation américaine construite par couches législatives successives se caractérise par une extrême plasticité dans l'administration de la Section 7 de la loi Clayton. Celle-ci s'applique tant dans le cadre formel de la réglementation HSR qu'au-delà de la consommation d'une concentration. Le champ d'action des autorités publiques américaines et des tiers se trouve alors considérablement étendu, faisant diverger les deux systèmes dans leurs mécanismes et dans le respect des principes protecteurs des parties (**§1. Le champ d'application matériel du contrôle *ex ante***). La Commission européenne semble s'être toutefois nouvellement engagée dans la création d'un contrôle *ex post*, dont les conditions d'application sont encore restreintes à ce jour (**§2. Le contrôle *ex post* des concentrations économiques**).



## §1. Le champ d'application matériel du contrôle *ex ante*

Le contrôle *ex ante* des concentrations est une procédure administrative obligatoire et contraignante, dont la création, nous l'avons vu, n'a pas été aisée à imposer au marché et au corps politique. La mise en œuvre emporte des effets directs sur l'opération envisagée : une suspension automatique durant une période encadrée par la loi, dont le non-respect est sanctionné. Pour que ce contrôle préventif ait vocation à s'appliquer, l'opération projetée doit obéir à certaines spécifications propres à chacun des systèmes. L'obligation de notification et la suspension automatique de la concentration tout au long de la période de contrôle par les autorités administratives dédiées, constitua une avancée majeure pour l'efficacité de l'action publique et la préservation de la concurrence. Au sein d'un espace de temps juridiquement délimité, l'appareil administratif procède à des vérifications par étapes appelées communément dans l'Union européenne « Phase I » et « Phase II » et aux États-Unis « *First Clearance procedure* » et « *Second Request for Additional Information and Documentary Materials* », jusqu'à établir qu'il n'existe aucun danger pour la concurrence en l'état ou au contraire que les parties doivent se soumettre à des engagements ou enfin que la concentration doit être interdite, soit par voie administrative en Europe, soit par voie judiciaire aux États-Unis. Il convient d'examiner d'abord quelles réalités le terme générique de « concentration » revêt de chaque côté de l'Atlantique (A), puis de souligner les différences d'approche dans la conception des seuils déclencheurs du contrôle *ex ante* (B).

### A. La notion de concentration économique

La notion de concentration est complexe. Les normes européennes et américaines renvoient les personnes qui pourraient être concernées par ces dispositions à une multitude de détails techniques et d'exceptions élaborée à une fin pratique : identifier si l'opération projetée tombe dans le champ d'application de la loi sur le contrôle des concentrations. Aux États-Unis, il existe un service dédié au sein de la FTC, le « *Premerger Notification Office* » (PNO ci-après)<sup>1863</sup>, présent par téléphone ou par courriels pour répondre aux questions des entre-

---

<sup>1863</sup> Le PNO officie dans le cadre du « *Premerger Notification Program* », établi par le HSR Act de 1976, codifié 15 U.S.C. § 18a. Il délivre des interprétations formelles de règles de notification, mais aussi informelles, avec des consultations possibles au cas par cas. Les personnes concernées sont invitées à appeler ou à écrire à l'adresse suivante : [HSRHelp@ftc.gov](mailto:HSRHelp@ftc.gov). La somme des interprétations informelles du PNO ont été réunies au sein d'une base de données consultable en ligne gratuitement : <https://www.ftc.gov/enforcement/premerger->

prises ou de leur conseil sur l'interprétation des règles dictées à l'article 16 C.F.R. 801-803<sup>1864</sup> au nom de la FTC, mais aussi du DOJ.

Il est important à ce stade de préciser que dans l'Union européenne, pour qu'une opération particulière soit soumise à l'application du Règlement sur le contrôle *a priori* celle-ci doit constituer une « concentration » au sens défini par la législation européenne, qui renvoie à la fois à des critères matériels et à des critères de seuils. Aux États-Unis, la qualification de « merger » employée *lato sensu* autorise à elle seule l'intervention publique ou privée sur le fondement de la Section 7 du Clayton Act<sup>1865</sup>. L'obligation de notification et la suspension automatique ne s'opèrent aux États-Unis qu'en cas de franchissement de certains seuils. Les conditions d'action des autorités de concurrence américaines et leurs relais dans la société civile, sont donc doublées, puisqu'ils interviennent en amont par la procédure du HSR, mais aussi éventuellement postérieurement à la conclusion des opérations de concentrations ou à tout autre moment grâce aux dispositions de la Section 7 du Clayton Act. L'action de leur homologue européen est circonscrite quant à elle, en principe, à une intervention purement *ex ante*<sup>1866</sup>.

---

[notification-program/informal-interpretations](#). Le PNO est en contact constant avec le Premerger and Division Statistics Unit de l'Antitrust Division.

<sup>1864</sup> Ces règles codifiées sont issues de la publication par la FTC de la « *Statement of Basis and Purpose* » du 31 juillet 1978, 43 Fed. Reg. 33 450. Le point 801 traite des documents à fournir aux autorités de contrôle, le point 802 contient les exceptions à ces exigences et le point 803 édicte les règles de procédure de la notification. Voir en ligne : <https://www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program/statute-rules-and-formal-interpretations/statements-ba-45>. L'Union européenne ne semble pas posséder à notre connaissance, de pareil service. La Commission renvoie pour toutes questions à une adresse *e-mail* : [comp-mergers@ec.europa.eu](mailto:comp-mergers@ec.europa.eu).

<sup>1865</sup> Si l'opération en cause a ou aurait pour effet de réduire substantiellement la concurrence ou de créer un monopole. Voir, Section 7 du Clayton Act amendée et codifiée au 15 U.S.C. § 18. Disponible à l'adresse suivant : [https://uscode.house.gov/view.xhtml?hl=false&edition=prelim&req=granuleid%3AUSC-prelim-title15-](https://uscode.house.gov/view.xhtml?hl=false&edition=prelim&req=granuleid%3AUSC-prelim-title15-sec-)

[sec-tion18&num=0&saved=%7CZ3JhbnVsZWlkOIVTQy1wcmVsaW0tdGI0bGUxNS1zZW50aW9uMThh%7C%7C%7C0%7Cfalse%7Cprelim](#). Ces règles sont édictées dans le Code of Federal regulation (CFO ci-après), au Title 16, Chapitre I, Subchapitre H, Part 801§1-90. La FTC accompagne ces modifications réglementaires par des *Statements of Basis and Purpose* (SBP), requises par l'*Administrative Procedure Act* explique les changements de réglementations et leurs motivations (5 U.S.C. Subchapitre II,§553,c) ; les « *formal interpretations* » des réglementations issues du CFO (<https://www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program/statute-rules-and-formal-interpretations/formal> ), et les « *informal interpretations* » provenant de questions précédemment résolues (<https://www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program/informal-interpretations>).

<sup>1866</sup> L'article 22 du Règlement sur les concentrations ouvre dans certaines conditions la voie à un contrôle des concentrations *ex post* (voir *supra*) . Une concentration réalisée peut encore se voir attaquée sur le plan de l'application des règles sur les abus de position dominante et le droit des ententes. Voir : CJUE, 16 mars 2023, *Towercast*, ECLI:EU:C:2023:207.

## ***1. La définition d'une concentration***

L'objectif du contrôle *a priori* est de cibler les concentrations économiques qui se révéleraient nuisibles pour le fonctionnement normal des marchés et de laisser celles qui de manière générale ne présentent pas de risque au regard du droit de la concurrence. Dans notre étude, exposer ce que sous-tend cette notion au sein de chacun des systèmes permet d'identifier et de confronter de manière concrète en quoi leur champ d'action matériel se rapproche et en quoi ils diffèrent, préalable indispensable à l'analyse des seuils de compétence. Il convient donc de présenter une physionomie générale, mais comparée de leurs composantes respectives.

Les définitions légales d'une concentration aux États-Unis et dans l'Union européenne sont très éloignées du point de vue sémantique. Aux termes de la Section 7 du Clayton Act<sup>1867</sup>:

*No person engaged in commerce or in any activity affecting commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no person subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of another person engaged also in commerce or in any activity affecting commerce, where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly.*

*No person shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no person subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of one or more persons engaged in commerce or in any activity affecting commerce, where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition, of such stocks or assets, or of the use of such stock by the voting or granting of proxies or otherwise, may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly.*

---

<sup>1867</sup> 15 U.S.C. §.18

Les États-Unis justifient une intervention fédérale sur toutes les opérations menant à l'acquisition « *directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital (. . .) the whole or any part of the assets* » qui pourrait conduire à une altération de la concurrence ou à créer un monopole. Il est important de mentionner que le droit américain des concentrations étend explicitement sa définition à toutes les personnes morales ou physiques et oblige les personnes qui détiendraient directement ou indirectement une entité économique à notifier une concentration. Ainsi, selon le paragraphe 801.1 du C.F.R: « *Since a natural person is an entity (see § 801.1 (a)(2)), a natural person and a corporation which he or she controls are part of the same 'person.' If that natural person controls two otherwise separate corporations, both corporations and the natural person are all part of the same 'person.'* »<sup>1868</sup>.

La définition d'une opération de concentration au sens européen, exposé à l'article 3 paragraphe 1 du Règlement sur les concentrations, est différemment formulée :

*1. Une concentration est réputée réalisée lorsqu'un changement durable du contrôle résulte :*

---

<sup>1868</sup> 16 CFR 801.1(a)(1) et (2). Le terme *d'entity* est fait l'objet d'une large énumération, celle-ci pouvant recouvrir :

« (...) *any natural person, corporation, company, partnership, joint venture, association, joint-stock company, trust, estate of a deceased natural person, foundation, fund, institution, society, union, or club, whether incorporated or not, wherever located and of whatever citizenship, or any receiver, trustee in bankruptcy or similar official or any liquidating agent for any of the foregoing, in his or her capacity as such; or any joint venture or other corporation which has not been formed but the acquisition of the voting securities or other interest in which, if already formed, would require notification under the act and these rules* ».

Disponible en ligne : [https://www.ecfr.gov/current/title-16/chapter-I/subchapter-H/part-801#p-801.1\(a\)\(2\)](https://www.ecfr.gov/current/title-16/chapter-I/subchapter-H/part-801#p-801.1(a)(2)). De nombreuses affaires d'infractions à la procédure de contrôle de concentrations, appelées « *gun jumping* » concernent le défaut de notification de personnes physiques ayant acheté en propres des actions sur les marchés financiers. Par exemple, dans l'affaire États-Unis c. Mitchell P. Rales de 2017, Mitchell Rales était actionnaire majoritaire à 57,9% de l'entreprise Colfax, selon les règles de HSR ses acquisitions additionnelles étaient exemptées de l'obligation de contrôle des concentrations. Après l'introduction boursière de Colfax, les participations de Rales tombèrent à 20,8%. Son épouse acquies sur les marchés en 2011, 25 000 actions de cette entreprise, valeur qui comme le prévoit le droit américain est rapportée à *l'ultimate parent entity*, en l'espèce Mitchell Rales. L'ensemble des époux (et leurs enfants mineurs) considéré comme une seule personne, élevait la valeur cumulée des actions avec droit de vote à un montant supérieur au seuil de 100 millions de dollars ajustés (131, 9 millions en 2011) et nécessitait une notification et une suspension obligatoire. Voir, United States of America (For the Federal Trade Commission) v. Mitchell P. Rales (12 avril 2017), disponible en ligne : [https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/170117rales\\_cis\\_filed.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/170117rales_cis_filed.pdf). Une autre affaire de 2021 concernait la rémunération d'un directeur exécutif d'une grande institution financière, *Capital One*. Richard D. Fairbank directeur général de Capital One Financial Corporation (COF ci-après) et reçoit à ce titre, des options sur actions, des options d'achat d'actions et des unités d'action liées à la performance (*performance share unit*) avait reçu 101148 actions de COF et était devenu actionnaire majoritaire de l'entreprise. Néanmoins, ses avoirs s'élevant par cette opération à un montant supérieur au seuil de 100 millions de dollars ajusté, fixé à l'article 7 du Clayton Act, l'obligeaient à déposer un formulaire de notification. Voir, United States District Court of Columbia, États-Unis c. R. Fairbank, 2 septembre 2021, Case 1:21-cv-02325, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/2010065finaljudgment.pdf>.

- a) de la fusion de deux ou de plusieurs entreprises ou parties de telles entreprises, ou
- b) de l'acquisition, par une ou plusieurs personnes détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou par une ou plusieurs entreprises, du contrôle direct ou indirect de l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs autres entreprises, que ce soit par prise de participations au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen.

Alors que l'Union européenne se rapporte explicitement à un changement durable d'influence déterminante de contrôle<sup>1869</sup> et à des formes juridiques d'acquisition particulière, les États-Unis ne s'y réfèrent pas et la notion de « fusion » (*merger*) en tant que moyen juridique d'acquisition, n'est pas nommément évoquée<sup>1870</sup>. La loi américaine adopte une conception extensive et pragmatique de ces opérations en englobant virtuellement tout transfert de propriété direct ou indirect et confie à la FTC et au DOJ le soin de qualifier les notions utilisées dans la loi<sup>1871</sup>. Le C.F.R précise les transactions concernées, c'est-à-dire celles portant sur les « *voting securities* »<sup>1872</sup> les « *assets* »<sup>1873</sup> et les « *non-corporate interests* »<sup>1874</sup>.

<sup>1869</sup> Règ. 139-2004, du 20 janvier 2004, article 3, paragraphe 2.

<sup>1870</sup> Le contrôle des concentrations ne se traduit pas par « *merger control* » aux États-Unis. Cette appellation renvoie dans la littérature juridique anglophone au régime européen. Les États-Unis préfèrent les dénominations de « *HSR process* » ou de « *merger review process* ». Le terme de « *merger* » est donc compris *lato sensu*.

<sup>1871</sup> « *The Federal Trade Commission, with the concurrence of the Assistant Attorney General and by rule* (...) :

(2) *may* : (A) *define the terms used in this section, B) exempt, from the requirements of this section, classes of persons, acquisitions, transfers, or transactions which are not likely to violate the antitrust laws; and (C) prescribe such other rules as may be necessary and appropriate to carry out the purposes of this section* ». Il revient ainsi à la FTC et au DOJ de préciser la loi par un corpus de règles *ad hoc* dans les conditions dictées par le législateur. Voir, 15 U.S.C. 18a,(d). Voir en ligne : <https://uscode.house.gov/view.xhtml?hl=false&edition=prelim&req=granuleid%3AUSC-prelim-title15-sec-tion18a&num=0&saved=%7CZ3JhbnVsZWlkOlVTQy1wcmVsaW0tdG10bGUxNS1zZWNoaW9uMTNh%7C%7C%7C0%7Cfalse%7Cprelim.>

<sup>1872</sup> Le terme « *voting securities* », est défini comme « *any securities which at present or upon conversion entitles the owner or holder thereof to vote for the election of directors of the issuer, or of an entity included within the same person as the issuer* ». *United States v. Celanese Corp. Of America*, 91 F. Supp. 14 (S.D.N.Y. 1950).

<sup>1873</sup> Selon la jurisprudence « *depending upon the factual context 'asset' may mean anything of value* » (Voir, *United States v. Columbia Pictures Corp.*, 189 F. Supp. 153, 182 (S.D.N.Y. 1960). Ainsi, les biens de propriété intellectuelle constituent des actifs : brevets (*SCM Corp. v. Xerox Corp.*, 645 F.2d 1195, 1205 (2d Circ. 1981), marques (*United States v. Beatrice Foods Co.*, 344 F. Supp. 104, 114 (D. Minn. 1972). Cit., ABA, *Mergers Acquisitions. Understanding the Antitrust Issues*, 4th Ed., 2015, p. 314. La FTC a donné une interprétation de ce qui est entendu par « *asset* » : « *Assets can actually be just about anything, but not cash. Cash doesn't count as an asset. But it can be hard assets or intangible assets, in that acquisitions of exclusive licenses to intellectual property are potentially reportable. Acquisitions of non-stock corporations are also considered to be acquisitions of all of the assets of that corporation* ». Voir, K. BERG, HSR : Back to Basics Workshop, October 23, 2008, FTC Conference Center, Edited Transcript, 2008, disponible en ligne à l'adresse suivante : [https://www.ftc.gov/news-events/events-calendar/2008/10/hart-scott-rodino-premerger-notification-program-back-basics.](https://www.ftc.gov/news-events/events-calendar/2008/10/hart-scott-rodino-premerger-notification-program-back-basics)

En outre, le contrôle des concentrations européen se rapporte aux « entreprises », prises dans un sens économique, c'est-à-dire toute « *unité économique autonome* »<sup>1875</sup>, mais aussi aux personnes physiques titulaires ou bénéficiaires des droits attribuant un contrôle et à qui il peut imputer au moins une activité économique.

Les fusions entre entreprises tombent donc dans le champ d'application de la Section 7 du Clayton Act au même titre que la réglementation européenne (a). Le HSR Act connaît de même, la notion de contrôle, mais de manière bien plus étroite que l'acception européenne (b). Chacun des deux systèmes connaît des exceptions (c).

### **a. Les fusions ou *mergers***

La fusion est une opération soumise à de lourdes formalités juridiques, réglementée à la fois au niveau national par les États membres, mais aussi au niveau européen<sup>1876</sup>. L'Union européenne a investi depuis la fin des années soixante le champ du droit des sociétés et des structurations d'entreprises dans le but d'uniformiser les règles nationales et garantir l'effectivité de la liberté d'établissements. Une Directive n° 2017/1132/UE du 14 juin 2017, codifie le corpus de règles précédemment édictées et procède à une simplification des mécanismes afin de favoriser l'émergence d'entreprises à échelle européenne et parachever ainsi la construction du marché intérieur.

---

<sup>1874</sup> Le terme « *non-corporate interest* » signifie « *in any unincorporated entity which gives the holder the right to any profits of the entity or in the event of dissolution of that entity the right to any of its assets after payment of its debts. These unincorporated entities include, but are not limited to, general partnerships, limited partnerships, limited liability partnerships, limited liability companies, cooperatives and business trusts; but these unincorporated entities do not include trusts that are irrevocable and/or in which the settlor does not retain a reversionary interest and any interest in such a trust is not a non-corporate interest as defined by this rule* ». *Idem*.

<sup>1875</sup> CJCE, 23 avr. 1991, aff. C-41/90, Höfner, ECLI:EU:C:1991:161).

<sup>1876</sup> Les fusions sont définies aux articles 89 et 90 de la Directive n° 2017/1132/UE du 14 juin 2017 (JOUE L 169 du 30 juin, 46) remplaçant la directive 68/151/CEE, première directive du Conseil en la matière et la directive 77/91/CEE qui concernait les sociétés anonymes. S'agissant des fusions, scissions et transformations transfrontalières, la directive (UE) 2017/1132 a été modifiée en 2019 par la directive (UE) 2019/2121 du 27 novembre 2019 (JOU L321). Aux États-Unis, chaque État fédéré possède une réglementation différente en matière de fusions, le droit des sociétés étant propre à chaque État (Voir, Partie I, chap. 2, Sec.1, §1., B de la présente étude sur l'ingénierie juridique ayant permis le développement des monopoles américains au XIXe siècle). Le droit des fusions applicable est celui de l'entreprise cible. L'État fédéral intervient sur le plan normatif pour réguler les ventes et transferts de titres via la *Securities Exchange Commission* (SEC ci-après) et pour le respect du droit de la concurrence. Voir, A.B. STEBBINS, T. H. KENNEDY, États-Unis, *in*, Global Legal Group, *The International Comparative Legal Guide to : Mergers & Acquisitions 2019*, 13th Ed., 2019, p. 408-426,

La fusion permet de réunir deux ou plusieurs entreprises en une seule<sup>1877</sup>. L'opération sous-tend la disparition d'au moins une des sociétés engagées et la transmission universelle de son patrimoine aux sociétés bénéficiaires. Au cours du processus, les associés de la société dissoute acquièrent la qualité d'associés au sein de la ou des sociétés absorbantes. Il existe plusieurs types de fusions, dont la plus commune est la fusion absorption, où les entités fusionnées subsistent sous le nom d'origine de l'entreprise survivante<sup>1878</sup>.

La *statutory consolidation*<sup>1879</sup> ou la fusion par constitution de société nouvelle<sup>1880</sup> implique que deux ou plusieurs entreprises se joignent pour constituer une nouvelle société. Toutes les entités fusionnées disparaissent en tant que personnes morales au sein de la nouvelle entreprise<sup>1881</sup>.

Dans les cas où il n'existe pas de fusion *de jure*, mais que la combinaison des activités des entreprises forme « *un même ensemble économique* »<sup>1882</sup> sur la base d'un acte contractuel<sup>1883</sup> menant à « *une gestion économique commune* » ou « *d'une structure à double cotation* »<sup>1884</sup>, la combinaison sera considérée être une « *fusion de fait* », notifiable à la Commission. À condition, toutefois, qu'elle soit gérée par une direction unique et qu'elle soit permanente<sup>1885</sup>. Aux États-Unis, les *partnerships* constitués par accord entre entreprises semblent exemptées de notification aux termes de la Section 801.50 du CFR, si aucun des membres du

---

<sup>1877</sup> Les entreprises doivent être en principe autonomes et indépendantes avant la fusion. Les entreprises appartenant au même groupe de sociétés n'entrent pas dans le cadre du contrôle des concentrations défini par le Règlement sur les concentrations. Voir, Communication sur la compétence 2008-C 95-01 du 10 juillet 2007, point 9 ; Voir par exemple, décisions CE, 17 novembre 2020, COMP/M.10000, Prezeo International/ Suez Nordic et M.10041 du 6 janvier 2021, PAI/Addo/ComplEat.

<sup>1878</sup> Défini à l'article 90, Section I, Chapitre 1, Titre II, de la directive n° 2017/1132/UE du 14 juin 2017,

<sup>1879</sup> D. DE PAMPHILIS, *Mergers and Acquisitions Basics*, Academic Press, 2011, p. 88.

<sup>1880</sup> Défini à l'article 90, Section I, Chapitre 1, Titre II, de la directive n° 2017/1132/UE du 14 juin 2017,

<sup>1881</sup> Voir, les décisions de la FTC du 12 novembre 1998 Commonwealth Land Title Insurance Company, 9810127; FTC, 23 septembre 1998, Schwartz, Onex Corporation, SC International Services, Inc., and Sky Chefs, Inc, 9810211. Dans l'Union européenne : Décision CE M.445 du 7 juin 1994 BSN/Euralim.

<sup>1882</sup> Communication sur la compétence, 2009-C 43-09 du 10 juillet 2007, Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement (CE) n° 139-2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentrations entre entreprises, point 10.

<sup>1883</sup> La Commission européenne précise que des participations croisées peuvent venir renforcer ces liens. Voir, Communication sur la compétence, 200-C 43-09 du 10 juillet 2007, point 10.

<sup>1884</sup> Une structure à double cotation (*dual listed company*), implique un accord entre deux entreprises juridiquement indépendantes décidant par contrat de gérer leurs activités comme s'il s'agissait d'une seule entreprise, gardant leur cotation boursière existante. Selon Mathijs A. Van Dijk, les entreprises espèrent voir les actions de la paire évoluer au même rythme. Voir, Décisions CE, aff. IV/M.660 — RTZ/CRA du 7 décembre 1995, aff. COMP/M.3071 — Carnival Corporation/P&O Princess II du 24 juillet 2002 ; A. DE JONG, L. ROSENTHAL, M.A. VAN DIJK, The Risk and Return of Arbitrage in Dual-Listed Companies, *Review of Finance*, N° 13, 2009, p.495-520.

<sup>1885</sup> D'autres éléments peuvent être déduits pour constituer la fusion de fait. Sont cités à titre liminaire, la compensation des pertes et des profits, la répartition des recettes, la solidarité financière et le partage des risques externes. Communication sur la compétence, 200-C 43-09 du 10 juillet 2007, point 10.

partenariat n'acquiert le contrôle de l'entité incorporelle nouvellement formée. La section 801.50 du CFR dispose en effet que « *Unless exempted by the Act or any of these rules, upon the formation of an unincorporated entity, in a transaction meeting the criteria of Section 7A(a)(1) and 7A(a)(2)(A) (other than in connection with a consolidation), a person is subject to the requirements of the Act if it acquires control of the newly-formed entity. (. . .)* ». Ainsi, *a contrario*, l'absence de « contrôle » par une des parties au *partnership*, c'est-à-dire, si chaque membre détient des intérêts à parts égales, aucun de ces membres ne sera soumis aux formalités du contrôle *a priori* des concentrations<sup>1886</sup>. La notion de « contrôle » se concevant de manière différente des deux côtés de l'Atlantique, précisons ce que le terme recouvre dans chaque système.

## b. L'acquisition d'un contrôle

**Dans l'Union européenne.** Le préambule du règlement de base du contrôle des concentrations économiques européen vise les opérations entraînant « *un changement durable du contrôle des entreprises concernées et donc de la structure de marché* »<sup>1887</sup>. Le « contrôle » constitue ainsi le résultat de la concentration<sup>1888</sup>, sa définition est plus complexe et protéiforme que le moyen juridique identifié qu'est la fusion, car elle concerne les opérations non absolues, telles que les prises de participation, les achats d'actifs ou les *joint-ventures* (coentreprises).

En effet, la communication de la Commission sur la compétence de 2008<sup>1889</sup> explicite l'objet de l'acquisition qui peut consister « *dans l'ensemble ou des parties d'une ou plusieurs entreprises constituant des entités juridiques, dans les éléments d'actifs de ces entités, ou seulement dans certains éléments d'actifs de celles-ci* »<sup>1890</sup>.

---

<sup>1886</sup> Voir, OECD, Definition of Transaction for the Purpose of Merger Control Review, United States, Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement, 4 juin 2013, p. 4. Disponible en ligne : <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2015/03/11/311202.pdf> (26/03/2021).

<sup>1887</sup> Considérant 20 du Préambule du règlement 2004.

<sup>1888</sup> L. VOGEL, *Contrôle européen des concentrations*, Lawlex/Brylant, 2<sup>e</sup> Ed., 2020, p.17.

<sup>1889</sup> Communication sur la compétence 2008-C 95-01 du 10 juillet 2007, §.1.3, point 24.

<sup>1890</sup> La commission précise toutefois que ces éléments doivent participer d'une activité économique sur marché et doivent y être attachés à un chiffre d'affaires. Ainsi, la cession de clientèle, l'achat de licence ou de brevet, les droits d'auteur si des chiffres d'affaires peuvent qualifier une concentration si le critère économique est rempli.



Le terme de « contrôle » s'entend comme la possibilité d'exercer sur ces éléments « une influence déterminante »<sup>1891</sup>. L'influence déterminante est appréciée *in concreto* par la Commission qui procède à l'examen approfondi de la situation des entreprises à l'issue de l'opération<sup>1892</sup>. Le professeur Dominique Berlin explique qu'elle consiste dans le « pouvoir de prendre » ou « de faire prendre » des décisions stratégiques à l'entreprise dont on détient le contrôle<sup>1893</sup> notamment par la nomination majoritaire des dirigeants composant l'organe exécutif de l'entité cible.

Le moyen le plus commun d'acquisition de ce pouvoir est la prise de participation au capital, mais il ne s'y limite pas. L'article 3, paragraphe 2 du Règlement 139-2004 énonce d'autres vecteurs juridiques possibles, tels que les « *droits, contrats ou tout autre moyen* » pour exercer une influence déterminante, mais elle peut aussi résulter de situations de fait, lorsque des liens structurels additionnés à des rapports commerciaux confinent l'entreprise cible à une dépendance économique<sup>1894</sup> par l'octroi, par exemple, de crédits ou de contrats de fournitures<sup>1895</sup>.

Seules les modifications de contrôle « durables » pouvant entraîner des transformations sur la structure du marché sont toutefois prises en compte par la Commission<sup>1896</sup>. Elle distingue à cet égard deux types principaux de contrôle, le contrôle exclusif et le contrôle conjoint.

Selon la Commission européenne, un contrôle exclusif est acquis lorsqu'une seule personne détient le pouvoir de contrôler l'activité de la cible. Si en principe l'acquisition de la

---

<sup>1891</sup> Article 3 §2. Du Règlement 2004.

<sup>1892</sup> L'influence doit être réelle. Pour être qualifiée, il n'est pas nécessaire qu'elle soit intentionnelle ou effective. L'influence doit pouvoir, en toutes hypothèses, être exercée. Voir, Déc. Comm. no COMP/M.2016, 11 août 2000, France Télécom/Orange, JOCE 12 sept. 2000, no C261, § 6).

<sup>1893</sup> D. BERLIN, *Contrôle des concentrations*, Edition des Universités de Bruxelles, 3<sup>e</sup> Ed. 2009, p. 57.

<sup>1894</sup> Lorsque des participations faibles ou minoritaires au capital sont accompagnées d'une dépendance en termes de chiffres d'affaires vis-à-vis de l'entreprise acquéreuse. Déc. Comm. no IV/M.794, 22 janv. 1997, Coca-Cola Enterprises/Amalgamated Beverages Great Britain, JOCE 9 août 1997, no L218.

<sup>1895</sup> Voir par exemple, le contrôle de fait au regard des droits de vote en assemblée excédant ce qui est normalement octroyés aux actionnaires minoritaires : Déc. Comm. no IV/M.625, 23 août 1995, Nordic Capital / Transpool, JOCE 20 sept. 1995, no C24.

<sup>1896</sup> Le contrôle sous-entend la possibilité d'une mise en œuvre stratégique à long terme sur l'entité acquise par l'élaboration de « business plans » (plans de trois à cinq ans où des moyens financiers sont mis au service de buts stratégiques) ou par des contrats de gestion de long terme. Voir, Déc. Comm. no COMP/M.2632, 11 févr. 2002, Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV, Déc. Comm. CE M.2903 du 30 avril 2003, Entreprise commune Daimler Chrysler/Deutsche Telekom.

majorité du capital attribue par concomitance la majorité des droits de vote<sup>1897</sup>, il est possible de moduler les droits qui y sont attachés.

La Commission distingue deux types de contrôle exclusif, l'un positif, l'autre négatif. L'acquisition d'un contrôle unique positif consiste à obtenir la majorité des droits de vote de façon à emporter la décision finale, en nommant par exemple plus de la moitié des membres du conseil exécutif de l'entreprise<sup>1898</sup>. Le contrôle exclusif négatif tient dans le pouvoir pour une personne de s'opposer à des décisions par le veto quand bien même il ne pourrait imposer à lui seul l'orientation stratégique de la société<sup>1899</sup>.

Le contrôle conjoint consiste dans l'exercice en commun par deux ou plusieurs personnes d'une influence déterminante sur une autre entreprise. Celle-ci se réalise par l'acquisition de participations ou par la création d'une nouvelle entité autonome. Les entreprises associées peuvent détenir un contrôle conjoint grâce à la parité des droits de votes<sup>1900</sup> ou de représentation au sein des organes de direction, encore par l'utilisation de droits de veto détenus par un ou plusieurs associés minoritaires<sup>1901</sup>.

---

<sup>1897</sup> Ce qui correspond selon le professeur Louis Vogel, à un contrôle exclusif « de droit ». L. VOGEL, *Contrôle européen des concentrations*, Lawlex/Brylant, 2<sup>e</sup> Ed., 2020, p. 26.

<sup>1898</sup> Si le pouvoir de décision découle en général de la participation majoritaire de l'actionnaire au capital, il provient d'abord, comme nous l'avons mentionné précédemment, des droits de vote qui ne dépendent pas nécessairement du pourcentage détenu au capital. Il est en effet possible que le détenteur d'une participation minoritaire jouisse d'un droit de vote double et surpasse le vote de l'actionnaire majoritaire. Le contrôle exclusif peut aussi résulter de la conclusion d'un pacte d'actionnaires ou d'un actionnariat fragmenté et peu engagé dans les décisions d'assemblées (Déc. Comm. no COMP/M.7184, 23 juill. 2014, Marine Harvest/Morpol, JOUE 18 déc. 2014, no C455, §§ 65 à 84). On parle dans ces conditions de « contrôle exclusif de fait » (*voir*. VOGEL, *Contrôle européen des concentrations*, Lawlex/Brylant, 2<sup>e</sup> Ed., 2020 p.26). Toutefois, l'actionnaire majoritaire peut avoir délégué son pouvoir à un tiers comme c'est le cas dans les contrats de franchises ou dans les fonds d'investissement. S'agissant des fonds communs de placement, organisés sous la forme de sociétés en commandite, dont les portefeuilles sont gérés par des sociétés d'investissements, la Commission reconnaît en général un contrôle indirect et requiert donc une notification par chaque acquisition de leurs cibles (*voir*, Para. 15 de la communication sur la compétence). Il est à noter que les États-Unis tiennent une approche différente vis-à-vis des sociétés d'investissements. Aux termes de l'article 16 CFR 802.64(b) : « *An acquisition of voting securities shall be exempt from the requirements of the act, except as provided in paragraph (c) of this section, if: (1) Made directly by an institutional investor; (2) Made in the ordinary course of business; (3) Made solely for the purpose of investment; and (4) As a result of the acquisition the acquiring person would hold fifteen percent or less of the outstanding voting securities of the issuer* ». Consultable en ligne : <https://ecfr.federalregister.gov/on/2021-04-06/title-16/chapter-I/subchapter-H/part-802>. Ainsi, les investisseurs doivent rester passifs et limiter à 15% ou moins leurs droits de vote. *Voir*, *United States v. Jerrold Elecs. Corp.*, 187 F. Supp. 545-567 (E.D. Pa. 1960) ; *United States v. Tracinda Inv. Corp.*, 477 F. Supp. 1093 (D.C. Cal. 1979).

<sup>1899</sup> Communication sur la compétence partie 58. D. BERLIN, *Contrôle des concentrations*, Edition des Universités de Bruxelles, 3<sup>e</sup> Ed. 2009, p. 63.

<sup>1900</sup> *Idem*.

<sup>1901</sup> Le veto peut dépendre de la nature des décisions. Il peut être exprès, ou découler d'une obligation d'unanimité, ou d'une règle de majorité particulière. Si les vetos portent sur des décisions dites stratégiques, *i.e.*,

Lorsque la majorité est dite « fluctuante », c'est-à-dire que les associés ne s'allient pas en fait ou en droit<sup>1902</sup>, où que le nombre d'actionnaires est trop important pour qu'ils puissent s'organiser, la Commission ne reconnaîtra pas de contrôle particulier dans l'entreprise. L'existence d'un contrôle conjoint est déterminée par la méthode du faisceau d'indices, où il est procédé à un examen approfondi des statuts sociaux, des accords particuliers et des liens d'intérêts au sein de la société<sup>1903</sup>.

**Sur le moment de l'acquisition.** Des acquisitions se succédant dans un laps de temps de deux années répondant aux conditions de seuils devront être considérées comme une opération unique et être notifiées à la Commission européenne<sup>1904</sup>. La Communication sur la compétence de la Commission explicite la nécessité d'empêcher les opérations de concentrations de se structurer en plusieurs étapes dans le but d'échapper à la notification obligatoire<sup>1905</sup>.

**Aux États-Unis.** La notion de « contrôle » n'est pas directement évoquée dans la loi américaine, mais intervient au paragraphe 801.1 du CFR pour définir le terme « *person* » tel qu'il est entendu dans la Section 7 du Clayton Act modifié<sup>1906</sup>. Selon la définition de la FTC, « *the term person means an ultimate parent entity and all entities which it controls directly or indirectly* »<sup>1907</sup>.

Le concept de « contrôle » est donc introduit pour identifier les parties à la concentration : l'acquéreur de droit ou de fait, direct ou indirect, c'est-à-dire l'*ultimate parent entity*

---

celles qui concernent le budget, les investissements, la révocation ou la nomination des administrateurs de la société ou encore la *business plan*.

<sup>1902</sup> Par des conventions de vote (*pooling agreement*) ou en vertu de règles statutaires prévoyant une majorité particulière.

<sup>1903</sup> Par exemple par l'existence de droits de souscription préférentielle ou la possibilité de monter ultérieurement au capital.

<sup>1904</sup> Le considérant 20 du Règlement 139-2004 dispose que « (...) Il convient en outre de traiter comme une concentration unique des opérations qui sont étroitement liées en ce qu'elles font l'objet d'un lien conditionnel ou prennent la forme d'une série de transactions sur titres effectuées dans un délai raisonnablement bref. ». Selon l'article 5 paragraphe 2, alinéa 2, du même règlement, « (...) deux ou plusieurs opérations au sens du premier alinéa qui ont eu lieu au cours d'une période de deux années entre les mêmes personnes ou entreprises sont à considérer comme une seule concentration intervenant à la date de la dernière opération ».

<sup>1905</sup> Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises.

<sup>1906</sup> 15 U.S.C. §.18, 15 U.S.C. §.18a.

<sup>1907</sup> « *no person shall acquire, directly or indirectly, any voting securities or assets (...)* ». Voir, 16 C.F.R. §801.1., a), 1). Disponible en ligne : <https://ecfr.federalregister.gov/current/title-16/chapter-I/subchapter-H/part-801> (26/03/2021).

(UPE ci-après) et l'entité économique faisant l'objet de la transaction. La détermination de l'« *acquiring person* » est particulièrement importante pour définir la taille de la transaction et la taille des personnes, nécessaires aux tests de seuils et donc aux formalités de prénotification. Ainsi, en vertu du titre 16 du CFR, partie 801.1 (b) :

*The term control (as used in the terms control(s), controlling, controlled by and under common control with) means:*

*(1) Either.*

*(i) Holding 50 percent or more of the outstanding voting securities of an issuer or*

*(ii) In the case of an unincorporated entity, having the right to 50 percent or more of the profits of the entity, or having the right in the event of dissolution to 50 percent or more of the assets of the entity; or*

*(2) Having the contractual power presently to designate 50 percent or more of the directors of a for-profit or not-for-profit corporation, or 50 percent or more of the trustees in the case of trusts that are irrevocable and/or in which the settlor does not retain a reversionary interest<sup>1908</sup>.*

On le voit, l'approche américaine est quantitative et se rapporte d'abord à la détermination de la taille de la transaction, puis éventuellement dans certaines conditions, à la taille des personnes parties à la transaction. Au contraire, la notion européenne de contrôle qui intervient pour qualifier l'existence d'une concentration, est qualitative et permet de circonscrire le champ d'application du Règlement 139-2004 aux opérations provoquant une modification durable de la structure du marché.

**Sur le moment de l'acquisition.** En principe les acquisitions de droits de vote subséquents au sein d'une même entreprise doivent s'agrèger et doivent être regardées comme une seule et même opération en valeur<sup>1909</sup>, sauf si la première opération a fait l'objet d'une notification et n'a pas soulevé de questions de concurrence. Il en va de même si la société détenant

---

<sup>1908</sup> 16 CFR 801.1(b), [https://ecfr.federalregister.gov/current/title-16/chapter-I/subchapter-H/part-801#p-801.1\(b\)](https://ecfr.federalregister.gov/current/title-16/chapter-I/subchapter-H/part-801#p-801.1(b)).

<sup>1909</sup> 16 CFR 801.13(a). Sauf à ce que l'opération originelle ait été exemptée en vertu de la Section 7A(C) du Clayton Act et du paragraphe 802.21 du CFR, ou qu'elle n'ait pas atteint le seuil de notification.

des droits de vote désire acquérir des actifs de la société qu'elle détient ou des intérêts incorporels. Leurs valeurs devront être agrégées à celles déjà détenues.

Le droit américain distingue dans son approche les détenteurs d'actifs souhaitant acquérir des titres et droits de vote. Dans ce cas de figure, l'opération subséquente n'aura pas à faire l'objet en principe d'une agrégation<sup>1910</sup>. Cependant, si l'opération porte sur l'achat de nouveaux actifs, l'acquéreur devra alors agréger la valeur de ce qu'il possède déjà à ce qu'il détiendra, si la nouvelle transaction intervient dans les 180 jours<sup>1911</sup>.

### c. Les exceptions et exemptions

**Dans l'Union européenne.** L'article 3 paragraphe 5 du Règlement 139-2004, décrit trois cas échappant à la qualification de concentration. Est ainsi exclu du contrôle des concentrations le contrôle qui découle des activités normales des institutions financières ou sociétés d'assurance, leur activité économique consistant à la revente de ces valeurs mobilières. Le contrôle étant passif, aucune décision stratégique ne peut résulter en principe de telles opérations<sup>1912</sup>. Ensuite, les acquisitions réalisées par mandat d'une autorité publique en raison de la liquidation, de la faillite, insolvabilité ou cessation de paiement, au concordat et assimilés sont exemptés de notification<sup>1913</sup>. Enfin, le Règlement prévoit pour les établissements financiers, les acquisitions de contrôle ne sont pas qualifiées de concentrations à la condition qu'ils ne participent pas à l'exercice des droits sociaux comme la nomination des organes de direction et de surveillance ou toutes décisions stratégiques pouvant influencer le comportement concurrentiel de l'entreprise<sup>1914</sup>.

**Aux États-Unis.** Les concentrations atteignant les seuils prescrits au Titre 15 U.S.C 18a sont exemptées de notification s'ils entrent dans une des catégories prévues par la règle 802 du CFR. À titre liminaire, les acquisitions faites au cours du déroulement normal des affaires, les investissements passifs de moins de 10 %<sup>1915</sup>, les investissements de 15 % ou moins d'investisseurs institutionnels auprès de certains émetteurs<sup>1916</sup>, les acquisitions d'actifs ou

---

<sup>1910</sup> 16 CFR 801.13(b). Voir, [https://ecfr.federalregister.gov/current/title-16/chapter-I/subchapter-H/part-801/section-801.13#p-801.13\(b\)](https://ecfr.federalregister.gov/current/title-16/chapter-I/subchapter-H/part-801/section-801.13#p-801.13(b)).

<sup>1911</sup> 16 CFR 801.13(b). Voir, [https://ecfr.federalregister.gov/current/title-16/chapter-I/subchapter-H/part-801/section-801.13#p-801.13\(b\)](https://ecfr.federalregister.gov/current/title-16/chapter-I/subchapter-H/part-801/section-801.13#p-801.13(b)).

<sup>1912</sup> Article 3 (5) al.'a' du Règlement 139-2004.

<sup>1913</sup> Article 3 (5) al.'b' du Règlement 139-2004.

<sup>1914</sup> Article 3 (5) al.'c' du Règlement 139-2004.

<sup>1915</sup> 16 CFR 802.9

<sup>1916</sup> 16 CFR 802.64

d'actions étrangers par des Américains ou des personnes étrangères<sup>1917</sup>, les acquisitions d'action sans droit de vote convertible<sup>1918</sup>, certaines acquisitions immobilières<sup>1919</sup>, les acquisitions de titres avec droit de vote d'émetteurs ou de participations au sein d'une personne sans personnalité morale détenant des actifs exemptés<sup>1920</sup>. La *Federal Register Code* liste ainsi 80 exceptions détaillées et illustrées par des exemples<sup>1921</sup>.

## B. Les seuils de déclenchement du contrôle ex ante

Les États-Unis et l'Union européenne sont des formes d'organisation supraétatique, leurs compétences sont partagées entre deux niveaux d'ordre juridique. Les États membres de l'Union européenne possèdent, pour la plupart<sup>1922</sup>, un système de contrôle *ex ante* des concentrations économiques qu'ils mettent en œuvre en lien avec la Commission, selon des règles prédéfinies<sup>1923</sup>. De même, les états fédérés américains sous la férule des *states Attorney generals* possèdent des législations sur les *mergers*, parfois plus sévères et antérieures à la réglementation fédérale<sup>1924</sup>.

La détermination des seuils de déclenchement du contrôle *a priori* constitue le critère de répartition de compétence entre chacun des deux ordres. Ils permettent d'un point de vue pratique une meilleure distribution de la dépense publique, en écartant les opérations qui ont peu de risque de se révéler dangereuses pour la concurrence du point de vue des marchés considérés. Plus spécifiquement les seuils permettent de minimiser les erreurs de type I et de type II<sup>1925</sup> et d'établir un équilibre entre les coûts de la procédure générée pour toutes les par-

<sup>1917</sup> 16 CFR 802.50 et 16 CFR 802.51

<sup>1918</sup> 16 CFR 802.31, la notification deviendra toutefois obligatoire au moment de la conversion.

<sup>1919</sup> 16 CFR 802.2

<sup>1920</sup> 16 CFR 802.4

<sup>1921</sup> Voir, la liste de la règle 802 : <https://ecfr.federalregister.gov/current/title-16/chapter-I/subchapter-H/part-802?toc=1>

<sup>1922</sup> Seul le Luxembourg, ne possède à ce jour, de contrôle *a priori* des concentrations. Un projet de loi introduisant un régime de contrôle des fusions et acquisitions entre entreprise a été présenté par le ministre de l'économie Franz Payot, le 18 juillet 2023. Voir, [https://gouvernement.lu/fr/actualites/toutes\\_actualites/communiqués/2023/07-juillet/18-fayot-presentation-contrôle-concentrations.html](https://gouvernement.lu/fr/actualites/toutes_actualites/communiqués/2023/07-juillet/18-fayot-presentation-contrôle-concentrations.html).

<sup>1923</sup> Exposées plus largement dans la Section 2 du présent chapitre.

<sup>1924</sup> Selon certains auteurs, vingt-et-un États auraient possédé leur propre droit antitrust avant 1890, d'autres en décomptent vingt-six. Cf. AMC, Report and Recommendation, p. 205.

<sup>1925</sup> Une erreur de type I correspond au contrôle de transactions qui ne présentent pas de risque pour la concurrence. Les erreurs de type II, sont celles qui échappent au contrôle des autorités de concurrence. Voir, International Competition Network, *Setting Notification Threshold for Merger Review*, Report to the ICN Annual Conference, Kyoto, Japan, Avril, 2008. Disponible en ligne :

ties et l'efficacité de l'action publique en matière de concurrence<sup>1926</sup>. Ainsi, la concentration doit posséder une dimension européenne dans l'UE et une dimension fédérale pour que les mécanismes de contrôle s'enclenchent respectivement dans chacun des systèmes. Nous réservons l'exposition détaillée des conditions de zones géographiques à des développements ultérieurs, pour nous intéresser plus particulièrement à leur nature.

Qu'est-ce qu'un « bon » seuil ? L'approche entre les deux grands systèmes est sur ce plan catégoriquement opposée. L'Union européenne a choisi de définir une base fondée sur le chiffre d'affaires des entreprises parties à l'opération (1), alors que les États-Unis établissent une obligation de notification sur la taille de la transaction, cumulée dans certaines conditions à un critère de tailles des entreprises (2).

### *1. Le critère de seuil européen fondé sur le chiffre d'affaires*

L'Union européenne a entrepris une grande consultation<sup>1927</sup> sur la *logique* et la nature de ses seuils à la suite de la publication de son livre blanc publié en 2014 « *Towards More Effective EU Merger Control* »<sup>1928</sup>. Les débats se sont par la suite concentrés sur les divers aspects du fonctionnement du contrôle des concentrations en matière de compétence et de procédure, dont les conclusions ont été publiées le 26 mars 2021<sup>1929</sup>. Fondés depuis leur création exclusivement sur le chiffre d'affaires<sup>1930</sup>, il apparaît que cette modalité n'a pas été impo-

---

<sup>1926</sup> G. ROBERTS, *Merger Control Procedure and Enforcement : An International Comparison*, *European Competition Journal*, N° 10, 2014, 523 et s.

<sup>1927</sup> Voir sur le site de la Commission européenne, « Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control ». Cette consultation a été effectuée du 07/10/2016 au 13/01/2017 ([https://ec.europa.eu/competition/consultations/2016\\_merger\\_control/index\\_en.html](https://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/index_en.html)), les résultats ont montré que pour les parties prenantes (entreprises, associations, cabinets d'avocats ou économistes) il n'existait pas de faiblesse majeure au sein des critères de notification européens.

<sup>1928</sup> En français, « Vers un contrôle plus efficace du contrôle des concentrations dans l'UE », Livre blanc, 09/07/2014, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1406814408042&uri=CELEX:52014DC0449>.

<sup>1929</sup> Commission européenne, Commission staff working document evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control, Brussels, 26/03/2021, disponible en ligne : [https://ec.europa.eu/competition/consultations/2021\\_merger\\_control/SWD\\_findings\\_of\\_evaluation.pdf](https://ec.europa.eu/competition/consultations/2021_merger_control/SWD_findings_of_evaluation.pdf)

<sup>1930</sup> Le livre vert sur la révision du Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, publié le 11 décembre 2001, montre en particulier la difficulté pour la Commission à trouver l'équilibre dans la fixation des montants des seuils, pour éviter à la fois les cas de notifications multiples si les chiffres sont trop élevés et la captation de concentrations non significatives pour la Communauté européenne, si les seuils fixés sont trop bas. Cf. Commission européenne, *Livre vert sur la révision du Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil*, publié le 11 décembre 2001, pp. 11-32, disponible en ligne :

sée en soi pour capter les concentrations de dimension communautaire<sup>1931</sup>, mais a été pensée selon la Commission, comme l'instrument le plus adéquat pour mesurer « l'effet probable » des concentrations sur la concurrence<sup>1932</sup>. Le critère du chiffre d'affaires est perçu comme objectif, capable de mesurer l'impact probable d'une opération sur le marché et simple à évaluer pour les parties<sup>1933</sup>. Il est le critère le plus répandu parmi les systèmes de contrôle de concentrations des États de l'OCDE<sup>1934</sup>.

Aux termes de l'article 1<sup>er</sup> sur le Règlement sur les concentrations, il existe deux manières de calculer le seuil de chiffre d'affaires d'une opération de dimension européenne, l'une est exposée au paragraphe 2, de l'article 1 du Règlement de 2004, l'autre au paragraphe 3. Dans la première série de seuils, il doit être pris en compte cumulativement :

*le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 5 milliards d'euros,*  
*et*

*le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 250 millions d'euros,*

*à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même État membre.*

Ainsi, le rattachement local, qui écarte les éventuelles critiques d'application extraterritoriale, s'effectue dans ce b) en requérant qu'au sein du chiffre d'affaires mondial, chaque entreprise réalise au moins 250 millions d'euros dans l'Union européenne. Le Règlement

---

<sup>1931</sup> Commission européenne, Livre vert sur les seuils rédigé en prévision de la « révision 2000 » du règlement communautaire, p.14. Pour un avis contraire, cf., D. BERLIN, *Contrôle des concentrations*, Edition des Universités de Bruxelles, 3<sup>e</sup> Ed. 2009, p. 127

<sup>1932</sup> Les seuils fondés sur le chiffre d'affaires peuvent produire, toutefois, des effets différenciés selon le secteur d'activités. Voir, Commission européenne, Livre vert sur les seuils rédigé en prévision de la « révision 2000 » du règlement communautaire, p.14.

<sup>1933</sup> Dans l'Union européenne, le chiffre d'affaire regroupe « les montants résultant dans la vente de produits et de la prestation de service »

<sup>1934</sup> 76% des pays de l'OCDE possédant un contrôle des concentrations possèdent des seuils de notification uniquement centrés sur le chiffre d'affaires. Voir, OCDE (Direction des affaires financières et des entreprises, comité concurrence), Rattachement local et seuils de compétence dans le contrôle des fusions, Note de référence du Secrétariat, 14-15 juin 2016, disponible en ligne : ; voir aussi, É. COMBE, *Économie et politique de la concurrence*, Éd., Dalloz, Col. Précis, 2<sup>e</sup> Ed., 2020, p.389. Le professeur Louis Vogel, avance que le seuil fondé sur le chiffre d'affaires permet de plus, d'éviter les débats sur la définition du marché pertinent qui peut apparaître dans les systèmes utilisant les parts de marchés. L. VOGEL, *Contrôle européen des concentrations*, Lawlex/Brylant, 2<sup>e</sup> Ed., 2020, p. 47.



exige en outre que plus des 2/3 de ce chiffre d'affaires ne soient pas obtenus dans un seul État membre<sup>1935</sup>.

Une série de seuils alternatifs inscrits au paragraphe 3<sup>1936</sup> requiert cumulativement pour qualifier une concentration de dimension européenne que :

- a) le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 2,5 milliards d'euros ;*
- b) dans chacun d'au moins trois États membres, le chiffre d'affaires total réalisé par toutes les entreprises concernées est supérieur à 100 millions d'euros ;*
- c) dans chacun d'au moins trois États membres inclus aux fins du point b), le chiffre d'affaires total réalisé individuellement par au moins deux des entreprises concernées est supérieur à 25 millions d'euros, et*
- d) le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 100 millions d'euros. À moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même État membre.*

Il est admis en effet, que les montants recueillis dans le chiffre d'affaires laissent apparaître le poids économique réel des entités parties à la concentration et constituent de là, le meilleur indicateur pour représenter les entreprises sur la structure du marché<sup>1937</sup>. Un tel critère quantitatif pourrait pourtant écarter de son contrôle les entreprises ne possédant pas encore de chiffres d'affaires conséquents, mais très valorisés d'un point de vue financier en rai-

---

<sup>1935</sup> Il suffit qu'une seule entreprise au sein des parties à la concentration remplisse cette condition négative pour que le Règlement sur les concentrations s'applique. Voir, la décision de rejet pour absence de dimension communautaire, pour chiffre d'affaire de plus de 2/3 dans un seul État membre. Décision Comm., M.3986, du 15 novembre 2005, Gas Natural/ Endesa.

<sup>1936</sup> Ces seuils alternatifs ont été ajoutés dans un règlement du 30 juin 1997 afin d'éviter une modification formelle des seuils, et prendre en compte les nombreux élargissements du marché unique. Lorsque le Règlement sur les concentrations 4064/89 est entré en vigueur, la Communauté économique européenne comprenait 12 membres (Allemagne, la Belgique, la France, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Danemark, l'Irlande, le Royaume-Uni, la Grèce, l'Espagne, le Portugal). En 1997, l'Autriche, la Finlande et la Suède se sont jointes aux onze États membres. L'adjonction de seuils alternatifs moins élevés permettait d'éviter les critiques des États membres peu enclins à accepter un amenuisement de leurs compétences.

<sup>1937</sup> OCDE (Direction des affaires financières et des entreprises, comité concurrence), Rattachement local et seuils de compétence dans le contrôle des fusions, Note de référence du Secrétariat, 14-15 juin 2016, p. 11-12.

son de leurs perspectives de croissances<sup>1938</sup>. Or, ces entreprises très innovantes sont susceptibles d'avoir un impact sur la structure du marché<sup>1939</sup>. Ce questionnement<sup>1940</sup> a conduit en 2015 la Commission européenne à débiter une évaluation de son cadre juridique de notifications, afin de prendre en compte les évolutions de certains secteurs tels que l'économie numérique ou l'industrie pharmaceutique, où les entreprises n'apparaissent pas concurrentes au moment de l'acquisition et dont les tailles sont encore de faibles ampleurs<sup>1941</sup>. L'opération entre WhatsApp par Facebook pour 19 milliards de dollars a été notifiée à la Commission européenne le 29 août 2014, sans atteindre pourtant les seuils européens de l'article 1, para-

---

<sup>1938</sup> Selon le rapport dirigé par le professeur Jason Furman, les cinq plus grandes entreprises technologiques ont acquis en dix ans 400 sociétés, possédant toutes bien en deçà du chiffre d'affaires requis pour une notification d'envergure européenne. Voir: J. FURMAN (sous la direction de), *Unlocking digital competition*, Report of the DigitalExpert Panel, Mars 2019, p. 12, disponible en ligne : [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/785547/unlocking\\_digital\\_competition\\_furman\\_review\\_web.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf).

<sup>1939</sup> J. BAKER, *The Antitrust Paradigm : Restoring a Competitive Economy*, Harvard University Press, 2019, p. 160 et s.

<sup>1940</sup>Le contrôle par la Commission de Whatsapp par Facebook en 2014 et plusieurs rapports ont contribué à l'intérêt de la Commission sur un renouvellement du cadre juridique européen de notification. La Direction générale des politiques internes de l'Union, sise au sein du Parlement européen et responsable de l'organisation des travaux en commissions du Parlement sur les questions de politique internes, a publié une étude le 15 juillet 2015 intitulé « *Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy* », qui met en exergue les caractéristiques spécifiques du secteur du numérique et la difficulté de saisir les stratégies anticoncurrentielles en œuvre dans l'économie numérique, et notamment par la pratique des concentrations dites « préventives » ou « défensives » qui permettent l'éviction du marché des entreprises concurrentes aux potentiels les plus menaçants. Voir, p. 59 et s., disponible en ligne : [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/542235/IPOL\\_STU\(2015\)542235\\_FR.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/542235/IPOL_STU(2015)542235_FR.pdf) ; La Monopolkommission, qui est un conseil d'experts indépendants auprès du gouvernement fédéral allemand avait publié un mois auparavant un rapport spécial sur la structure des marchés numériques, appelant une évolution de la législation allemande pour s'adapter à ces nouveaux phénomènes. Voir, aussi, E. ARGENTESI, P. BUCCIROSSI, E. CALVANO, T. DUSO, A. MARRAZZO, S. NAVA (Lear), *Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets*, Final Report for the Competition and Markets, United Kingdom, 9 mai 2019, disponible en ligne : [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/803576/CMA\\_past\\_digital\\_mergers\\_GOV.UK\\_version.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/803576/CMA_past_digital_mergers_GOV.UK_version.pdf) ; J. CRÉMER, Y-A de MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition policy for the digital era*, Rapport pour la Direction générale de la concurrence de la Commission européenne, 2019, disponible en ligne : <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>. Remarquons, que l'intérêt pour cette problématique est apparu notablement plus tardivement aux États-Unis, lors de la publication des économistes Colleen Cunningham, Florian Ederer et Song Ma, de l'article « Killer Acquisitions » traitant de l'industrie pharmaceutique et biotechnologique, le 12 septembre 2018, provoquant un retentissement majeur dans la doctrine Voir. Version révisée au 28 octobre 2020, disponible en ligne : <https://economics.sas.upenn.edu/system/files/2019-07/SSRN-id3241707.pdf> ; Sur cette question, E. M. FOX, *Platforms, Power, and the Antitrust Challenge: A Modest Proposal to Narrow the U.S.-Europe Divide*, *Nebraska Law Review*, Vol. 98, 2019, p. 299.

<sup>1941</sup>Le paquet sur le politique des concentrations a débuté par une phase d'évaluation, l'« Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of UE merger Control », lancée en 2016 afin d'examiner la pertinence des seuils de notification et l'efficacité de la procédure de simplification de la notification de 2013. L'évaluation a été accompagnée d'une consultation publique du 07/10/2016 au 13/01/2017. Les résultats de cette évaluation ont été publiés dans un document de travail, « Commission staff working document evaluation of procedural and jurisdictional aspects of UE merger control », 26/03/2021, disponible en ligne à l'adresse suivante : [https://ec.europa.eu/competition/consultations/2021\\_merger\\_control/SWD\\_findings\\_of\\_evaluation.pdf](https://ec.europa.eu/competition/consultations/2021_merger_control/SWD_findings_of_evaluation.pdf).

graphes 2 et 3<sup>1942</sup>. De même lors de son acquisition par Facebook en 2012, Instagram ne générerait pas encore de chiffre d'affaires après deux ans d'existence<sup>1943</sup>, il résulte aujourd'hui de ces deux acquisitions la constatation d'une perte certaine de protection de la vie privée et d'innovation pour le consommateur<sup>1944</sup>.

Dans son document de travail publié le 26 mars 2021<sup>1945</sup>, qui présente les résultats obtenus à l'issue des consultations et des études effectuées sur la question des seuils depuis 2016, le service de recherche de la Commission a procédé à l'évaluation des transactions de valeurs de plus d'un milliard d'euros passées au cours de la période de 2015 à 2019, qui ont pu échapper au contrôle des concentrations européen en raison de ses seuils. S'appuyant sur la base donnée de Bloomberg qui catalogue les transactions du monde entier, la Commission a dénombré sur les 744 transactions de plus d'un milliard dont 191 auraient pu entrer, selon son analyse, dans la compétence géographique de l'UE ou constituer une concentration transfrontalière. Il ressort que 12 % de ces transactions portaient sur des activités similaires ou possédant des liens commerciaux avec les entreprises acquises et auraient donc pu faire l'objet d'un examen *a priori* de la Commission<sup>1946</sup>.

La Commission s'est aussi intéressée au rapport existant entre le chiffre d'affaires de la cible et la valeur de la transaction, afin de matérialiser quantitativement les acquisitions qui échappent aux seuils de notification européens. Ont été considérées les transactions dont le ratio valeur/chiffre d'affaires était supérieur à 10 ou 5<sup>1947</sup>. L'étude a montré que de 2015 à

---

<sup>1942</sup> La concentration a été contrôlée sur requête des parties sur le fondement de l'article 4 paragraphe 5 du Règlement 189/2004 : l'acquisition était notifiable dans au moins trois États membres. La transaction a été autorisée en phase I sans condition. Voir. M.7217 – *Facebook/WhatsApp*, 2014.

<sup>1943</sup> Instagram avait au contraire 2,7 millions de pertes. Voir. <https://www.businessinsider.com/instagram-finances-2012-8>. À l'inverse des concentrations dans le secteur de l'économie numérique, comme Google/DoubleClick (2008), Cisco/Tandberg (2010), LinkedIn/Microsoft (2016), Apple/Shazam (2018),

<sup>1944</sup> M. GLICK, C. RUETSCHLIN, Big Tech Acquisitions and the Potential Competition Doctrine : the Case of Facebook, *Institute for New Economic Thinking*, Working paper No. 104, Octobre 2019, p.31 ; M. S. PATEL, Merger Breakups, *Working Paper*, 15 janvier 2020, disponible en ligne : Voir aussi, l'intervention de Carles Esteva Mosso, qui relève l'importance lors de l'évaluation d'une concentration de l'impact de celle-ci l'innovation, mais constitue rarement seule la base d'une intervention C. E. MOSSO, Innovation in UE Merger Control, Remarks prepared for the 66th ABA Section of Antitrust Law Spring Meeting, Washington 12 avril 2018. p. 6;

<sup>1945</sup> Commission staff working document evaluation of procedural and jurisdictional aspects of UE merger control », 26/03/2021 (« Staff Working document », ci-après).

<sup>1946</sup> Les services de la DG concurrence ont déterminé que 50 % d'entre elles ont été examinées par au moins une autorité nationale de concurrence ou tout au moins, ont notifié leur concentration. Aucune n'a nécessité de mesures correctives en vertu des règles nationales. Voir. *Staff Working document*, p.31-34.

<sup>1947</sup> La Commission précise que les données relatives au chiffre d'affaires ne sont pas toutes disponibles pour les transactions supérieures à 1 milliard d'euros enregistrées dans la base de données Bloomberg. Voir. *Staff Working document*, p.32.

2018, les transactions dont le ratio est supérieur à 10 ont constitué entre 9 % et 14 % des transactions de très haute valeur, tandis que celles dont le ratio est supérieur à 5 ont représenté entre 23 % et 28 % de ces transactions<sup>1948</sup>.

Parmi les entreprises cibles dont la valeur dépassait leur chiffre d'affaires par un multiple de dix, 45 pouvaient constituer des concentrations présentant un lien avec le marché européen et une dimension transfrontalière. Selon la Commission, environ 60 % de ces opérations (27 opérations au total) ont été considérées comme des cas qui auraient potentiellement mérité un examen au titre du règlement de l'UE sur les concentrations<sup>1949</sup>. Parmi les entreprises cibles dont la valeur dépassait leur chiffre d'affaires par un multiple de cinq, 90 opérations auraient pu se qualifier comme concentrations de dimension européenne ; sur ce nombre, 46 affaires auraient fait l'objet d'un examen<sup>1950</sup>.

Si l'expérience de simulation *ex post* menée par la Commission européenne a montré qu'il peut exister, une frange de transactions qui échappe au contrôle européen tel que le Règlement 189/2004 le prévoit, celle-ci ne semble pas suffisamment significative pour engager des réformes sur la nature de ces seuils et les coûts institutionnels et administratifs qu'ils engendreraient. La Commission dans son *Working Paper* relève que les concentrations nécessitant un examen peuvent avoir un prix fixé en dessous du seuil de valeur déterminée. Il n'existe de plus, pas de corrélation scientifique entre le montant d'une transaction et son impact sur la concurrence. Si la création d'un seuil complémentaire fondé sur la valeur de la transaction a été envisagée, la Commission a favorisé un canal existant non pleinement exploité, prévu à l'article 22 du Règlement sur les concentrations, qui permet aux États membres de renvoyer une affaire au contrôle de la Commission<sup>1951</sup>. Si l'Allemagne et l'Autriche ont procédé à des modifications récentes de la nature de leurs seuils, ajoutant aux seuils fondés sur le chiffre d'affaires, des seuils sur la valeur de la transaction<sup>1952</sup>, l'Union européenne

---

<sup>1948</sup> Voir. Staff Working document, p.32.

<sup>1949</sup> Sur l'ensemble de la période, les transactions dans le secteur pharmaceutique/biotechnologique ont représenté la plus grande part (environ 33 %) des transactions pertinentes et des transactions susceptibles de mériter un examen (37 %). Les transactions dans le secteur numérique (comprenant la publicité, l'internet, les logiciels, les médias) représentaient 10 des 27 transactions, et 7 ont été classées comme des cas qui auraient pu potentiellement mériter un examen. Voir. Staff Working document, p.34.

<sup>1950</sup> 21 transactions ont été considérées comme pertinentes par la Commission, tant dans le secteur pharmaceutique ou biotechnologique que dans le secteur numérique. Dans le secteur pharmaceutique 12 transactions auraient mérité un examen, 11 dans le secteur numérique. Voir. Staff Working document, p. 34.

<sup>1951</sup> Voir *infra*.

<sup>1952</sup> Sec. 35(1a) GWB (Allemagne) et Sec. 9(4) KartG (Autriche). Voir, Bundeskartellamt / Bundeswettbewerbsbehörde, *Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-merger Notification*

semble tenir au maintien de ses règles actuelles, bénéficiant de l'application des régimes nationaux de concentrations qui permet d'opérer un maillage plus serré des concentrations n'atteignant pas un chiffre d'affaires de dimension européenne<sup>1953</sup>.

## ***2. Les critères de seuils américains : taille de la transaction et taille des personnes***

La première condition d'application du HSR Act est l'engagement commercial d'au moins une entreprise sur le marché américain ou dans toutes activités qui affecteraient le commerce américain<sup>1954</sup>. Si cette condition de territorialité est satisfaite, la notification d'une concentration suit un système de seuils principalement construit sur la taille de la transaction, appelée « *size-of-transaction test* » et dans certaines conditions à un seuil complémentaire reposant sur la taille des personnes parties à l'opération, le « *size-of-person test* ».

La FTC publie chaque année en principe au mois de janvier<sup>1955</sup> le montant des seuils revalorisés au regard du Produit National Brut (PNB ci-après) de l'année précédente<sup>1956</sup>, Le titre 15 U.S.C. 18a dispose ainsi :

*Except as exempted pursuant to subsection (c), no person shall acquire, directly or indirectly, any voting securities or assets of any other person, unless both persons (or in the case of a tender offer, the acquiring person) file noti-*

---

(Section 35 (1a) GWB and Section 9 (4) KartG), July 2018, disponible en ligne : [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Leitfaden/Leitfaden\\_Transaktionsschwelle.pdf?blob=publicationFile&v=2](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Leitfaden/Leitfaden_Transaktionsschwelle.pdf?blob=publicationFile&v=2).

<sup>1953</sup> À la demande la présidente de la Commission Ursula Van der Leyen, une proposition de règlement sur le thème « Marché unique – Nouvel outil complémentaire visant à renforcer l'application des règles de la concurrence » est toutefois à l'étude, dans le but de « *combler les lacunes dans les règles actuelles de l'UE, identifiées sur la base de l'expérience acquise par la Commission dans la mise en œuvre des règles de concurrence de l'Union dans les marchés numériques et d'autres marchés* ». Ce dispositif particulier viendrait compléter les articles 101 et 102 du TFUE, pour parer à certains problèmes structurels de concurrence regroupés en deux catégories principales : les risques structurels pour la concurrence et l'absence structurelle de concurrence - selon que le préjudice est sur le point d'affecter ou a déjà affecté le marché. Cette réglementation serait attachée à un projet de régulation *ex ante* des « *gatekeepers* » (contrôleurs d'accès) afin de contraindre les plateformes qui tiennent ce rôle à plus de transparence et permettre l'arrivée de nouveaux entrants. Voir, Commission européenne, *Marché unique – nouvel outil complémentaire visant à renforcer l'application des règles de concurrence*, feuille de route consultable sur le site europa : [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-Marche-unique-nouvel-outil-complementaire-visant-a-renforcer-l%E2%80%99application-des-regles-de-concurrence\\_fr](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-Marche-unique-nouvel-outil-complementaire-visant-a-renforcer-l%E2%80%99application-des-regles-de-concurrence_fr).

<sup>1954</sup> 15 U.S.C. § 18a. L'engagement dans le commerce ou d'une activité affectant le commerce américain fonde l'application territoriale du HSR Act.

<sup>1955</sup> Les seuils publiés au sein du *Federal Register* entrent en vigueur à la date indiquée de journal officiel.

<sup>1956</sup> 15 U.S.C. § 18a (a)(2), <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title15-section18a&num=0&edition=prelim>

*fication pursuant to rules under subsection (d)(1) and the waiting period described in subsection (b)(1) has expired, if-*

*(1) the acquiring person, or the person whose voting securities or assets are being acquired, is engaged in commerce or in any activity affecting commerce; and*

*(2) as a result of such acquisition, the acquiring person would hold an aggregate total amount of the voting securities and assets of the acquired person-*

*(A) in excess of \$200,000,000 (as adjusted and published (. . .)); or*

*(B)(i) in excess of \$50,000,000 (as so adjusted and published) but not in excess of \$200,000,000 (as so adjusted and published); and*

*(ii)(I) any voting securities or assets of a person engaged in manufacturing which has annual net sales or total assets of \$10,000,000 (as so adjusted and published) or more are being acquired by any person which has total assets or annual net sales of \$100,000,000 (as so adjusted and published) or more;*

*(II) any voting securities or assets of a person not engaged in manufacturing which has total assets of \$10,000,000 (as so adjusted and published) or more are being acquired by any person which has total assets or annual net sales of \$100,000,000 (as so adjusted and published) or more; or*

*(III) any voting securities or assets of a person with annual net sales or total assets of \$100,000,000 (as so adjusted and published) or more are being acquired by any person with total assets or annual net sales of \$10,000,000 (as so adjusted and published) or more<sup>1957</sup>.*

*In the case of a tender offer, the person whose voting securities are sought to be acquired by a person required to file notification under this subsection shall file notification pursuant to rules under subsection (d).*

Au 23 janvier 2023, la taille de la transaction ajustée citée au Titre 15 U.S.C 18a (2) (A) est de 111,4 millions de dollars<sup>1958</sup>. Le calcul de ce seuil de transaction nécessite un examen attentif par les parties de ce qui est effectivement acquis, la taille de la transaction ne se rap-

---

<sup>1957</sup> <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title15-section18a&num=0&edition=prelim>

<sup>1958</sup> Revised Jurisdictional Thresholds for Section 7A of the Clayton Act, 87 FR 3541, 24 janvier 2023, [http://efaidnbmnnnibpcajpcgleclfindmkaj/https://www.ftc.gov/system/files/ftc\\_gov/pdf/p859910sec7anewhsrthresholds2023.pdf](http://efaidnbmnnnibpcajpcgleclfindmkaj/https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/p859910sec7anewhsrthresholds2023.pdf)

portant pas nécessairement au prix d'achat, mais à la valeur des éléments transférés, c'est-à-dire à tous les *voting securities*<sup>1959</sup>, *assets*<sup>1960</sup> et *non-corporate interests*<sup>1961</sup> qui seront détenus *in fine* par l'acquéreur, auquel doit être additionnés éventuellement les éléments déjà possédés par lui dans la société ou au sein du groupe de sociétés<sup>1962</sup>.

L'évaluation des éléments obéit à des règles particulières<sup>1963</sup>. Le calcul de la valeur des titres dépend de leur nature et est calculé séparément. Dans le cas d'une concentration où l'acquisition porte sur des titres cotés en bourse, deux prix sont à prendre en compte : le prix

---

<sup>1959</sup> Le terme « *voting securities* » désigne « *any securities which at present or upon conversion entitle the owner or holder thereof to vote for the election of directors of the issuer, or of an entity included within the same person as the issuer* ». *United States v. Celanese Corp. Of America*, 91 F. Supp. 14 (S.D.N.Y. 1950). Ainsi, seuls les titres avec droit de vote pour nommer les membres de l'exécutif de la société. Les titres sans droit de vote ou convertibles ne sont pas pris en compte (la notification au l'autorité de concurrence fédérale devra intervenir au moment de la conversion des titres).

<sup>1960</sup> Selon la jurisprudence « *depending upon the factual context 'asset' may mean anything of value* » (*Voir. United States v. Columbia Pictures Corp.*, 189 F. Supp. 153, 182 (S.D.N.Y. 1960)). Ainsi, les biens de propriété intellectuelle constituent des actifs : brevets (*SCM Corp. v. Xerox Corp.*, 645 F.2d 1195, 1205 (2d Circ. 1981), marques (*United States v. Beatrice Foods Co.*, 344 F. Supp. 104, 114 (D. Minn. 1972)). Cit., ABA, *Mergers Acquisitions. Understanding the Antitrust Issues*, 4th Ed., 2015, p. 314. La FTC a donné une interprétation de ce qui est entendu par « *asset* » : « *Assets can actually be just about anything, but not cash. Cash doesn't count as an asset. But it can be hard assets or intangible assets, in that acquisitions of exclusive licenses to intellectual property are potentially reportable. Acquisitions of non-stock corporations are also considered to be acquisitions of all of the assets of that corporation* ». Voir, K. BERG, HSR : Back to Basics Workshop, October 23, 2008, FTC Conference Center, Edited Transcript, 2008, disponible en ligne à l'adresse suivante : <https://www.ftc.gov/news-events/events-calendar/2008/10/hart-scott-rodino-premerger-notification-program-back-basics>.

<sup>1961</sup> Un « *non corporate interest* » est selon 16 CFR 801.1(f)(1)(ii) « *an interest in any unincorporated entity which gives the holder the right to any profits of the entity or in the event of dissolution of that entity the right to any of its assets after payment of its debts. These unincorporated entities include, but are not limited to, general partnerships, limited partnerships, limited liability partnerships, limited liability companies, cooperatives and business trusts; but these unincorporated entities do not include trusts that are irrevocable and/or in which the settlor does not retain a reversionary interest and any interest in such a trust is not a non-corporate interest as defined by this rule* ». Seules les acquisitions où des « *non corporate interest* » confèrent un contrôle sont notifiables (rappelons que dans les sociétés sans personnalité morale, le contrôle s'acquiert à partir de la détention de 50% des profits ou en cas de dissolution de 50% et plus des actifs. Voir, 16 CFR 801.1(b)). Voir aussi, FTC, *When to aggregate under the HSR Act*, <https://www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program/hsr-resources/when-aggregate-under-hsr-act>.

<sup>1962</sup> Les règles d'agrégations sont particulièrement complexes, elles varient selon qu'il s'agit d'actifs, de titres avec droits de vote ou de participations acquises antérieurement. L'agrégation oblige à additionner tous les éléments déjà détenus dans diverses filiales de la même société mère. Voir, 16 C.F.R., 801.12, 13 et 14. <https://ecfr.federalregister.gov/on/2021-04-06/title-16/chapter-I/subchapter-H/part-801/section-801.13>.

Certaines règles d'agrégation dépendent de l'ordre des transactions. La FTC considère que l'acquisition d'un pourcentage non contrôlant de titres avec droits de vote acheté dans le cadre d'une transaction non déclarable, devra être combiné à une acquisition subséquente d'actifs de la même société. Leur valeur combinée devra être incluse pour déterminer si le critère de la taille de la transaction est respecté. En revanche, si l'achat d'actifs précède l'acquisition de titres avec droit de vote, la valeur des actifs ne sera pas comprise dans le calcul du seuil. Pour la FTC, après leur vente, les actifs ne permettent pas d'influer sur les affaires de la cible. Voir, le commentaire de la FTC, sur ce point : 43 Fed. Reg. 33478-9 (1978).

Le C.F.R à la règle 16 C.F.R 801.15, énumère certaines circonstances où il ne sera pas nécessaire de notifier une concentration précédente, simultanée ou subséquente, et qui ne sera pas incluse dans les calculs de seuils. <https://ecfr.federalregister.gov/on/2021-04-06/title-16/chapter-I/subchapter-H/part-801/section-801.15>

<sup>1963</sup> 16 CFR 801.10. : <https://ecfr.federalregister.gov/current/title-16/chapter-I/subchapter-H/part-801/section-801.10>

d'acquisition et le prix du marché<sup>1964</sup>. La plus haute valeur des deux devra être choisie. Si un prix d'acquisition n'a pas pu être déterminé, la valeur sera celle du prix du marché.

S'agissant des sociétés dont les titres ne sont pas soumis à la cotation boursière, la valeur à prendre en compte est le prix de l'acquisition. Si celui-ci n'a pas été déterminé, il s'agira d'évaluer leur « juste valeur marchande » (*fair market value*)<sup>1965</sup>, il en va de même pour les *non corporate interests*.

Lorsque l'acquisition porte sur des actifs, leur valeur est calculée au regard de « la juste valeur marchande », sauf si le prix d'acquisition est plus important. La valeur marchande doit être déterminée de bonne foi, par le conseil d'administration de l'acquéreur, ou de son représentant dans les 60 jours civils précédant le dépôt de la notification, si celle-ci est requise.

Si l'addition de la valeur des « *voting securities* » et des « *assets* » dépasse 445 millions de dollars en 2023,<sup>1966</sup> la concentration devra faire l'objet d'une notification aux autorités de concurrence. Si l'opération tombe en dessous de ce seuil, mais est supérieure à 111,4 millions de dollars en 2023<sup>1967</sup>, un second test devra être appliqué pour savoir si la concentration est notifiable : le *size-of-person test*<sup>1968</sup>.

Le test portant sur taille des personnes requiert l'identification de l'acquéreur (*acquiring person*) et de la personne acquise (*acquired person*) au cours de l'opération de concentration. Ces derniers ne se confondent pas de manière systématique avec l'acheteur et le vendeur. Il s'agit en effet d'évaluer le poids économique des parties et de tous leurs agrégats. Selon le C.F.R les *acquiring* et *acquired persons* doivent correspondre aux *ultimates parents entities*<sup>1969</sup> (UPE ci-après), c'est-à-dire aux entités qui ne sont contrôlées par aucune autre. Le « contrôle » d'une entreprise, en droit des concentrations américain, se référant à un critère

---

<sup>1964</sup> Le « prix du marché » (*market price*) pour les transactions sujettes à la règle 801.30 (visant à titre liminaire, les achats directs sur le marché, les offres publiques d'achat, les conversions d'actions, l'exercice d'options ou de warrants financiers), correspond à la plus basse cotation au cours des 45 jours calendaires précédents l'achat. Si une transaction n'entre pas dans cette catégorie, car elle se poursuit par contrat ou lettre d'intention, le prix de marché sera celui du cours le plus bas au cours de la période de 45 jours qui commence un jour avant l'exécution du contrat ou de la lettre d'intention.

<sup>1965</sup>  
<sup>1966</sup> C'est-à-dire 200 000 000 de dollars (15 U.S.C 18a (2)(A)), ajustés en 2023 à 445 500 000 de dollars. Disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/enforcement/competition-matters/2023/02/hsr-threshold-adjustments-reportability-2023>.

<sup>1967</sup> C'est-à-dire à 50 000 000 de dollars (15 U.S.C 18a (2)(B)(i)), ajustée en 2023, à 1, 1137 milliard de dollars. Disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/enforcement/competition-matters/2023/02/hsr-threshold-adjustments-reportability-2023>.

<sup>1968</sup> Pharm. Research & Mfrs of Am. v. Fed. Trade Comm'n, 44 F. Supp. 3d 95 (D.D.C. 2014).

<sup>1969</sup> 16 CFR 801.1(a)(3)



quantitatif de 50 % ou plus des actions avec droit de vote ou encore 50 % au moins du profit ou des actifs en cas de dissolution si la personne morale n'est pas organisée en société par actions<sup>1970</sup>. La détention du contrôle sous-tend le pouvoir de désigner 50 % ou plus des administrateurs, de manière directe ou indirecte. Le *Statement of Basis and Purpose* publié par la FTC précise que le droit d'augmenter la valeur de ses titres de droits de vote ou le droit de recevoir des dividendes, de participer aux pertes constitue autant d'indices d'une propriété effective (*beneficial ownership*) désignant un UPE<sup>1971</sup>.

Dès lors que les *ultimate parents entities* des parties ont été identifiées, le Titre 15 U.S.C 18 a (2) (B) i) et ii) requiert le calcul séparé des ventes annuelles<sup>1972</sup> de toutes les sociétés contrôlées par les UPE et l'addition de tous leurs actifs. Plusieurs seuils sont envisagés, à savoir que les deux parties doivent franchir ces seuils pour que le test soit satisfait :

Si l'UPE acquéreur dépasse un seuil de 227,7 millions de dollars de ventes annuelles nettes ou en actifs et l'autre de 22,3 millions de dollars d'actifs, la concentration devra être notifiée<sup>1973</sup> ; Cependant, si la personne acquise n'est pas engagée dans le secteur manufacturier<sup>1974</sup>, sa taille devra être mesurée sur le calcul de ses actifs. À moins que ses ventes annuelles dépassent le seuil de 222,7 millions de dollars en 2023<sup>1975</sup>.

---

<sup>1970</sup> *Idem*.

<sup>1971</sup> L'acquisition de titres sociaux intéresse la réglementation américaine sur les concentrations à la condition qu'ils permettent d'influer sur la politique de l'entreprise. Le sort des contrats d'options « *matched put-call* » illustre bien ce principe. Un contrat d'option permet en effet à son détenteur de vendre ou d'acheter à un prix fixe au cours d'une période prédéterminée des dérivées d'actions, jouissant ainsi de certains avantages de la propriété, sans réellement détenir les actions. Aux termes de la règle 13d-3 de la SEC, l'acquisition d'options de dérivés doit faire l'objet d'une déclaration lorsqu'elle atteint 5%, il n'en sera pas de même au regard du droit des concentrations, quand bien même, le seuil de 92 millions de dollars serait franchi. La FTC se réserve toutefois la liberté d'examiner au cas par cas, la comptabilité de ses achats d'options avec la concurrence. *Voir*. Lettre de J. SCHMIDT, directeur du bureau concurrence à la FTC, à M. R. TEITLMAN, Éditeur en chef de la revue « *Daily Deal* », en date du 29 juin 2006, disponible en ligne <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/pno-news-archive/060629deallettertoeditor.final1.pdf> ; voir aussi SBP, 43 FR 33450, 33458 (July 31, 1978). Voir aussi, *Complaint, U.S. v. Smithfield Foods, Inc.*, 332 F. Supp. 2d 55 (D.D.C. 2004).

<sup>1972</sup> Aux termes du 16 CFR 801.11(a), sont comptabilisées les ventes annuelles nettes réalisées sur le territoire national et à l'étranger. Leurs montants se trouvent sur les derniers documents comptables publiés à la SEC et sur la dernière déclaration de revenus de la personne morale. Les ventes nettes ne sont pas assimilables aux bénéfices ou au revenu net de l'entreprise. Elles désignent les recettes brutes moins les retours, les remises et les taxes. *Voir*. 16 CFR 801.11(a) ; FTC, *Informal Interpretation*, 9110003, Octobre 1991, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program/informal-interpretations/9110003>.

<sup>1973</sup> FTC, *Notice Revised Jurisdictional Thresholds*, *Federal Register*, 27 février 2023, <https://www.federalregister.gov/d/2023-01533>.

<sup>1974</sup> « *Engaged in manufacturing. A person is engaged in manufacturing if it produces and derives annual sales or revenues in excess of \$1 million from products within industries in Sectors 31-33 as coded by the North American Industry Classification System (2002 Edition) published by the Executive Office of the President, Office of Management and Budget* ». 16 CFR 801.1(j)

<sup>1975</sup> FTC, *Notice Revised Jurisdictional Thresholds*, *Federal Register*, 27 février 2023, <https://www.federalregister.gov/d/2023-01533>.

Les acquisitions de plus de 445,5 millions de dollars en 2023 doivent être notifiées, quel que soit la taille des parties (sauf exemption)<sup>1976</sup>.

L'efficacité de ces seuils du contrôle n'avait pas été soulevée jusqu'à la mise en cause récente par les agences de concurrence de la monopolisation et des tentatives de monopolisation des marchés par les entreprises de la « Big Tech »<sup>1977</sup> et notamment de Facebook<sup>1978</sup> devenu parangon des phénomènes qui visent l'économie numérique dans son entier. La consolidation de ces monopoles et les abus qui ont été caractérisés, est intervenue à la suite d'acquisitions regardées comme des expressions de la théorie des « *acquisitions nascent or potential competitors* » qui lorsqu'elles ne « tuent » pas ces jeunes entreprises innovantes, veulent étouffer l'émergence de nouveaux concurrents en prenant leur contrôle<sup>1979</sup>. Comme le

---

<sup>1976</sup> *Idem.*

<sup>1977</sup> Le secteur numérique rassemble un écosystème hétérogène où les « GAFAM », (pour Google-Alphabet, Apple, Facebook, Amazon et Microsoft) opèrent en position dominante sur de nombreux marchés. Parmi les concentrations les plus importantes : en avril 2007, Google a acquis Admob, puis en octobre 2006, YouTube, en 2010 DoubleClick et Waze en juin 2013 ; Amazon a acquis Zappos en juillet 2009 et Quidsi en novembre 2010 ; Facebook a acquis Instagram en août 2012 et WhatsApp en février 2014. L'*American Antitrust Institut* a recensé 723 concentrations par les « Big Tech » entre 1987 et 2019. Une frénésie d'achats apparaît entre 2010 et 2016. Google est Microsoft représentant la plus grande part de ces acquisitions (32% et 31%), puis Apple (15%) et ensuite à parité Amazon et Facebook (11% chacune). Voir. American Antitrust Institute, *Competition in Digital Technology Markets : Examining Acquisitions of Nascent or Potential Competitors by Digital Platforms*, Testimony of Dr. Diana Moss, Before the United States Senate, Committee on the Judiciary Subcommittee on Antitrust, Consumer rights, 24 septembre 2019, p. 2. Une liste de ces acquisitions, classées par entreprise et par année a été publiée au sein du rapport du *Committee on the judiciary*, de la Chambre des représentants. Voir. Subcommittee on Antitrust, commercial and administrative law of the committee on the judiciary, *Investigations of Competition in Digital Markets*, Majority Staff Report and Recommendations, 2020, p. 406, disponible en ligne : Le *Department of Justice* suivi par onze *Attorneys General* ont engagé des poursuites contre Google pour maintien d'un monopole à l'aide de pratiques anticoncurrentielles. Voir. *Complaint, U.S and Plaintiff States v. Google LLC*, disponible en ligne : <https://www.justice.gov/atr/case-document/file/1329131/download>. Un ensemble de dix *Attorneys General* Républicains ont déposé devant la United States District Court Eastern District of Texas, une *complaint* contre Google, le 16 décembre 2020, sur des fondements juridiques identiques à la plainte du DOJ (disponible en ligne : <https://www.documentcloud.org/documents/20428867-complaint>).

<sup>1978</sup> Facebook fait face à deux plaintes portées par la FTC et une coalition de 48 States and territories Attorneys general. Voir. *Complaint, Federal Trade Commission v. Facebook Inc.*, 1:20-cv-03590 (D.C.) ; *Complaint, State of New York et al. v. Facebook Inc.*, 1:20-cv-03589 (D.C.). Ainsi que quatre recours en class actions. Voir. *Complaint, Klein et al v. Facebook Inc.*, 5:20-cv-08570 (N.D.Cal.) ; *Complaint, Sherman et al v. Facebook Inc.*, 3:20-cv-08721 (N.D.Cal.) ; *Dames et al. v. Facebook, Inc.*, 5:20-cv-08817 (N.D.Cal.) ; *Kupcho v. Facebook Inc.*, 4:20-cv-08815 (N.D.Cal.).

<sup>1979</sup> Les « *nascent competition acquisitions* » se caractérisent par une intention anticoncurrentielle. Leur but n'est pas à titre principal d'acquérir une technologie ou une expertise. Un des cas les plus révélateurs concerne les acquisitions menées par Facebook, où des emails émis par le C.E.O Mark Zuckerberg ont révélé l'intention de Facebook d'empêcher le développement de concurrents sur le mobile. Pour la publication de ces documents internes, voir, Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, *Investigation of Competition in Digital Market*, United States, 2020, p. 151 et s., disponible en ligne : [https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition\\_in\\_digital\\_markets.pdf?utm\\_campaign=4493-519](https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf?utm_campaign=4493-519). Dans le secteur pharmaceutique, l'article de Colleen Cunningham, Florian Ederer et Song Ma, a démontré l'augmentation de tactiques stratégiques consistant à acheter des entreprises dans le but d'empêcher la mise sur le marché d'un produit. Voir, p. 41, version révisée au 28 octobre 2020, disponible en ligne:

rapport Stigler de 2019 le note, les seuils fondés sur la valeur et sur la taille des personnes n'ont pas permis de cerner les petites acquisitions dans les secteurs technologiques et biotechnologiques, avant qu'elles ne se réalisent<sup>1980</sup>, les seuils n'ayant cessé d'augmenter depuis 1976<sup>1981</sup>. Sur le plan politique, plusieurs travaux congressionnels portent actuellement sur des évolutions du champ du procédural du droit des concentrations, dont ceux de la Sénatrice du Missouri, Amy Klobuchar, présidente du très puissant *Subcommittee on Competition Policy, Antitrust and Consumer Rights*, au Sénat, qui propose un renversement de la charge de la preuve dans les marchés très concentrés et les acquisitions par une entreprise dominante (avec une part de marché de 50 % ou bénéficiant d'un pouvoir de marché significatif) de *nascent competitors*<sup>1982</sup>. Certaines de ces acquisitions ont pourtant été contrôlées et reconnues compatibles avec la concurrence, ce qui implique qu'au-delà de la problématique de captation des concentrations anticoncurrentielles, les autorités de concurrence américaines comme son homologue européen, ne semblent pas posséder les outils d'analyse adéquats pour ces marchés spécifiques<sup>1983</sup>.

---

<https://economics.sas.upenn.edu/system/files/2019-07/SSRN-id3241707.pdf>. Le DOJ a attaqué la concentration Sabre/Farelogix le 20 août 2019, publiant dans la *complaint*, des preuves révélant le projet d'éliminer par cette acquisition une menace concurrentielle et l'intention de fixer des prix plus élevés. p.4, <https://www.justice.gov/atr/case-document/file/1196836/download>. E. M. FOX, Platforms, Power, and the Antitrust Challenge : A Modest Proposal to Narrow the U.S.-Europe Divide, *Nebraska Law Review*, Vol. 98, 2019, p. 297, 313-14 ; J.M. YUN, Potential Competition, Nascent Competitors, and Killers Acquisitions, *The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy*, Vol. 18, 2020, p. 664 et s., disponible en ligne : SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3733716> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3733716> ; C. S HEMPHILL, T. WU, Nascent Competitors, University of Pennsylvania. Law Review. 2020, p.1883 et s., disponible en ligne : [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3624058](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3624058)

<sup>1980</sup> T.G. WOLLMANN, Stealth Consolidation : Evidence from an Amendment to the Hart-Scott-Rodino Act,

*American Economic Association*, Vol. 1, No. 1, Juin 2019, pp. 77-94, disponible en ligne : <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/aeri.20180137>.

<sup>1981</sup> L'année 2021 marque la première année d'un léger recul de ces seuils. Il s'explique par la baisse de l'économie américaine au cours de l'année 2020 dû à la pandémie mondiale du SARS-COV-2. Voir, FTC, *Concurring Statement of Acting Chairwoman Rebecca Kelly Slaughter Joined by Commissioner Rohit Chopra Regarding the Revised Clayton Act Thresholds Commission File*, No. P859910, 5 février 2021, disponible en ligne : [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/1587163/p859910\\_concurring\\_statement\\_of\\_ac\\_slaughter\\_and\\_c\\_chopra\\_re\\_revised\\_hsr\\_thresholds.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1587163/p859910_concurring_statement_of_ac_slaughter_and_c_chopra_re_revised_hsr_thresholds.pdf). Sur le recul de l'économie américaine en 2020, voir. B. CASSELMAN, Worst Economy in a Decade. What's Next ? 'Worst in our Lifetime', *The New York Times*, 29 avril 2020, mise à jour le 30 juin 2020, disponible en ligne : <https://www.nytimes.com/2020/04/29/business/economy/us-gdp.html>.

<sup>1982</sup> Sen. KLOBUCHAR, S.225 - Competition and Antitrust Law Enforcement Reform Act of 2021, introduit au Sénat (117<sup>e</sup> Congrès), le 02 avril 2021.

<sup>1983</sup> En réaction aux critiques du corps politique sur l'absence relative de contrôle des opérations de croisances externes des GAFA(M) (voir, les *hearings* organisées par le Sénat le 24 septembre 2019. Subcommittee on Antitrust, Competition Policy, and Consumer Rights, *Competition in Digital Technology Markets : Examining Acquisitions of Nascent or Potential Competitors by Digital Platforms*, 24 septembre 2019, disponible en ligne : <https://www.judiciary.senate.gov/meetings/competition-in-digital-technology-markets-examining-acquisitions-of-nascent-or-potential-competitors-by-digital-platforms>). La Chambre des représentants a engagé quant à elle, une enquête bipartisans en 2019, sur la concurrence dans les marchés numériques dont le rapport a été publié le 4 octobre 2020 (disponible en ligne : [https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition\\_in\\_digital\\_markets.pdf?utm\\_campaign=4493-519](https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf?utm_campaign=4493-519)). Elle a

## §2. Le contrôle *ex post* des concentrations économiques

L'examen des origines du contrôle des concentrations américain a montré que la Section 7 du *Clayton Act* voté en 1914 avait pour but de combler les manques du *Sherman Act* de 1890 et d'empêcher expressément les opérations de croissances et externes de restreindre la concurrence ou de tendre à créer un monopole. Ne possédant pas les moyens juridiques de contraindre les entreprises à suspendre leur projet jusqu'à la loi Hart-Scott-Rodino de 1976, les autorités américaines étaient réduites à agir dans l'extrême majorité des cas de manière *ex post* à la consommation de la concentration<sup>1984</sup>.

La Section 7 du Clayton Act est applicable aux opérations menant à l'acquisition de tout ou parties (« *any part* »<sup>1985</sup>) d'une autre entreprise, qu'elles soient notifiables en vertu de loi HSR ou non et qu'elles soient consommées déjà depuis plusieurs années.

---

en outre, procédé à une série de *hearings* le 29 juillet 2020 dont le compte rendu est accessible en ligne (Subcommittee on Antitrust, Commercial, and Administrative Law, Online Platforms and Market Power, Part 6: Examining the Dominance of Amazon, Apple, Facebook, and Google, 29 juillet 2020, <https://judiciary.house.gov/calendar/eventsingle.aspx?EventID=3113>), la FTC a entrepris plusieurs examens *ex post* des concentrations non notifiées. Elle a émis une série d'*orders* sur le fondement de la Section 6(b) du FTC Act, qui autorise la Commission à mener des études sans objectif spécifique d'application de la loi, contre Alphabet Inc., Amazon.com Inc., Apple Inc., Facebook Inc., Google Inc., et Microsoft Inc., afin de récolter des informations nécessaires à la compréhension du fonctionnement de ces marchés spécifiques (voir, FTC, *FTC to Examine Past Acquisitions by Large Technology Companies*, 11 février 2020, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2020/02/ftc-examine-past-acquisitions-large-technology-companies>) . Une division particulière a été créée au sein de la FTC en février 2019 appelée Technology Enforcement Division (TED ci-après), pour enquêter sur les entreprises du numérique. Cette unité est en charge de récolter les preuves et de conduire les affaires devant le tribunal administratif et le juge judiciaire. Du point de vue des outils juridiques, le Congrès prépare plusieurs réformes. L'« Augmenting Compatibility and Competition by Enabling Service Switching » dite « loi ACCESS », qui viserait à accroître la concurrence au sein des réseaux sociaux en obligeant les grands fournisseurs à rendre les données des utilisateurs portables afin d'en donner l'accès aux plus petits concurrents (Augmenting Compatibility and Competition by Enabling Service Switching Act of 2019, S. 2658, 116th Cong. (Oct. 22, 2019), <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/2658/text>); la « Designing Accounting Safeguards to Help Broaden Oversight and Regulations on Data » dite « DASHBOARD Act », qui organiserait la divulgation aux consommateurs et aux régulateurs des données collectées par les grandes plateformes de réseaux sociaux et la façon dont elles les monétisent. Cette loi élargirait également la capacité des utilisateurs à supprimer les données collectées par ces plateformes (Designing Accounting Safeguards to Help Broaden Oversight and Regulations on Data, S. 1951, 116th Cong. (June 25, 2019), <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/1951/text>).

<sup>1984</sup> Voir. Partie I, T2 de la présente thèse.

<sup>1985</sup> 15 U.S.C. §18.

## A. Le contrôle ex post américain

Comme le rappelle les représentants des États-Unis dans le rapport à l'OCDE sur les enquêtes des concentrations non notifiées et consommées, les agences de concurrence « n'autorisent » ni « n'approuvent » les concentrations qu'ils examinent<sup>1986</sup>. L'opposition (*challenge*) n'est émise devant les juridictions judiciaires ou administratives que si la concentration a ou pourrait avoir des conséquences anticoncurrentielles. La non-opposition n'est donc pas une décision administrative créatrice de droits pour les parties (1) ouvrant la possibilité d'une contestation de la concentration de nombreuses années après la clôture de l'opération (2).

### *1. La mise en cause a posteriori d'une opération concentrations aux États-Unis*

L'intégration de la procédure *ex ante* obligatoire au sein du dispositif de la Section 7 n'a pas affaibli sa versatilité originelle. Au contraire, le législateur a réitéré la possibilité d'un contrôle *ex post* à la Section 7A (i) (1) du HSR Act<sup>1987</sup> :

*(1) Any action taken by the Federal Trade Commission or the Assistant Attorney General or any failure of the Federal Trade Commission or the Assistant Attorney General to take any action under this section shall not bar any proceeding or any action with respect to such acquisition at any time under any other section of this Act or any other provision of law.*

L'absence de mesures prises pour empêcher l'acquisition au cours de la période d'examen n'empêche donc pas les autorités de concurrence américaines de contester une opération après qu'elle a été réalisée, à condition qu'elles prouvent que l'opération porte ou porterait substantiellement atteinte à la concurrence (b). En proportion, le traitement des opérations non notifiables attaquées est bien plus important que celui des opérations déjà contrôlées (a).

---

<sup>1986</sup> OCDE, Investigations of Consummated and Non-Notifiable Mergers (United States), Working Party N° 3 on Co-operation and Enforcement, 05 février 2014, disponible en ligne : [https://www.ftc.gov/system/files/attachments/us-submissions-oced-2010-present-other-international-competition-fora/consummated\\_mergers\\_us\\_oecd.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/attachments/us-submissions-oced-2010-present-other-international-competition-fora/consummated_mergers_us_oecd.pdf).

<sup>1987</sup> Codifié 15 U.S.C. §18 (i)(1). <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title15-section18a&num=0&edition=prelim>.

## a. Sur les concentrations non notifiables

Conclure une opération sous les seuils de notification peut être une stratégie des parties afin d'échapper aux obligations et au poids administratif de l'examen et à la suspension de la transaction. Les seuils de notification faisant l'objet de baisses constantes (à l'exception de l'année 2020) les autorités opèrent des veilles sur les transactions non notifiables et des politiques de surveillance de secteurs spécifiques peuvent être menées comme c'est le cas dans le domaine technologique<sup>1988</sup>. Les petites transactions, de quelques millions de dollars, peuvent donc être la cible des agences. C'est dans ce cadre que la FTC a contesté l'acquisition de Vivu par Axon Enterprise un fabricant de tasers électriques et de fournitures techniques pour la police, de 13 millions de dollars devant le tribunal administratif de la FTC<sup>1989</sup>. Les sommes peuvent cependant être bien inférieures, ainsi des transactions de 3 millions de dollars<sup>1990</sup>, 4 millions de dollars de Renown Health<sup>1991</sup> ou 5 millions de dollars<sup>1992</sup> ont fait l'objet de contrôle *ex post*. Le DOJ a obtenu en 2014 devant la *District court* des États-Unis de Californie, la cession de Power Reviews par BazaarVoice<sup>1993</sup>, acquise en 2012. Le tribunal de district a estimé que la part de marché de 56 à 68 % détenue par Bazaarvoice sur le marché des plateformes d'évaluation et d'avis ainsi que les preuves démontrant que les parties elles-mêmes se considéraient dans un duopole, violait la Section 7 du *Clayton Act*.

Les conséquences de la contestation d'une transaction non notifiables sont significatives, surtout pour l'acheteur qui se voit obliger de céder souvent par *agreement* avec les agences de concurrence la part des actifs acquise au cours de la transaction. Les effets d'une

---

<sup>1988</sup> FTC, *FTC to Examine Past Acquisitions by Large Technology Companies*, Press Release, 11 février 2020, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2020/02/ftc-examine-past-acquisitions-large-technology-companies> ; FTC, *FAQs : Technology Platform 6(b) Study 1-2*, 11 février 2020, disponible en ligne : [https://www.ftc.gov/system/files/attachments/press-releases/ftc-examine-past-acquisitions-large-technology-companies/tech\\_platform\\_6b\\_draft\\_faqs\\_02-11-2020.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/attachments/press-releases/ftc-examine-past-acquisitions-large-technology-companies/tech_platform_6b_draft_faqs_02-11-2020.pdf). Voir. R. H. FERRINGTON, D. J. ROSENTHAL, N. P. PUTZ, *Navigating Icebergs : A Brief Survey of Non-Reportable Transaction Enforcement Around the World*, *The Antitrust Source*, août 2020, p. 1-15.

<sup>1989</sup> La mise en cause de la concentration fut en l'espèce particulièrement médiatisée, car Axon a refusé de comparaître devant le tribunal de la FTC, au nom de son droit au procès équitable. Le montant de 8 millions de dollars en frais de justice invoqué par l'entreprise s'explique en réalité par la procédure en contestation de la constitutionnalité de la procédure administrative et non par le contrôle des concentrations en lui-même. Voir. Axon Enterprise and Safariland, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/1810162/axonvivu-matter>.

<sup>1990</sup> *George's/Tyson's, Complaint, United States v. George's Foods, LLC, No. 5:11-cv-00043 (W.D. Va. 10 mai 2011)*.

<sup>1991</sup> *In the Matter of Renown Health, a corporation, file N° 1110101*, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2012/12/121204renownhealthdo.pdf>

<sup>1992</sup> *United States v. Election Sys. & Software, Inc., n° 1:10-cv-00380 (D.D.C. 8 mars 2010)*. Voir aussi pour des montants jusqu'à 20 millions de dollars : *Magnesium Elektron/Revere Graphics* du 12 octobre 2012, *Charlotte Pipe/Star Pipe*,

<sup>1993</sup> *United States v. Bazaarvoice, Inc., No. 13-cv-00133-WHO, 2014 U.S. Dist. (N.D. Cal. Jan. 8, 2014)*.

cession *ex post* sont en effet, plus grave pour l'acquéreur qui se voit contraint de se défaire des actifs et des bénéfices obtenus grâce à la transaction. Les autorités de concurrence peuvent, en outre, accompagner ces mesures par la création d'une nouvelle entité à qui l'acheteur cédant devra constituer « un trousseau » pour rétablir un environnement concurrentiel pérenne<sup>1994</sup>.

Dans le cas exceptionnel de l'application de la théorie de l'entreprise défaillante, ou en raison du passage du temps plaçant l'acheteur dans l'impossibilité de se séparer des actifs acquis, la FTC a pu toutefois accepter des remèdes comportementaux<sup>1995</sup>.

## **b. Sur les concentrations notifiées**

Les enquêtes *ex post* des concentrations notifiées permettent la correction des éventuelles imperfections du contrôle *ex ante*, prédictif par essence et dont les effets réels postérieurs peuvent dévier des projections des économistes<sup>1996</sup>. Évidemment, les parties omettant des informations obligatoires, comme des documents de planification stratégique, peuvent s'attendre à se voir appliquer un contrôle *ex post* si la dissimulation est découverte.

Le cas est plus problématique lorsque l'opération a été contrôlée de manière approfondie ou non, est qu'aucun élément au moment de l'examen n'a permis de détecter les effets anticoncurrentiels futurs.

En 2018, le DOJ a entrepris une enquête sur Parker-Hannifin Corporation alors que le délai de trente jours après la notification de son achat de Clarco Incorporation était écoulé. Le *Department of Justice* alléguait que la concentration allait éliminer la concurrence sur le déve-

---

<sup>1994</sup> Voir Axon. La FTC a tenté de contraindre Axon de se défaire de certains actifs de propriété industrielle propre pour permettre l'existence d'une nouvelle entité concurrentielle. *Voir*. Administrative Complaint Part III, Axon Enterprise and Sarafiland, D9389, 3 janvier 2020, [https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/d09389\\_administrative\\_part\\_iii\\_-\\_public\\_redacted.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/d09389_administrative_part_iii_-_public_redacted.pdf).

<sup>1995</sup> E. L. SHENCOPP, Non-reportable Transaction : Antitrust Risk, Lexis Practice Advisor, lexisnexis.com, 19 octobre 2018, disponible en ligne : [https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:yKSv\\_1uHFUcJ:https://www.jonesday.com/-/media/files/publications/1/01/nonreportable-transactions-antitrust-risk/files/nonreportable-transactionsantitrust-risk-with-date/fileattachment/nonreportable-transactionsantitrust-risk-with-date.pdf+&cd=1&hl=fr&ct=clnk&gl=us](https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:yKSv_1uHFUcJ:https://www.jonesday.com/-/media/files/publications/1/01/nonreportable-transactions-antitrust-risk/files/nonreportable-transactionsantitrust-risk-with-date/fileattachment/nonreportable-transactionsantitrust-risk-with-date.pdf+&cd=1&hl=fr&ct=clnk&gl=us).

<sup>1996</sup> Les économistes possèdent de nombreux moyens statistiques et quantitatifs capables d'évaluer en théorie les effets attendus d'une concentration sur la concurrence. Ils peuvent simuler une fusion, estimer les ratios de détournement (*i.e.*, la tendance des clients à choisir une entreprise s'il y a une augmentation du prix) et par l'utilisation de l'indice UPPI (Upward Pricing Pressure Index). *Voir*. O. ASHENFELTER, D. ASHMORE, J.B. BAKER, S. GLEASON & D. S. HOSKEN, *Empirical Methods in Merger Analysis: Econometric Analysis of Pricing in FTC v. Staples*, *International Journal. of the Economics of Business*, Vol. 13, Iss. 2, 2006, p. 265-279 ; DOJ, Three Economist's Tool for Antitrust Analysis, Economic Analysis Group Discussion Paper, Janvier 2017, disponible en ligne : <https://www.justice.gov/atr/page/file/925641/download>.

loppement, la fabrication et la vente du produit nécessaire à la filtration des carburants d'aviation utilisés dans les appareils militaires et commerciaux. Les parties conclurent un *consent decree* les obligeant à se libérer de certains actifs<sup>1997</sup>. La possibilité de poursuivre à tout moment la concentration influence, on le voit, l'inclination des parties à conclure des accords avec l'autorité de concurrence, alors que la concentration est réalisée et qu'une menace d'action judiciaire pèse sur ce revirement de l'action publique.

La doctrine questionne le poids à accorder aux preuves postérieures à la clôture. Le retour sur une transaction notifiée se conçoit pour certains comme l'application d'une responsabilité civile sans faute, concept inconnu en droit américain<sup>1998</sup>. Le changement de circonstances imprévisibles sur la base des conditions établies au moment de la fusion, qui peut résulter d'événements extrinsèques aux parties, ne devrait pas selon la littérature majoritaire être pris en compte lors d'une appréciation *ex post*<sup>1999</sup>, l'évolution technologique, l'abandon d'un concurrent ou d'autres facteurs ont pu causer l'augmentation du pouvoir de marché et l'attaque *ex post* d'une concentration notifiée apparaît comme une sanction inéquitable si beaucoup d'années se sont écoulées depuis la clôture de l'opération. Or, la FTC ou le DOJ ne conçoivent pas une intervention *ex post* comme une sanction, mais comme la capacité d'intervenir pour rétablir les conditions de marché *ex ante* à la concentration.

Par un communiqué du 3 août 2021, la FTC et le DOJ ont décidé l'envoi au cours de la procédure HSR, de lettres standardisées aux entreprises, les avertissant que malgré l'extinction de la procédure HSR, ils se saisiraient de leurs capacités à poursuivre *ex post* des concentrations notifiées. Il ne résulte de la procédure en effet ni autorisation ni approbation de la concentration. Le DOJ et la FTC ont tenté par cette voie de faire face aux importantes vagues de notifications de 2021 et décourager les concentrations illégales qui passeraient à travers les maillons du contrôle HSR<sup>2000</sup>. Devant l'impossibilité structurelle des autorités de

---

<sup>1997</sup> Sur le développement de l'affaire voir : <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-parker-hannifin-corp-and-clarcor-inc>.

<sup>1998</sup> T. J. MURIS, J. E. NUECHTERLEIN, First Principles for Review of Long-Consummated Mergers, *The Criterion, Journal on Innovation*, Vol. 5, 2020, p. 29-48, disponible en ligne :

<sup>1999</sup> P. E. AREEDA, H. HOVENKAMP, *Antitrust Law, An Analysis of Antitrust Principles and their Application*, Walter Kluwer, Vol. IIA, 4<sup>e</sup> Ed., p.267 et s. ; S. A. SHER, Closed but not Forgotten : Government Review of Consummated Mergers under Section 7 of the Clayton Act, *Santa Clara Law Review*, Vol. 45, N° 1, p. 41-97 ; T. CALVANI, J. HEDGE, Review of Consummated Mergers : Are Changes in Store ?, *Antitrust*, Vol. 34, N° 3, 2020. Pour une position inverse voir, M.S. PATEL, A Proposal to Navigate Ex post Merger Policy, *Competition Policy International*, 6 juin 2021, disponible en ligne :

<sup>2000</sup> En 2021, les autorités de concurrence ont reçu 8260 notifications, soit 4130 notifications par agence, ce qui correspond au plus du double de notifications de 2020, qui était de 1965 notifications par agence. Voir. Statistiques publiées mois par mois par la FTC, <https://www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program>. Selon Lina Khan, *Chairwoman* de la FTC depuis novembre 2021, le total des transactions en 2021 a atteint 5 800 milliards de dollars, le niveau le plus élevé jamais enregistré. Voir. L. KHAN, Testimony of Chair Lina M. Khan Before the House Appropriations Subcommittee on Financial Services and General Government,



contrôle à traiter les flux constants de notifications *via* le contrôle *a priori*, ils se voient obliger de reporter le risque de l'atteinte dans le futur, en attaquant la concentration consommée<sup>2001</sup>.

## 2. L'absence de délai à la contestation d'une concentration

La contestation *ex post* d'une concentration n'est pas enfermée dans des délais pour les déposataires de l'autorité de la mise en œuvre des dispositions du *Clayton Act* (a) au contraire des États et des personnes privées (b).

### a. Pour les autorités de concurrence fédérales

Les autorités de concurrence exercent des veilles sur les transactions non notifiables et leurs enquêtes peuvent mener à des contestations devant les juridictions judiciaires<sup>2002</sup>. Dans la pratique, cependant, les recours contre une opération particulière interviennent rapidement après la clôture de l'opération, les tiers intéressés étant prompts à invoquer des faits à mesure que la transaction et ses effets deviennent visibles pour les acteurs du marché<sup>2003</sup>. Selon Erin Shencopp, il est rare que des actifs acquis, indépendamment d'événements postérieurs, entraînent des problèmes de concurrence des années après la réalisation de l'opération<sup>2004</sup>.

---

18 mai 2022, disponible en ligne : [https://www.ftc.gov/system/files/ftc\\_gov/pdf/Testimony%20of%20Chair%20Lina%20M.%20Khan%20Before%20the%20House%20Appropriations%20Subcommittee%20on%20Financial%20Services%20and%20General%20Government%20-%20final.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/Testimony%20of%20Chair%20Lina%20M.%20Khan%20Before%20the%20House%20Appropriations%20Subcommittee%20on%20Financial%20Services%20and%20General%20Government%20-%20final.pdf) ; K. WIGGINS et al., Dealmaking Surges Past \$5.8tn to Highest Levels on Record, *Financial Times*, 30 décembre 2021, <https://www.ft.com/content/6dfdd78a-e229-4524-a400-144396524eb6>.

<sup>2001</sup> H. VEDOVA, Bureau of Competition, *Adjusting merger review to deal with the surge in merger filings*, communiqué de la FTC du 3 août 2021, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/enforcement/competition-matters/2021/08/adjusting-merger-review-deal-surge-merger-filings>. Voir aussi, le modèle de lettre envoyé par la FTC : [https://www.ftc.gov/system/files/attachments/blog\\_posts/Adjusting%20merger%20review%20to%20deal%20with%20the%20surge%20in%20merger%20filings/sample\\_pre-consummation\\_warning\\_letter.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/attachments/blog_posts/Adjusting%20merger%20review%20to%20deal%20with%20the%20surge%20in%20merger%20filings/sample_pre-consummation_warning_letter.pdf).

<sup>2002</sup> Les enquêtes sur les concentrations non notifiables ont représenté 20% des affaires investiguées de 2009 à 2013 selon une étude publiée par le *Department of Justice*. Plus d'une sur quatre de ces affaires ont fait l'objet d'une contestation judiciaire. L.C. Overton, Non-reportable Transactions and Antitrust Enforcement, Remarks as Prepared for the 14th Annual Loyola Antitrust Colloquium, Institute for Consumer Antitrust Studies Chicago, Illinois, 25 avril 2014, p.2, disponible en ligne : <https://www.justice.gov/atr/file/517791/download>.

<sup>2003</sup> ABA Antitrust Law Section, *Analyzing the Scope, of Enforcement Actions against Consummated Mergers in a Time of Heightened Scrutiny*, Avril 2020, p; 5 et s., disponible en ligne : <https://ourcuriousamalgam.com/wp-content/uploads/Consummated-Mergers-Policy-Task-Force-Apr-2020-FINAL.pdf>.

<sup>2004</sup> E. L. SHENCOPP, Non-reportable Transaction : Antitrust Risk, Lexis Practice Advisor, [lexisnexis.com](https://www.lexisnexis.com), 19 octobre 2018, p.3

L'affaire *United States v. E. I. du Pont de Nemours*<sup>2005</sup> de 1957 constitue le seul précédent qui illustre ce retour *ex post* d'une concentration consommée de longue date. Dans cette espèce, la Cour suprême a confirmé la demande de cessions d'actions du DOJ trente années après leur acquisition par l'entreprise du Pont. Cet arrêt a donné lieu à ce que la doctrine nomma la « *Time of Suit Doctrine* » — qui suggèrent qu'une transaction peut être contestée au moment où apparaissent les effets anticoncurrentiels. La Cour suprême n'eut jamais l'occasion jusqu'à présent de revenir sur sa jurisprudence, l'on peut se poser la question du maintien de cette doctrine, l'arrêt étant antérieur à la législation sur la procédure *a priori* de notification. En tout état de cause, l'arrêt du Pont confirme qu'il reste possible de contester une transaction des années après sa réalisation<sup>2006</sup>.

Le dispositif américain s'éloigne donc considérablement du système européen de contrôle des concentrations, intrinsèquement *ex ante*<sup>2007</sup>, qui ne peut en théorie, s'appuyer que sur l'article 102 du TFUE<sup>2008</sup> pour revenir sur une concentration consommée nocive pour la concurrence.

## **b. Pour les personnes non-dépositaires du contrôle HSR fédéral**

Les personnes privées affectées par les effets anticoncurrentiels sont limitées en vertu du titre 15 U.S.C.S. § 15b qui dispose « *Any action to enforce any cause of action under section 4, 4A, or 4C<sup>2009</sup> shall be forever barred unless commenced within four years after the cause of action accrued. No cause of action barred under existing law on the effective date of this Act shall be revived by this Act* »<sup>2010</sup>. Ainsi, le délai de prescription de quatre ans pour les violations de la loi Clayton commence à courir au moment où les actions du défendeur cau-

---

<sup>2005</sup> *United States V. Du Pont*, 353 U.S. 586, 77 S. Ct. 872 (1957)

<sup>2006</sup> J. I. SHINDER, *Merger Hindsight, Time-of-Suit, Doctrine is Making a Comeback*, *Los Angeles Daily Journal*, 28 novembre 2001, p.7, disponible en ligne : [http://constantinecannon.com/wp-content/uploads/2016/03/merger\\_hindsight.pdf](http://constantinecannon.com/wp-content/uploads/2016/03/merger_hindsight.pdf).

<sup>2007</sup> Le système de renvoi *ex post* de notification, effectué par les États au titre de l'article 22 du Règlement 139-2004 sur les concentrations économiques autorise le contrôle après la clôture d'une opération, à la condition toutefois qu'il ne se soit pas écoulé plus de six mois. *Voir*. Article 22 §4 du Règlement 139-2004.

<sup>2008</sup> L'article 102 du TFUE accompagné du règlement (CE) n° 1/2003 interdisent aux entreprises qui occupent une position dominante sur le marché d'en abuser d'une manière susceptible d'affecter les échanges entre les États membres.

<sup>2009</sup> 15 USCS § 15, 15a, ou 15c.

<sup>2010</sup> 15 U.S.C.S. § 15b. (2021)

sent un préjudice, c'est-à-dire selon la jurisprudence au moment de l'acquisition initiale des actions ou des actifs<sup>2011</sup>.

Les États et personnes privées recherchant la mise en cause d'une concentration réalisée depuis de nombreuses années peuvent se voir opposer la « *doctrine of laches* », qui clôt tous recours aux personnes qui « dorment » sur leurs droits<sup>2012</sup>. La *District Court* des États-Unis du *District of Columbia* a jugé le 28 juin 2021 que la requête collective des quarante-huit États contre Facebook était irrecevable, soulevant l'inaction des requérants durant les huit années qui se sont écoulées depuis l'acquisition litigieuse, sans justifier devant la cour, leur inertie<sup>2013</sup>. L'écoulement du temps prive donc les requérants d'obtenir des *equitable remedies*, et donc la cession des actifs dans le cas d'une concentration.

Les personnes privées peuvent en effet engager deux types d'actions devant les juridictions judiciaires. D'une part des *treble damages* aux termes de la Section 4 du Clayton Act<sup>2014</sup>, afin de compenser l'atteinte résultant d'une concentration anticoncurrentielle dont ils sont victimes<sup>2015</sup>. D'autre part, des « *equitable remedies* » en vertu de la Section 16<sup>2016</sup> qui peuvent consister en des « *preliminary* » ou des « *permanent injunctive relieves* ». Les cessions d'actifs ou d'actions sont donc en principe à la portée des personnes privées<sup>2017</sup>. La *District court of Appeal* dans un arrêt du 18 février 2021 *Steves & Sons, Inc. v. Jeld-Wen, Inc.*, a pour la première fois dans l'histoire du droit des concentrations américain concouru à la demande de cession d'actifs d'une personne privée au cours d'une procédure de contestation *ex post*.

---

<sup>2011</sup> *Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp.*, 207 F.3d 1039 (8th Cir. 2000) points 1050-1051 ; *Midwestern Mach. v. Nw. Airlines*, No. 97-1438 (DWF/AJB), 2003 U.S. Dist. (D. Minn. Feb. 5, 2003).

<sup>2012</sup> La partie à l'action qui invoque cette défense doit apporter (1) un retard déraisonnable du demandeur dans l'introduction de l'action en justice, et (2) un préjudice pour le défendeur.

<sup>2013</sup> *State of New York et al. v. Facebook Inc.*, Civil Action No. 20-3589 (JEB), 28 juin 2021 (non publié), disponible en ligne :

<https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.dcd.224923/gov.uscourts.dcd.224923.137.0.pdf>

<sup>2014</sup> 15 U.S.C. 15. (2021)

<sup>2015</sup> Les requérants doivent cependant prouver que la violation de la Section 7 a causé un préjudice qui consiste à la fois par l'existence de dommages passés et de pertes de profits futures. *Steves & Sons, Inc. v. Jeld-Wen, Inc.*, 988 F.3d 690 (2021).

<sup>2016</sup> 15 U.S.C. § 26 (2021).

<sup>2017</sup> L'octroi d'*equitable relief* est soumis à une quadruple démonstration : (1) la personne a subi un préjudice irréparable ; (2) que les recours disponibles en droit, tels que les dommages-intérêts, étaient inadéquats pour compenser ce préjudice ; (3) que, le recours en *equity* est justifié compte tenu de la balance des intérêts entre les parties ; et (4) que l'intérêt public ne serait pas lésé par une *permanente injonction*. Voir. *eBay Inc. v. MercExchange, LLC*, 547 U.S. 388, 391 (2006). Ces conditions sont, on le voit, extrêmement restrictives, jusqu'à l'arrêt de la Cour d'appel *Steves & Sons, Inc. v. Jeld-Wen, Inc.*, aucune demande de cessions par des personnes privées n'avait pu prospérer devant les cours. Voir, *Steves & Sons, Inc. v. Jeld-Wen, Inc.*, 988 F.3d 690 (2021).

## B. Le contrôle *ex post* dans l'Union européenne : contrôle en creux du contrôle *a priori*

L'Union européenne n'ignore pas l'examen *a posteriori* des concentrations, sans avoir toutefois jusqu'alors formalisé son existence en tant que telle. Les nouvelles orientations sur l'application du mécanisme de renvoi établi à l'article 22 du règlement sur les concentrations publiées dans une communication interprétative le 31 mars 2021<sup>2018</sup> a semblé créer un nouveau contrôle *ex post* des concentrations dans des conditions particulières qu'il convient d'exposer.

Au sein du système de contrôle des concentrations, l'examen *ex post* est conçu comme un moyen de rétablissement en l'état initial d'une situation causée soit par une infraction grave à la procédure, en raison d'une violation des parties à l'obligation de notification ou de suspension au cours de la période de contrôle *a priori*, soit en raison des dérogations prévues à l'article 7 paragraphes 2 et 3 du règlement qui autorisent les parties à réaliser leur concentration sous conditions<sup>2019</sup>.

Indépendamment de la sanction pouvant résulter des infractions et des mesures provisoires pour rétablir ou maintenir les conditions d'une concurrence effective<sup>2020</sup>, la Commission doit procéder à l'examen de la concentration pour se prononcer sur la compatibilité de la concentration réalisée. La concentration est alors contrôlée *ex post* en vertu de l'article 7 paragraphe 4 du règlement qui dispose que « *la validité de toute transaction qui serait réalisée en ne respectant pas le paragraphe 1 dépend de la décision prise en application de l'article 6,*

---

<sup>2018</sup> Communication de la Commission, orientations de la commission concernant l'application du mécanisme de renvoi établi à l'article 22 du règlement sur les concentrations à certaines catégories d'affaires (2021/C 113/01), publié au JOUE, le 31 mars 2021.

<sup>2019</sup> Le paragraphe 2 de l'article 7 du règlement 139/2004, expose les cas très spécifiques où une exemption de plein droit existe pour répondre aux besoins du bon fonctionnement des opérations financières. Sont visées les opérations de concentrations réalisées soit par offre publique d'achat (OPA ci-après) ou d'échange (OPE ci-après), soit, par une série de transactions sur titres par lesquelles le contrôle sur une autre entreprise est acquis par l'intermédiaire de plusieurs vendeurs. Le bénéfice de cette exemption est conditionné à plusieurs obligations procédurales. D'abord que la concentration est notifiée sans délai à la Commission conformément à l'article 4 du règlement, puis que l'acquéreur n'exerce pas les droits de vote attachés aux participations concernées ou ne les exerce qu'en vue de sauvegarder la pleine valeur de son investissement. La Commission peut accorder sur une dérogation plus générale sur la base de l'article 7 paragraphe 3 du règlement 139/2004. Elle peut en effet, sur demande, permettre de déroger aux obligations prévues aux paragraphes 1 ou 2 sur demande motivée. Lorsqu'elle se prononce sur la demande, la Commission doit prendre en compte notamment les effets que la suspension peut produire sur une ou plusieurs entreprises concernées par la concentration ou sur une tierce partie, et la menace que la concentration peut présenter pour la concurrence.

<sup>2020</sup> Article 8§5, a), du règlement 139/2004.

paragraphe 1, point b), ou de l'article 8, paragraphes 1, 2 ou 3, ou de la présomption établie à l'article 10, paragraphe 6 ».

Dans les cas où les parties sont en infraction, l'article 8 paragraphe 7 a) le règlement 139-2004<sup>2021</sup> énonce que la Commission n'est pas liée par les délais visés à l'article 10 paragraphe 3 du règlement<sup>2022</sup>. Ces affaires sont extrêmement rares et seules quelques espèces peuvent l'illustrer. Dans une première affaire *Blokker/Toys'R'Us*, qui visait une infraction à l'obligation de notification et de suspension, la Commission avait reçu une demande de renvoi le 23 janvier 1997 sur le fondement de l'article 22 du règlement CEE n° 4064/89 à propos de l'acquisition de *Toys'R'Us* par *Blokker*, transaction qui avait été réalisée le 24 décembre 1996. La décision d'incompatibilité fut délivrée le 26 juin 1997, soit un peu moins de cinq mois après la réception de la demande<sup>2023</sup>.

La publication d'une communication concernant les nouvelles orientations sur l'application de l'article 22 du règlement 139/2004 sur les concentrations économiques adoptée le 26 mars 2021 et publiée le 31 mars 2021, la Commission soutient dorénavant les renvois sans nécessité d'un rattachement à une procédure nationale et peut inciter les États à transmettre une affaire particulière<sup>2024</sup> pour lutter contre les phénomènes des *killer acquisitions* qui préoccupent les régulateurs internationaux et les parties prenantes dans le secteur du droit de la concurrence<sup>2025</sup> sans que des critères de seuils qui s'exprimeraient en chiffre

---

<sup>2021</sup> Aux termes de l'article 8 (7)a du règlement 139-2004, « *La Commission peut prendre une décision au titre des paragraphes 1 à 3 sans être tenue par les délais visés à l'article 10, paragraphe 3, dans les cas où: a) elle constate qu'une concentration a été réalisée: i) en violation d'une condition dont est assortie une décision prise en vertu de l'article 6, paragraphe 1, point b), ou ii) en violation d'une condition dont est assortie une décision prise en vertu du paragraphe 2 et conformément à l'article 10, paragraphe 2, aux termes de laquelle le non-respect de cette condition soulèverait de sérieux doutes quant à la compatibilité de cette concentration avec le marché commun (...)* ».

<sup>2022</sup> L'article 10 (3) du règlement 139-2004 rappelle les délais impartis au contrôle administratif pour les cas d'opérations notifiées. La Commission a l'obligation de rendre une décision dans un délai maximal de 90 jours ouvrables pouvant être prolongé à 105 jours ouvrables en cas de proposition d'engagements, à moins que ces engagements n'aient été proposés moins de 55 jours ouvrables suivant l'ouverture de la procédure.

<sup>2023</sup> Déc. Commission européenne, 26 juin 1997, *Blokker/Toys R*, affaire n° IV/M.890, disponible en ligne : [https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m890\\_19970626\\_664\\_fr.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m890_19970626_664_fr.pdf).

<sup>2024</sup> Communication de la Commission, orientations de la commission concernant l'application du mécanisme de renvoi établi à l'article 22 du règlement sur les concentrations à certaines catégories d'affaires (2021/C 113/01), publié au JOUE le 31 mars 2021, point 28.

<sup>2025</sup> Voir sur ce point, *supra*. Ainsi selon les orientations publiées par la Commission le 31 mars 2021 (JOUE 2021, C113), les opérations où une jeune pousse (start-up) ou un nouvel entrant possédant « *un potentiel concurrentiel important et doit encore se développer ou mettre en œuvre un modèle d'entreprise générant des revenus importants (ou en est encore à la phase initiale de mise en œuvre d'un tel modèle d'entreprise)* ; est un innovateur important ou menant des recherches potentiellement importantes ; exerce une force concurrentielle réelle ou potentielle importante ; a accès à des actifs compétitifs importants (tels que par exemple les matières premières, les infrastructures, les données ou droits de propriété intellectuelle) ; et / ou fournissant des produits

d'affaires ou de tailles de transaction s'intègrent à l'appréciation de la recevabilité du renvoi<sup>2026</sup>.

Les opérations visées dans les nouvelles orientations s'effectuant potentiellement sous les seuils de notifications obligatoires, la Commission envisage explicitement le cas où celles-là auraient déjà été réalisées. Elle peut envoyer une « lettre d'invitation » aux États membres<sup>2027</sup> explicitant les raisons pour lesquelles la Commission considère que les critères de l'article 22 (1) sont remplis et invite dès lors les États à lui soumettre le renvoi. La Commission doit alors prendre une décision sur le renvoi dans un délai de 10 jours ouvrables<sup>2028</sup>.

La demande de renvoi peut être acceptée au titre de l'article 22 si la clôture de l'opération n'est pas intervenue au-delà de six mois<sup>2029</sup>. La Commission européenne appréciera au cas de l'espèce les concentrations réalisées au-delà de ce délai, au regard de « *l'ampleur des problèmes de concurrence potentiels et des effets préjudiciables sur le consommateur* »<sup>2030</sup>.

Aucune concentration consommée puis transmise à la Commission ne s'est encore présentée au jour où ses lignes sont écrites. Un cas plus traditionnel de *gun jumping* s'est produit le 19 avril 2021 suite à la demande de l'Autorité de concurrence française, jointe par la Belgique, de la Grèce, de l'Islande, des Pays-Bas et de la Norvège d'examiner au niveau européen la concentration Illumina/GRAIL d'un montant de 7,1 milliards de dollars.<sup>2031</sup> La tran-

---

*ou des services essentiels intrants / composants pour d'autres secteurs industriels ; a fait l'objet d'un paiement excessif apparent, en effet, si « (...) la valeur de la contrepartie reçue par le vendeur est particulièrement élevée par rapport au chiffre d'affaires actuel de la cible ».*

<sup>2026</sup> §19.

<sup>2027</sup> Article 22(5) du Règlement 139/2004.

<sup>2028</sup> Article 22(3) al. 1, Règlement 139/2004.

<sup>2029</sup> Le délai cours à partir du moment où le fait a été révélé publiquement dans l'Union européenne. Voir, point 21.

<sup>2030</sup> Point 21.

<sup>2031</sup> Selon Sean Heather, Vice-Président de la branche sur la réglementation internationale des affaires et en antitrust de la Chambre de commerce des États-Unis, la FTC aurait contacté la Commission afin qu'elle mette en œuvre l'article 22 et engage une procédure administrative suspendant automatiquement la concentration, face au risque de ne pas voir prospérer sa cause devant le juge judiciaire américain, la fusion verticale bénéficiant pour l'auteur aux consommateurs. Cette stratégie lui permettait de poursuivre le procès administratif sans l'obtention de *preliminary relief* devant la justice américaine. Voir, S. HEATHER, *Inside the FTC's Ploy to Quash A BioTech Merger*, U.S. Chamber of Commerce, 10 septembre 2021, disponible en ligne : <https://www.uschamber.com/series/above-the-fold/inside-the-ftc-s-ploy-quash-biotech-merger>. Si l'article de Sean Heather comporte quelques exagérations et inexactitudes, telles que l'incompétence de l'Union européenne pour contrôler une fusion américaine « *the European Union should have no interest in this merger, as Grail has no business activities in Europe* », la FTC ne conteste pas avoir retiré ses requêtes en *preliminary injunction* et en *temporary order*, devant l'action de la Commission européenne, la directrice par intérim du Bureau de la concurrence, Maribeth Petrizzi, confirmant « *The FTC sought preliminary relief in federal court to prevent Illumina and GRAIL from merging while the case is being decided on the merits in administrative court. At the time,*

saction fut notifiée à la Commission le 16 juin et un examen approfondi de la fusion (appelé « phase II ») a été ouvert le 22 juillet 2021 pour conclure sur une incompatibilité de la concentration le 7 septembre 2022<sup>2032</sup>. Les parties refusant de soumettre leur opération à l'applicabilité des règles européennes ont décidé de clôturer leur transaction lors d'une annonce, le 18 août 2021<sup>2033</sup>, engageant parallèlement une action tendant à l'annulation devant le Tribunal de l'Union européenne, des décisions de la Commission européenne du 19 avril 2021 accueillant les demandes des États membres d'examiner l'opération de concentration, ainsi que la lettre de la Commission, du 11 mars 2021, informant Illumina et GRAIL de ladite demande de renvoi<sup>2034</sup>. Le Tribunal de l'UE a rendu son arrêt le 13 juillet 2022 rejetant sur tous les moyens les demandes d'annulation, se prononçant sur l'interprétation à donner à l'article 22 du Règlement sur les concentrations<sup>2035</sup>.

Après avoir engagé un *statement of objections* pour enquêter sur la violation des règles de la procédure du contrôle *ex ante*, qui en résulte<sup>2036</sup> la fusion a été déclarée incompatible par une décision du 12 juillet 2023<sup>2037</sup>.

---

*a district court order was necessary to prevent the parties from consummating their merger. The administrative trial is scheduled to begin on August 24, 2021. Now that the European Commission is investigating, Illumina and GRAIL cannot implement the transaction without obtaining clearance from the European Commission. ».* Voir. FTC, Statement of FTC Acting Bureau of Competition Director Maribethn Petrizzi on Bureau's Motion to Dismiss Request for Preliminary Relief in Illumina/GRAIL case, Press Release, 20 mai 2021, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2021/05/statement-ftc-acting-bureau-competition-director-maribeth>. Si la stratégie de la FTC consistait à déclencher une suspension automatique de la fusion grâce au système de contrôle européen des concentrations, force est de constater que celle-ci a échoué, les parties ayant malgré l'examen de contrôle en phase II, clôturé leur transaction le 18 août 2021. Voir, Illumina, *Illumina Acquires GRAIL to Accelerate Patient Access to Life-Saving Multi-Cancer Early-Detection Test*, Press release, 18 août 2021, <https://investor.illumina.com/news/press-release-details/2021/Illumina-Acquires-GRAIL-to-Accelerate-Patient-Access-to-Life-Saving-Multi-Cancer-Early-Detection-Test/default.aspx>.

<sup>2032</sup> Commission européenne, M.10483 ILLUMINA/GRAIL, disponible en ligne : [https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=2\\_M\\_10483](https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_10483) ; Voir le communiqué de presse de la Commission, Mergers, Commission prohibits acquisition of GRAIL by Illumina, du 6 septembre 2022: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_22\\_5364](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_5364).

<sup>2033</sup> L'entreprise déclare sur ce point « *Regulators in the EU are reviewing the transaction, but a decision is projected after the deal expires. GRAIL has no business in the EU, and the company believes that the European Commission does not have jurisdiction to review the merger as the EU merger thresholds are not met, nor are they met in any EU member state. The General Court of the European Union will hear Illumina's jurisdictional challenge later this year. By holding GRAIL separate while proceedings are ongoing, Illumina is positioned to abide by whatever final decision is reached in these legal processes* ». Voir. Illumina, *Illumina Acquires GRAIL to Accelerate Patient Access to Life-Saving Multi-Cancer Early-Detection Test*, Press Release, 18 août 2021, disponible en ligne : <https://investor.illumina.com/news/press-release-details/2021/Illumina-Acquires-GRAIL-to-Accelerate-Patient-Access-to-Life-Saving-Multi-Cancer-Early-Detection-Test/default.aspx>.

<sup>2034</sup> TPIUE, 13 juillet 2022, *Illumina Inc c. Commission*, Affaire T-227/21, disponible en ligne : <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=262846&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2752382>.

<sup>2035</sup> TPIUE, 13 juillet 2022, *Illumina Inc c. Commission*, Affaire T-227/21, points 89-146.

<sup>2036</sup> Commission européenne, Mergers : The Commission adopts a Statement of Objections in view of adopting interim measures following Illumina's early acquisition of GRAIL, 20 septembre 2021,

<sup>2037</sup> M10188, 06/09/2022, Grail Illumina.

Malgré l'absence de critère de chiffres d'affaires propre au contrôle européen des concentrations, cette forme de contrôle *ex post* semble donc circonscrite aux cas de concentrations dont le risque d'entraîner des conséquences sur la concurrence d'une particulière gravité<sup>2038</sup>.

Pour les cas où la concentration a été notifiée et est le transfert d'actions a été effectué sans être mis en œuvre conformément à une dérogation, l'examen administratif se déroule dans les conditions de droit commun. La Commission a alors à l'issue de ce contrôle *ex post* la possibilité de publier une décision de compatibilité assortie ou non d'engagements, ou une décision d'incompatibilité<sup>2039</sup>. Dans ce dernier cas, elle devra adopter d'une décision de séparation<sup>2040</sup>.

## *Section 2. L'articulation des compétences au sein des systèmes de contrôle*

L'efficacité du contrôle des concentrations repose sur la détermination au préalable des autorités compétentes pour l'exercer. Les deux systèmes de droit, européen et américain, opèrent sur deux niveaux, l'un national, l'autre supranational. L'approche de chacun des systèmes est sur ce point antagoniste. L'Union européenne dont il résulte la création d'un ordre juridique spécifique a fait le choix de mettre en place des règles de répartition claires des affaires entre la Commission européenne et les États membres. Le principe de subsidiarité qui irrigue le droit européen depuis le Traité de Maastricht<sup>2041</sup> additionné au principe de sécurité juridique, principe général de droit de l'Union, a mené à l'établissement d'une compétence exclusive en faveur de la Commission européenne pour les transactions susceptibles d'avoir des

---

<sup>2038</sup> Voir, l'arrêt *Towercast* du 16 mars 2023, prononcé par la Cour de justice de l'Union européenne dans la continuité de *Continental Can*, la cour reconnaît la possibilité d'un examen *ex post* fondé sur les règles de dominance lorsque l'entreprise n'atteint pas le seuil de notification et qu'aucun renvoi n'a été effectué. V., CJUE, 16 mars 2023, *Towercast*, ECLI:EU:C:2023:207.

<sup>2039</sup> Voir, article 8(3) du Règlement du Conseil 139/2004.

<sup>2040</sup> La dernière décision de déconcentration concerne l'importante affaire *Grail/Illumina*. La Commission a prononcé dans une décision du 12 octobre 2023 l'obligation pour cette dernière de rétrocéder *Grail* dans un délai de 12 mois mais aussi à financer son développement pour garantir sa viabilité. M.10939, 12/10/2023, *Illumina Grail*.

<sup>2041</sup> À l'origine, le principe de subsidiarité ne s'applique que dans les domaines déterminés par les États et où ils des compétences partagées. Il est aussi soumis à un principe de proportionnalité où l'Union ne doit se faire plus contraignant que nécessaire pour atteindre un objectif particulier. X. MARCHAND-TONEL. La subsidiarité, un enjeu des débats sur l'Union européenne. Présentation du dossier, *Droit et société*, vol. 80, no. 1, 2012, pp. 5-12.



répercussions sur le marché commun et qui répondent donc aux dimensions de tailles et aux critères géographiques prédéterminés. Ce sont ces critères qui font fonction de répartition et établissent « le guichet unique » européen à travers un dialogue avec le réseau européen de concurrence, l'« Association des autorités de concurrence nationales ».

Les États-Unis au contraire, font prévaloir le droit des États à protéger les intérêts de leurs « citoyens » en instaurant un principe d'égalité des poursuites entre les personnes. Certes, la procédure du contrôle *ex ante* entendue strictement par la loi Hart-Scott-Rodino de 1976 appartient à la FTC et au DOJ dès lors que la nature interétatique de la concentration est démontrée. En dehors du cadre de l'obligation de notification, le législateur américain suivant une logique de concurrence entre les institutions attribue sans distinction la compétence de mettre en œuvre la Section 7 du Clayton Act aux agences fédérales, mais aussi aux États. Pour les entreprises, la conclusion de fusions, acquisitions et joint-ventures, se caractérise par une augmentation des coûts de transaction et de l'incertitude, estompée malgré tout par des efforts de coopération entre les parties prenantes (**Une superposition des compétences aux États-Unis §1**), mais qui contraste avec l'apparente simplicité du « *one top shop* » en vigueur dans l'Union européenne (**L'organisation du contrôle des concentrations dans l'Union européenne avec les autorités nationales §2**).

Les parties à une concentration économique qui répond aux conditions de seuils fédérales ont l'obligation, en vertu du Titre 15 U.S.C 18, de suspendre et notifier leur opération avant sa consommation aux autorités de concurrence fédérales. Selon le d) du paragraphe 18 :

*« The Federal Trade Commission, with the concurrence of the Assistant Attorney General and by rule in accordance with section 553 of title 5, consistent with the purposes of this section- (1) shall require that the notification required under subsection (a) be in such form and contains such documentary material and information relevant to a proposed acquisition as is necessary and appropriate to enable the Federal Trade Commission and the Assistant Attorney General to determine whether such acquisition may, if consummated, violate the antitrust laws (. . .) ».*

La FTC et le DOJ sont donc concurremment compétents pour évaluer la comptabilité d'une concentration et requérir le cas échéant une suspension auprès du juge. Des mécanismes

de renvoi n'existent à proprement parler qu'au niveau fédéral, *via* la procédure dite de « *clearance* ». Parallèlement aux autorités fédérales de contrôle, les cinquante États et le *District* de Columbia sont autorisés à mettre en œuvre au travers de leur *Attorney general*, les lois antitrust fédérales et le droit des concentrations en tant que *parens patriae*, indépendamment des actions engagées par la FTC et le DOJ. Chaque état dispose, en outre, de règles propres en matière de contrôle *a priori*, appliquées le plus souvent, simultanément à la législation fédérale. La conception américaine du fédéralisme et de la souveraineté des états explique cette addition de compétences qui suit une logique de « *désignation* » sans « *exclusion corrélative* »<sup>2042</sup>. Cette superposition n'est cependant pas sans coût pour les autorités de contrôle et pour les entreprises. Plusieurs autorités peuvent enquêter sur la même transaction, augmentant la charge de procédures et, en fin de compte, les coûts pour les consommateurs. De manière plus problématique, les autorités peuvent nourrir des points de vue divergents sur la substance du contrôle avec pour conséquences de soumettre les entreprises à toute une série d'obligations légales différentes ou pis, contradictoires. Concurrément compétents pour mettre en œuvre le contrôle *ex ante* des concentrations, la FTC et le DOJ ont organisé un système de renvoi informel des affaires (A), auquel s'ajoute la compétence *ad hoc* des *State Attorney general*, (B).

### A. La procédure de *clearance* entre la FTC et le DOJ

Le dualisme institutionnel n'est pas un particularisme du droit des concentrations, le chevauchement des compétences entre les deux autorités de concurrence intervient dans l'application des Sections 2 (les prix discriminatoires), 3 (sur les accords exclusifs et les ventes liées) et 8 (mandats croisés d'administrateurs) du Clayton Act et par des dispositions qui bien qu'explícite sur l'exclusivité de leur application, se croisent ou se confondent sur le fond<sup>2043</sup>. Le DOJ possède, en revanche, seul le pouvoir de mettre en œuvre les dispositions du volet civil et criminel du *Sherman Act*. La double compétence s'est hérissée en contrainte ma-

---

<sup>2042</sup> Occurrence « compétence », in *Dictionnaire de la Culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS, (sous la direction de), Lamy- PUF, 2003, p.247.

<sup>2043</sup> La *Federal Trade Commission* n'a pas la compétence de mettre en œuvre le *Sherman Act*., toutefois les termes très généraux de la Section 5 du FTC Act (15 U.S.C. Sec. 45(a)), qui sanctionne les « *unfair methods of competition* » lui permettent de poursuivre des actes et comportements qui entreraient dans le champ de compétence civil du DOJ. La force de la section 5 s'étend même au-delà, puisqu'elle peut recouvrir des pratiques non interdites par le *Sherman Act*. Voir, *FTC v. Sperry & Hutchinson Co*, 405 U.S. 233 (1972) qui reconnaît « *that even practices which violate neither the letter nor the spirit of the antitrust laws may nevertheless violate section 5(a)* ».

jeure dans le domaine des concentrations économiques, lors du vote du HSR *Act* en 1976 qui oblige les entreprises à notifier leur opération à l'autorité publique sous peine de sanctions financières. Auparavant, la FTC et le *Department of Justice* jouaient leur rôle *d'enforcers* de la loi Clayton dans des conditions juridiques où la multitude d'autorités constituait davantage une nécessité qu'un arrangement institutionnel superflu<sup>2044</sup>. Le HSR comme le Clayton Act, ne fixe pas les critères de compétences entre les deux agences, mais les autorise à « *prescribe other such rules as may be necessary and appropriate to carry out the purposes of this section* »<sup>2045</sup>.

Le premier accord officiel<sup>2046</sup> de *clearance* a été conclu en 1948 à la suite de l'arrêt *FTC v. Cement Institute* qui reconnaît la compétence cumulative des deux autorités pour poursuivre les mêmes faits sur deux fondements juridiques distincts :

*The Commission has jurisdiction to conclude that conduct tending to restrain trade is an unfair method of competition violated of § 5 of the Federal Trade Commission Act, even though the selfsame conduct may also violate the Sherman Act. (...). The filing by the United States of a civil action in a federal district court to restrain the respondents and others from violating § 1 of the Sherman Act, though based largely on the same alleged misconduct as in the Commission proceeding, does not require that the Commission proceeding be dismissed*<sup>2047</sup>.

L'accord de 1948 fut modifié à plusieurs reprises<sup>2048</sup>. À l'origine, l'arrangement consistait à informer l'autre agence des dossiers en cours dans la lutte anti-monopole et de procéder ainsi à chaque nouvelle ouverture d'enquête grâce à un officier de liaison. Suivant ce système,

---

<sup>2044</sup> Depuis la création de la FTC le 26 septembre 1914 et le passage du *Clayton Act* qui suivit, le 15 octobre 1914, le DOJ et la FTC ont la prérogative partagée de contester devant un juge la légalité d'une opération de concentration avant et après sa réalisation. En l'absence de notification obligatoire, les autorités fédérales de concurrence n'avaient aucun moyen d'anticiper sur un projet de concentration en dehors de la presse ou grâce au partage d'indiscrétions de concurrents ou de personnes intéressées dans le secteur concerné.

<sup>2045</sup> 15 U.S.C § 18a (d)(2)(C). <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title15-section18a&num=0&edition=prelim>

<sup>2046</sup> Avant 1948 les accords de *clearance* étaient à la fois informels et officieux.

<sup>2047</sup> *Trade Comm'n v. Cement Institute*, 333 U.S. 683 (1948) ; *Fed. Trade Comm'n v. AT&T Mobility LLC*, 883 F.3d 848 (9th Cir. 2018), point, 864).

<sup>2048</sup> L'accord a été révisé en 1963, 1993 et 1995. Voir, T. J. MURIS, *Comments on the FTC-DOJ Clearance Process Before the Antitrust Modernization Commission*, 03 novembre 2005, p.3, disponible en ligne à l'adresse suivante: [http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission\\_hearings/pdf/Muris\\_Statement.pdf](http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission_hearings/pdf/Muris_Statement.pdf).

si aucune investigation n'était ouverte par une agence, l'autre pouvait entreprendre son enquête. Dans le cas où les deux autorités fédérales s'attelaient à la même affaire, la liaison était alors relayée au niveau supérieur, auprès du *Chairman* de la FTC et de l'AAG de la division antitrust pour un accord<sup>2049</sup>. L'objectif premier de la procédure de *clearance* consistait d'abord à éviter l'utilisation redondante des ressources administratives.

Aujourd'hui l'efficacité de la *clearance process* ne se mesure plus à l'absence de doublon, mais à la rapidité de rattachement d'une affaire à une autorité particulière. Le processus de répartition est actuellement organisé sur le fondement d'accords conclus en 1993<sup>2050</sup> et en 1995<sup>2051</sup> entre les deux institutions<sup>2052</sup>. Ainsi, après que les services du PNO ont examiné la conformité externe de la notification et encaissé les frais de notification payés par l'acquéreur<sup>2053</sup>, les services des autorités de concurrence, le « *FTC Liaison Officer* » et le « *Premerger and Division Statistics Unit* » pour le DOJ, sont informés des noms des entreprises, des produits en cause, du marché géographique et la fin du délai d'attente, par un système électronique de gestion commune des affaires. Les accords de 1993 et de 1995 rappellent la compétence et la liberté de chacune à enquêter et à poursuivre des concentrations qui entreraient dans le champ d'application du HSR Act. Néanmoins, elles sont tenues par le respect de certains principes consacrés par la pratique et l'usage.

---

<sup>2049</sup> T. J. MURIS, *Comments on the FTC-DOJ Clearance Process Before the Antitrust Modernization Commission*, 03 novembre 2005, p.3, disponible en ligne à l'adresse suivante: [http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission\\_hearings/pdf/Muris\\_Statement.pdf](http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission_hearings/pdf/Muris_Statement.pdf); United States Department of Justice, *Antitrust Division Relationships with Other Agencies and the Public*, Manual, Chapter VII, 2017, p. 3, disponible en ligne :

<sup>2050</sup> En 1993, un nouvel accord de *clearance* a été conclu entre le DOJ et la FTC dont la dernière modification datait de 1962 et 1963. Cette réfaction a été engagée face à l'urgence de la multiplication des conflits entre les deux agences et les nombreux retards qu'ils généraient. Selon Timothy J. Muris, entre 1982 et 1989 dix conflits de compétence par an en moyenne survenaient, alors qu'entre 1990 et 2001, la moyenne s'est élevée à 83 conflits par an. Cette augmentation soudaine s'est expliquée par le développement de concentrations complexes et l'émergence de nouveaux secteurs économiques accompagnée d'une libéralisation des secteurs régulés. Voir. T. J. MURIS, *Comments on the FTC-DOJ Clearance Process Before the Antitrust Modernization Commission*, 03 novembre 2005, p. 5-6, disponible en ligne à l'adresse suivante: [http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission\\_hearings/pdf/Muris\\_Statement.pdf](http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission_hearings/pdf/Muris_Statement.pdf); J. O'NEILL KAY, *Clearance : the Back Story and Looking Forward*, *The Antitrust Source*, Août 2012, p.5.

<sup>2051</sup> L'accord de 1995 vise explicitement à pallier le retard de traitement ayant pour origine le conflit de compétence inter-agences. Voir. FTC & U.S. Department of Justice, *Hart-Scott-Rodino Premerger Program Improvements*, 23 mars 1995. Voir, ABA, *The Merger Review Process, A Step-by-Step to U.S. and Foreign Merger Review*, Fourth Ed., 2012, p. 258.

<sup>2052</sup> United States Department of Justice, *Antitrust Division Manual*, Chapter VII. *Antitrust Division Relationships with Other Agencies and the Public*, 5<sup>e</sup> Ed., 2018, p.4, disponible en ligne :

<sup>2053</sup> Lorsque la concentration n'entre pas dans le cas d'un *tender offer* ou d'acquisition par une partie tierce selon les conditions édictées par de la règle 801.30 (16 CFR 801.30), la notification doit s'effectuer individuellement et simultanément par les deux parties à l'opération. Le PNO attendra pour faire courir la période de suspension la réception des deux notifications. Dans le cas d'achat par *tender offer* ou d'un tiers, le délai de suspension court à partir de la réception de la notification de l'acquéreur.

Dès réception d'un dossier déclaré conforme aux exigences du PNO, les deux autorités de concurrence procèdent individuellement à un examen préliminaire au fond<sup>2054</sup>. Elles ne peuvent se fonder que sur les documents fournis par le PNO et les documents publics disponibles. Elles ne peuvent en aucun cas à ce stade, contacter les parties ou des tiers pour informations complémentaires<sup>2055</sup>. Si une agence décide qu'une opération soulève des inquiétudes pour la concurrence, elle doit déclarer à l'agence voisine<sup>2056</sup> *via* son officier de liaison sa volonté d'examiner une opération particulière. La demande d'examen est alors partagée à l'ensemble des chefs et des assistants des sections ou de bureaux. Ces derniers peuvent accepter la demande de *clearance* (*agree to clear*), ou agréer la demande avec des réserves (*agree to clear with caveat*) ou contester la demande (*objections to clearance*) en soumettant « *a preliminary investigation memo* » ou plus exceptionnellement « *a short-form clearance request* ». La contestation doit être transmise à l'officier de liaison dans les cinq jours après que la notification a été déposée dans les cas ordinaires et trois jours s'il s'agit d'une *cash tender offer* ou d'un contexte de faillite<sup>2057</sup>. L'American Bar Association avance des délais de *clearance* plus importants de 9 jours ouvrables dans les situations communes et de 7 jours en cas d'urgence<sup>2058</sup>.

En cas de contestation de *clearance*, le DOJ et la FTC complètent un formulaire de réclamation (*claim form*) qui expose au regard de la concentration, les arguments en faveur de leur compétence. L'accord de *clearance* de 1993 détermine les critères de partage des affaires : l'expertise et la spécialité de chacune. L'expérience récente<sup>2059</sup> (moins de 5 ans) ou le

---

<sup>2054</sup> Federal Trade Commission (Premerger Notification Office), Introductory Guide I : What is the Premerger Notification Program? An Overview, Mars 2009, p. 11, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/premerger-introductory-guides/guide1.pdf>.

<sup>2055</sup> Si une autorité de concurrence a besoin d'informations complémentaires, les demandes de contacts, appels ou rendez-vous avec les parties ou des tiers doivent être notifiées à l'autre agence afin qu'elle puisse y assister ou y participer. *Voir.*, United States Department of Justice, *Antitrust Division Manual*, Chapter VII. Antitrust Division Relationships with Other Agencies and the Public, 5<sup>e</sup> Ed., 2018, p. 5

<sup>2056</sup> Sur le plan géographique, deux rues seulement séparent le *Department of Justice* et la FTC, qui s'alignent en enfilade sur *Pennsylvania Avenue NW*, au centre de Washington D.C. La FTC, au 600 Pennsylvania Avenue, N.W et le Department of Justice 950 Pennsylvania Avenue, N.W. La « *Premerger and Division Statistics Unit* » du *Department of Justice* n'est plus logé depuis 2017 dans le bâtiment principal. Leur bureau se trouve actuellement au 450 Fifth Street, N.W., Suite 1100, Washington, DC 20530-0001.

<sup>2057</sup> Le délai de trois jours est appliqué aux situations d'urgence, dans l'éventualité par exemple où la période de suspension de l'opération s'est presque entièrement écoulée ou si un conflit de compétence entre les deux agences apparaît manifeste. *Voir.*, p.4.

<sup>2058</sup> ABA, *FTC Practice and Procedure Manual*, 2d Ed., ABA Publishing 2014, p. 257.

<sup>2059</sup> Le traitement du cas doit être de moins de cinq ans ou de moins de dix ans si aucune agence n'a traité récemment la question. L'expertise sur le produit doit s'appuyer sur des « *substantial investigations* » c'est-à-dire, d'actes de recherches ou d'enquête (*compulsory process*) ou de *second request*. Le lien avec le produit ne peut-être direct ou incident. *Voir.* ABA, *FTC Practice and Procedure Manual*, ABA Publishing 2014, 2d Ed., 2014, p.127.

traitement d'affaires en cours dans l'industrie en cause constituent des indices de poids pour le choix d'une autorité. Les réclamations sont échangées simultanément par courriels et chaque agence évalue les arguments de l'autorité concurrente. Les officiers de liaison entrent en négociation afin d'établir laquelle des agences est la mieux à même de traiter au fond l'opération de concentration<sup>2060</sup>.

Dans le cas où les discussions échouent<sup>2061</sup>, le dossier en conflit de compétence est appelé par le *Director of Civil Enforcement* du DOJ et le *Director of the Bureau of Competition* à la FTC. Si ces administrateurs supérieurs ne peuvent trouver d'accord, la contestation est tranchée par le *Chairman* ou *Chairwoman* de la FTC et l'AAG for Antitrust du Department of Justice, qui peuvent utiliser le tirage au sort<sup>2062</sup>. Tant que l'affaire n'a pas été attribuée à une autorité particulière, il ne peut être soumis de *Second request*, ce qui évite au niveau fédéral tout au moins, l'émergence de conclusions contraires pour un même cas.

Si les entreprises et leurs avocats ont une idée des prérogatives sectorielles de chaque autorité<sup>2063</sup>, elles n'ont pas la certitude d'être examinées par l'une ou par l'autre des agences<sup>2064</sup>. Une tentative de clarification avait été lancée à la fin des années 1990 pour aboutir en 2002 à un accord, mis en échec sous l'action principale du Sénateur Ernest F. Hollings, membre à la fois du *Senate Commerce Committee* and the *Appropriations Subcommittee on Commerce, Justice, State, and the Judiciary*. La situation à la fin des années 90 et au début des années 2000 était alarmante du point de vue de l'efficacité du système américain. La FTC

---

<sup>2060</sup> United States Department of Justice, *Antitrust Division Manual*, Chapter VII. Antitrust Division Relationships with Other Agencies and the Public, 5<sup>e</sup> Ed., 2018, p. 6 ; ABA, *FTC Practice and Procedure Manual*, ABA Publishing 2014, 2d Ed., 2014, p.128.

<sup>2061</sup> Le temps des discussions de *clearance* est théoriquement encadré par des accords internes, mais qui ne lient pas légalement les deux institutions. Ainsi, en matière de notification HSR, les agences déterminent en deux jours la compétence. *Voir.* United States Department of Justice, *Antitrust Division Manual*, Chapter VII. Antitrust Division Relationships with Other Agencies and the Public, 5<sup>e</sup> Ed., 2018, p.6.

<sup>2062</sup> L'ancien AAG for Antitrust Makan Delrahim reconnu que le tirage au sort avait été utilisé une fois lorsqu'il était aux responsabilités. *Voir.* B. KOENIG, For DOJ and FTC, *Clearing Deals Remains a Gray Area*, Law 360.com, 20 mars 2020, 3:44 PM EDT.

<sup>2063</sup> Certains anciens membres de la FTC qui retournent exercer dans le secteur privé, témoignent de l'absence de cohérence et de l'atmosphère dégradée entre le DOJ et la FTC. Pour Debbie Feinstein, directrice du Bureau of Competition de 2013-2017, toutes les affaires sur lesquelles elle a travaillé au cours de sa nouvelle pratique se sont enlisées dans un conflit de *clearance* entre agences et ce, même dans les domaines dont elle pensait qu'ils ne soulevaient aucune ambiguïté au regard de l'expérience. *Voir.* B. KOENIG, For DOJ and FTC, *Clearing Deals Remains a Gray Area*, Law 360.com, 20 mars 2020, 3:44 PM EDT.

<sup>2064</sup> Des contacts préliminaires peuvent être établis avec les équipes d'une des deux agences, en fournissant par exemple, l'information de la conclusion prochaine d'une concentration pour susciter le désir de l'autorité cible à solliciter l'examen la concentration en question. Ce type d'action n'assure aucun résultat.

indiquait dans une étude publiée le 28 février 2002<sup>2065</sup> que depuis le début de l'année fiscale 2000, sur les 136 affaires qui avaient fait l'objet d'un désaccord entre les agences, le délai de *clearance* moyen s'élevait à trois semaines et demie. Une seule semaine de négociation pour déterminer la compétence dans la procédure HSR implique de graves retards dans le contrôle *a priori*. Ces circonstances avaient selon Timothy J. Muris, ancien Chairman à la FTC (2001-2004) engendrée de nombreux actes de détournement de la procédure, en déclenchant par exemple des *second requests* pour des opérations qui ne l'auraient pas requis afin d'être en mesure d'examiner effectivement la concentration, ou au contraire l'autorité pouvait s'interdire de déclencher une *second request* par manque de temps, ou encore, demandait aux entreprises le retrait puis, la réintroduction de la notification pour réduire la probabilité d'un dépôt de *second request*<sup>2066</sup>.

Le *mémorandum* sur un accord de *clearance* fut signé le 5 mars 2002<sup>2067</sup> avant d'être abandonné sous la pression du sénateur Hollings qui contestait d'une part le résultat de la distribution des affaires<sup>2068</sup> et d'autre part, le manque de concertation du Chairman Timothy J.

---

<sup>2065</sup> L'étude n'est plus référencée par la FTC, mais est citée dans le communiqué de presse du 5 mars 2002 annonçant le nouvel accord de *clearance*. Voir. FTC, *FTC and DOJ Announce New Clearance Procedures for Antitrust Matter, Memorandum of Agreement Allocates Industry Sectors Between Agencies*, Press Release, 5 mars 2002, <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2002/03/ftc-and-doj-announce-new-clearance-procedures-antitrust-matters>.

<sup>2066</sup> T. J. MURIS, *Comments on the FTC-DOJ Clearance Process Before the Antitrust Modernization Commission*, 03 novembre 2005, p.6, disponible en ligne à l'adresse suivante: [http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission\\_hearings/pdf/Muris\\_Statement.pdf](http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission_hearings/pdf/Muris_Statement.pdf).

<sup>2067</sup> L'accord rendait publics les secteurs de compétence attribués à chacune des agences. La FTC aurait eu à connaître des affaires concernant : les structures d'avion, les automobiles et camions, les matériaux de construction, les produits chimiques, le matériel informatique, l'énergie, les soins de santé, le gaz industriel, les munitions, l'exploitation de magasins d'alimentation et fabrication de produits d'épicerie, y compris les spiritueux distillés et les produits du tabac, l'exploitation de magasins de détail, les produits pharmaceutiques et de biotechnologie (autres que celles liées à l'agriculture), les services professionnels, la fabrication et le lancement de satellites, les véhicules de lancement, le textile. Le DOJ aurait possédé la compétence sur l'agriculture et biotechnologie associée, l'aviation, l'aéronautique et électronique de défense, la bière, les logiciels d'ordinateur, les cosmétiques et soins capillaires, les services financiers/assurances/actions et options, obligations et des produits de base, le verre plat, l'assurance maladie, et produits et services de santé, les services de santé pour lesquels la FTC estime ne pas être compétente, l'équipement industriel, les médias et divertissement, les métaux, mines et minéraux, les missiles, chars et véhicules blindés, les produits de défense navale, les photographies et films, le papier, le bois de construction et le bois d'œuvre, les services et équipements de télécommunications, les voyages et transports, les déchets. L'accord prévoit aussi de réduire à un jour le temps de *clearance* après réceptions de la demande. Voir. FTC, DOJ, *Memorandum Of Agreement Between The Federal Trade Commission And The Antitrust Division Of The United States Department Of Justice Concerning Clearance Procedures For Investigations*, 5 mars 2002, disponible en ligne :

<https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2007/07/17/10170.pdf>.

<sup>2068</sup> Le Sénateur Hollings refusait de confier à l'*Antitrust division* du DOJ les fusions dans le domaine du divertissement et des médias. Il craignait en effet, le *Department of Justice* soit plus sensible aux pressions politiques de la Maison-Blanche que les cinq commissaires politiquement paritaires de la FTC. Voir, *Hearings before a Subcommittee on Appropriations United States Senate on S. 2778, An Act Making Appropriations for the Department of Commerce, Justice, and State, the Judiciary, and related Agencies Appropriations for Fiscal Year ending September 30, 2003, and for other Purposes*,

Muris et de l'*AAG for Antitrust*, Charles James, auprès des autres commissaires de la FTC<sup>2069</sup> et du Congrès<sup>2070</sup>. Le retrait de l'accord est survenu après que le Sénateur a menacé de manière publique et directe de réduire le budget du DOJ et le salaire des commissaires de la FTC « afin de se faire entendre » des deux agences<sup>2071</sup>. Si le retrait de l'*agreement* sonna comme un coup de Tonnerre, les méthodes employées pour faire reculer les deux autorités de concurrence, reçues peu de commentaires. Le Congrès dispose, certes, d'un pouvoir de surveillance des activités de la FTC et du DOJ, il a cependant expressément donné aux deux autorités de concurrence la liberté de s'organiser<sup>2072</sup> sans concertation ou sous recourir à une forme d'acte particulier<sup>2073</sup>.

Les conflits de compétence interagences sont courants et peuvent s'avérer chronophages pour l'administration et coûteux pour les parties. Les deux agences fédérales se gardent en principe de paroles publiques dénigrantes contre leur homologue, dès l'instant où les représentants révèlent des frictions, qui en raison de la nature administrative de la procédure de

---

<sup>2069</sup> Deux commissaires de la FTC (Orson Swindle and Thomas B. Leary) ont publié des déclarations soutenant le nouvel accord de *clearance*, tandis que deux autres (Mozelle W. Thompson et Sheila F. Antony) ont produit des témoignages allant dans le sens des préoccupations du sénateur Hollings. Voir, *Statement of Commissioners Orson Swindle and Thomas B. Leary on the Memorandum of Agreement Between the Federal Trade Commission and the Antitrust Division of the United States Department of Justice Concerning Clearance Procedures for Investigations*, 18 janvier 2002, reproduits en partie in, The Department of Commerce, Justice, and State, the Judiciary, and related Agencies Appropriations for Fiscal Year 2003, *Hearings before a Subcommittee on Appropriations United States Senate on S. 2778, An Act Making Appropriations for the Department of Commerce, Justice, and State, the Judiciary, and related Agencies Appropriations for Fiscal Year ending September 30, 2003, and for other Purposes*, note 38 p. 415 ; *ibid.*, Prepared Statement of Commissioner Mozelle W. Thompson and FTC Commissioner Sheila F. Antony, p. 423-427. Disponible en ligne sur Google book: <https://books.google.com/books?id=IKpAzNIyFr0C&pg=PP3&dq=Hearings+before+a+Subcommittee+on+Appropriations+United+States+Senate+on+S.+2778,+An+Act+Making+Appropriations+for+the+Department+of+Commerce,+Justice,+and+State,+the+Judiciary,+and+related+Agencies+Appropriations+for+Fiscal+Year+ending+September+30,+2003,+and+for+other+Purposes.&hl=fr&sa=X&ved=2ahUKEwj-vbvtifDwAhXZWc0KHbuSDjIQ6AEwAHoECAMQA#v=onepage&q&f=false>

<sup>2070</sup> I. KNABLE GOTTS, P. A. PROGER, Federal Antitrust Agencies Merger Clearance Pact —Dead or Delayed ?, *M&A Law*, May 2002, p. 25.

<sup>2071</sup> « Hollings said, 'I can tell you here and now, Mr. Chairman, that we know how to act...What we'll have to do is, by gosh, just come here and cut that budget around so that we get your attention' ». Les paroles du Sénateur Hollings telles qu'elles ont été expressément rapportées lors des hearings organisées devant l'Appropriation Committee le 19 mars 2002. Cité par B. SHEARER, Merger Clearance Accord Turns Nasty, *Mergers & Acquisitions Journal*, 1<sup>er</sup> Juin 2002, disponible en ligne : <https://www.themiddlemarket.com/news/merger-clearance-accord-turns-nasty>.

<sup>2072</sup> « The Federal Trade Commission, with the concurrence of the Assistant Attorney General and by rule in accordance with section 553 of title 5, consistent with the purposes of this section-(...) C) prescribe such other rules as may be necessary and appropriate to carry out the purposes of this section ». Voir. 15 U.S.C § 18a (d)(2)(C). <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title15-section18a&num=0&edition=prelim>

<sup>2073</sup> La FTC et le DOJ ont utilisé un *agreement*, ils auraient pu utiliser la « *notice-and-comment rulemaking* » qui est suivie d'une procédure formelle encadrée par l'Administrative Procedure Act, qui oblige à la consultation du public et dont le résultat est opposable à l'administration. Voir. L. KEARNY PEAY, The Cautionary Tale of the Failed 2002 FTC/DOJ Merger Clearance Accord, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 60, N° 4, Mai 2007, p. 1321.



*clearance*, sont cachées aux sus et à la vue de tous, la rivalité a atteint un paroxysme et ne peut plus être dissimulée. Les problématiques de répartition des affaires émergent avec plus de force lorsqu'elles ont une couverture médiatique d'envergure. Le *Wall Street Journal* a dévoilé en 2019 qu'un accord interagence avait été conclu pour coordonner la surveillance et la poursuite des grandes entreprises technologiques : la FTC se dédiait à Facebook Inc., et Amazon.com, le DOJ surveillait Apple et Alphabet Inc (Google)<sup>2074</sup>. Accord, qui lors de l'audition devant la sous-commission antitrust du Sénat le 17 septembre 2019 n'avait pas survécu, les deux autorités reconnaissant que « *this past year the clearance process did not work well for a small number of potential conduct investigations involving technology companies*<sup>2075</sup>. L'Assistant Attorney General Makan Delrahim à cette époque, sur la question du Senator Lee quant aux problèmes de doubles compétences générés par le dualisme institutionnel, « *I cannot deny that there are instances where [FTC] Chairman [Joe] Simons' and my time is wasted on those types of squabbles* »<sup>2076</sup>, ajoutant « *It would be hard to imagine a system being designed at the first instance like we have today. (. . .) It's not the best model of efficiency.* »<sup>2077</sup>. Le Chairman de la FTC Joseph Simons conclue en déclarant « *Something I do have to say is, we have some characteristics at the Federal Trade Commission that are kind of unique and I think they are very helpful (. . .) and so, that might not say that you should only have one, but if you are only going to have one, you might want to have one with those qualities (. . .) if had one agency, you might have one agency more like the FTC than the justice department* »<sup>2078</sup>. Récemment, la FTC a obtenu l'examen de l'opération de rachat de la MGM par Amazon, d'un montant de 8,44 milliards de dollars, le DOJ se chargeant de

<sup>2074</sup> B. KENDALL, J.D. MCKINNON, Congress, Enforcement Agencies Target Tech, *Wall Street Journal*, mis à jour le 3 juin 2019, disponible en ligne : [https://www.wsj.com/articles/ftc-to-examine-how-facebook-s-practices-affect-digital-competition-11559576731?mod=article\\_inline](https://www.wsj.com/articles/ftc-to-examine-how-facebook-s-practices-affect-digital-competition-11559576731?mod=article_inline).

<sup>2075</sup> Réponses à l'interrogatoire commun de Makan Delrahim AAG de la division Antitrust et Joseph J. Simons, Chairman de la FTC, United States Senate Judiciary Subcommittee on Antitrust, Competition Policy, and Consumer Rights "Oversight of the Enforcement of the Antitrust Laws", Questions for Chairman Joseph Simons Submitted by Senator Richard Blumenthal, 1<sup>er</sup> octobre 2019, p. 17, disponible en ligne : <https://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/Simons%20Responses%20to%20QFRs3.pdf>

<sup>2076</sup> Voir. Enregistrement vidéo, United States Senate Judiciary Subcommittee on Antitrust, Competition Policy, and Consumer Rights "Oversight of the Enforcement of the Antitrust Laws", du 17 septembre 2019, à 00 :35 :50 minutes, disponible en ligne : Voir, <https://www.judiciary.senate.gov/meetings/09/17/2019/07/23/2019/oversight-of-the-enforcement-of-the-antitrust-laws>.

<sup>2077</sup> Voir. Enregistrement vidéo, United States Senate Judiciary Subcommittee on Antitrust, Competition Policy, and Consumer Rights "Oversight of the Enforcement of the Antitrust Laws", du 17 septembre 2019, de 00 :39 :33 à 00 :40 :27 de la vidéo.

Disponible en ligne, <https://www.judiciary.senate.gov/meetings/09/17/2019/07/23/2019/oversight-of-the-enforcement-of-the-antitrust-laws>.

<sup>2078</sup> Ces réponses n'ont pas été retranscrites au sein des témoignages et des Questions/réponses, mais l'enregistrement complet des *hearings* est disponible. Parole rapportée de 02 :59 :03 à 02 :59 :38 de la vidéo. Voir, <https://www.judiciary.senate.gov/meetings/09/17/2019/07/23/2019/oversight-of-the-enforcement-of-the-antitrust-laws>.

Google et d'Apple, tandis que la FTC s'occuperait de Facebook et d'Amazon<sup>2079</sup>.

Le dualisme institutionnel ne répond que partiellement aux exigences de transparence soutenues dans les recommandations de l'*International Competition Network* et de l'OCED. Les coûts qui de ce système résultent d'abord de l'incertitude générée lorsque plusieurs entités possèdent le pouvoir d'examiner les effets concurrentiels d'une transaction, mais peuvent parvenir à des conclusions différentes sur une question, l'incertitude peut aussi tenir du délai d'examen des organismes, bien que théoriquement encadré par l'accord de 1993<sup>2080</sup>. Les représentants des autorités de concurrence fédérales reconnaissent que le dualisme institutionnel génère une forte concurrence administrative, ils doivent s'adapter aux formes institutionnelles qui se sont imposées sous l'action de l'histoire, il permet une certaine plasticité dans les rapports avec d'autres parties prenantes, parmi lesquelles les *States Attorneys General*.

## B. Les États fédérés et la doctrine du « *Parens patriae* »

**Fondements.** L'intervention des États dans le contrôle des concentrations fédéral par leur *state attorney general*<sup>2081</sup>, s'appuient sur trois fondements distincts<sup>2082</sup>. Premièrement sur la doctrine générale de *common law* du *parens patriae* qui permet aux États de défendre leurs intérêts « quasi souverains » ou ceux de leurs citoyens contre un dommage<sup>2083</sup>. Leur action peut se fonder deuxièmement sur la Section 4 du Clayton Act<sup>2084</sup>, en leur qualité de « clients »

---

<sup>2079</sup> T. ROMM, Amazon could face heightened antitrust scrutiny under a new agreement between U.S. regulators, *Washington Post*, 1<sup>er</sup> juin 2019, disponible en ligne : <https://www.washingtonpost.com/technology/2019/06/02/amazon-could-face-heightened-antitrust-scrutiny-under-new-agreement-between-us-regulators/>.

<sup>2080</sup>

<sup>2081</sup> Les *states attorneys general* ont pour missions la mise en œuvre du droit et la protection de leurs « citoyens ». Ils sont en principe élus à l'exception de six États : Tennessee (TN), Wyoming (WY), Alaska (AK), Maine (ME), New Jersey (NJ), Hawaii (HI), et les territoires de Puerto Rico (PR), Virgin Islands (VI) qui ont des *states attorneys general* nommés. Cette mission peut être exercée soit par le Gouverneur de l'État (WY, AK, HI, VI, PR), par la Cour suprême de l'État (TN, NJ) ou l'appareil législatif local (ME). Voir, <https://www.naag.org/news-resources/research-data/attorney-general-elections/>.

<sup>2082</sup> Les fusions et acquisitions peuvent être contestées en vertu des droits étatiques, soit sur la base d'une réglementation ou de notification des concentrations internes à l'État ou par leurs lois antitrust. Les dispositions étatiques n'entrent toutefois pas dans le champ de la présente thèse.

<sup>2083</sup> *Georgia v. Pennsylvania R. Co*, 324 U.S. 439(1945). Les citoyens pour lesquels agissent le *state attorney general* doivent être les acquéreurs directs des produits du défendeur à l'acteur.

<sup>2084</sup> Codifié 15 U.S.C § 26. « *Any person, firm, corporation, or association shall be entitled to sue for and have injunctive relief, in any court of the United States having jurisdiction over the parties, against threatened loss or damage by a violation of the antitrust laws, including sections 13, 14, 18, and 19 of this title (...)* ». Voir en ligne : <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid%3AUSC-prelim-title15-chap->

pour qui la concentration produirait des conséquences dommageables. Ils peuvent demander des *injunctives reliefs* et des dommages et intérêts s'ils sont les acquéreurs directs des entreprises<sup>2085</sup>. Les États peuvent troisièmement, aux termes de la Section 16 du Clayton Act<sup>2086</sup>, agir en tant que *parens patriae*<sup>2087</sup> de leurs citoyens consommateurs pour les concentrations ayant des répercussions sur leur territoire<sup>2088</sup> et requérir des *injunctive reliefs* ainsi que des *divestitures*, à condition de prouver une « *threatened loss or damage* » à leurs intérêts<sup>2089</sup>. Cette dernière action a été inscrite au Titre III du Hart-Scott-Rodino Act de 1976<sup>2090</sup>, à la suite du jugement de la 9<sup>e</sup> circuit de l'*United States Court of Appeal* de Californie qui appelait le Congrès à légiférer pour étendre l'obtention de *treble damages* au-delà des intérêts « quasi souverains » de l'État<sup>2091</sup>. Les États peuvent aussi intervenir devant les cours d'appel fédéral par des *amicus curiae briefs* sans le consentement des parties ou l'autorisation du tribunal

---

[ter1&saved=%7CZ3JhbnVsZWkOIVTQy1wcmVsaW0tdGI0bGUxNS1zZWNoaW9uMThh%7C%7C%7C0%7Cfalse%7Cprelim&edition=prelim.](#)

<sup>2085</sup> Codifié 15 U.S.C § 15 : §15(c):

« Any attorney general of a State may bring a civil action in the name of such State, as *parens patriae* on behalf of natural persons residing in such State, in any district court of the United States having jurisdiction of the defendant, to secure monetary relief as provided in this section for injury sustained by such natural persons to their property by reason of any violation of sections 1 to 7 of this title »

[https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid%3AUSC-prelim-title15-](https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid%3AUSC-prelim-title15-chap-)

[chap-ter1&saved=%7CZ3JhbnVsZWkOIVTQy1wcmVsaW0tdGI0bGUxNS1zZWNoaW9uMThh%7C%7C%7C0%7Cfalse%7Cprelim&edition=prelim.](#) Voir. *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977).

<sup>2086</sup> *California v. American Stores Co.*, 110 S. Ct. 1853, 1855, 1866-67 (1990).

<sup>2087</sup> L'action de *parens patriae* est ici statutaire (Section 16 du Clayton Act, codifié, 15 USC § 26 et §§ 15c), et diffère dans son contenu au concept originel de *common law*.

<sup>2088</sup> Les États sont intéressés dans de nombreuses matières dont les conséquences peuvent être concrets pour les consommateurs locaux ou pour l'État lui-même, grand acheteur de médicaments, de bus d'école, les hôpitaux ou cliniques, les laboratoires pharmaceutiques, les entreprises de vente au détail (supermarchés, stations essence, centres commerciaux) et services funéraires.

<sup>2089</sup> 15 USC § 26, §§15c. Voir, *California v. American Stores Co.*, 495 U.S. 271, 280 (1990) qui confirme la compétence des États à agir en complément des autorités fédérales ou s'y substituer et de requérir des cessons d'actions sur le fondement du Clayton Act, et défaire ainsi les concentrations illégales, non attaquées au niveau fédéral. De même, *Hawaii v. Standard Oil Co.*, 405 U.S. 251 (1971), *Georgia v. Pennsylvania R. Co.*, 324 U.S. 439(1945).

Les *states attorneys general* doivent toutefois faire la preuve d'un intérêt public dans la formulation de leurs remèdes qui obéit selon la jurisprudence à 4 critères :

According to well-established principles of equity, a plaintiff seeking a permanent injunction must satisfy a four-factor test before a court may grant such relief. A plaintiff must demonstrate : (1) that it has suffered an irreparable injury ; (2) that remedies available at law, such as monetary damages, are inadequate to compensate for that injury ; (3) that, considering the balance of hardships between the plaintiff and defendant, a remedy in equity is warranted ; and (4) that the public interest would not be disserved by a permanent injunction.

Voir. *eBay, Inc. v. MercExchange, LLC*, 547 U.S. 388, 391 (2006)

<sup>2090</sup> Codifié 15 U.S.C. §§ 15c, 15f.

<sup>2091</sup> *California v. Frito-Lay, Inc.*, 474 F.2d 774 (9th Cir.1973). La question en appel était de savoir si un État, en tant que *parens patriae*, pouvait intenter une action en justice et recouvrer des *trebles damages* au nom de ses citoyens en cas de préjudice commercial ou matériel. L'autorité de la *parens patriae* n'avait été reconnue auparavant que pour faire cesser le préjudice causé à un intérêt « quasi souverain » de l'État, un intérêt distinct de celui des particuliers qui pourraient être touchés. La Cour estima qu'il appartenait au Congrès d'autoriser une telle action. Voir, S. B. FARMER, *More Lessons from the Laboratories: Cy Pres Distributions in Parens Patriae Antitrust Actions Brought by State Attorneys General*, *Fordham L. Rev.*, Vol. 68, 1999, p. 361- 376.

(*leave of court*)<sup>2092</sup>.

Les prérogatives des États sont donc considérables. La Constitution américaine, votée en 1787 ne se plaçait qu'en surplomb des Constitutions des États fédérés qui lui préexistaient et qui continuèrent à exister après son vote. Leur souveraineté reste entière sur leur territoire dans les domaines non délégués à la fédération<sup>2093</sup>, leur intervention ne peut être vue ni comme une ingérence ni comme un procédé anecdotique<sup>2094</sup>. Le Congrès par l'Article I de la Constitution aurait pu accorder la seule compétence aux autorités de concurrence fédérales en vertu de la « *Supremacy clause* »<sup>2095</sup>. Au contraire, il choisit de leur donner une part conséquente au contrôle au sein des mécanismes de contrôle. Dans l'important arrêt *California v. ARC America Corp.*, de 1989, la cour observe que « *[i]t is plain that [antitrust] is an area traditionally regulated by the States* » et que « *Congress intended the federal antitrust laws to supplement, not displace, state antitrust remedies* »<sup>2096</sup>. Le commerce interétatique est de même protégé par la « *Commerce clause* » des lois qui attenteraient au commerce fédéral.

La place des États au sein du contrôle *a priori* des concentrations a suivi une lente évolution. Lors de l'entrée en vigueur du HSR Act, la FTC partageait les informations notifiées par les entreprises aux *states attorneys general* sous réserve de garder ces informations confidentielles et de ne les utiliser qu'aux fins de poursuivre la concentration. Cette pratique fut interdite par les cours jugeant « *that section 7 A(h)'s limitation on the disclosure of premerger information to the 'public' precludes confidential disclosure to state law enforcement officials* »<sup>2097</sup>. Dès lors, ni la FTC ni le DOJ ne sont autorisés, sans le consentement des parties, à

<sup>2092</sup> SUP. CT. R. 37.4; FED. R. APP. P. 29(a)

<sup>2093</sup> Voir, *New York v. Microsoft Corp.*, 209 F. Supp. 2d 132 (2002).

<sup>2094</sup> Pour Sarah Oxenham Allen, Chair de l'Antitrust Task Force au sein de la *National Association of Attorneys General*, il arrive aux grandes entreprises de négliger la place des États dans le processus de contrôle des concentrations et préférer ne s'adresser qu'aux « *feds* », ce qui selon la procureure est une erreur stratégique pouvant leur coûter cher. ABA Podcast, How Does Everyone Work Together ? The Naag Antitrust Task Force and State Enforcement, Our Curious Amalgam, N°65, 15 juin 2020, 17 :30<sup>ème</sup> minute.

<sup>2095</sup> Le Congrès peut « *préempter* » (*preempt*) des domaines appartenant en principe à la compétence des États. Dans ce cas, cette préemption fédérale interdit à l'État de légiférer sur ce point. La préemption peut être expresse ou implicite. Les cours ont à interpréter chaque année un grand nombre de lois fédérales afin de déterminer si le Congrès a entendu préempter un aspect particulier des compétences étatiques. Voir. Note, Antitrust Federalism, preemption, and Judge-Made Law, *Harvard Law Review*, Vol. 133, 10 juin 2020,

<sup>2096</sup> *California v. ARC Am. Corp.*, 490 U.S. 93, 109 S. Ct. 1661 (1989).

<sup>2097</sup> *Lieberman v. FTC*, 771 F.2d 32, 37. Le paragraphe 18a (h) dispose en effet « *Any information or documentary material filed with the Assistant Attorney General or the Federal Trade Commission pursuant to this section shall be exempt from disclosure under section 552 of title 5, and no such information or documentary material may be made public, except as may be relevant to any administrative or judicial action or proceeding. Nothing in this section is intended to prevent disclosure to either body of Congress or to any duly authorized*

partager les documents confidentiels de notification préalable à la fusion avec les États.

Les États ont toutefois le pouvoir d'enquêter et poursuivre les entreprises en vertu des Section 4 et 16 du Clayton Act, si une violation de la loi porte préjudice à leurs intérêts ou à ceux de leurs citoyens. Les États ne sont pas réduits à attendre qu'un préjudice se réalise pour agir. Les *states attorneys general* ont en effet, la possibilité au nom de la doctrine de *parens patriae*, de rechercher des *injunctive reliefs* pour prévenir les dommages à leur économie<sup>2098</sup>, ce qui les place dans la pratique sur le même plan que les autorités fédérales<sup>2099</sup>. Ce droit de requérir toute cession d'actifs ou d'actions ainsi que la dissolution d'une entreprise sans avoir à rapporter la preuve d'un dommage a été reconnu par la Cour suprême dans l'arrêt *California v. American Stores Co.*, de 1990<sup>2100</sup>. Dans cette affaire l'État de Californie avait cherché à bloquer une concentration examinée et autorisée sous conditions par la FTC. Débouté devant les juridictions de premier degré et d'appel, la Cour suprême fit droit aux demandes entre autres choses, de *divestiture*, de l'État de Californie.

**Fonctionnement et coordination.** Dès lors que l'accès aux informations de la procédure HSR leur est interdit et conscient de la complexité qu'engendre leur action, plusieurs stratégies ont été développées par les États pour obtenir les données nécessaires au contrôle des concentrations. Organisés en association depuis 1907 au sein de la *National Association of Attorneys General*<sup>2101</sup> (NAAG ci-après) pour coopérer et se coordonner, les *states attorneys general* ont développé des outils et des mécanismes d'actions communs, parallèles à la procédure fédérale, qui maintient à la fois leur indépendance vis-à-vis de la FTC et du DOJ, mais aussi des autres États.

Plusieurs scénarii sont possibles :

---

*committee or subcommittee of the Congress* ». Voir. 15 USC §.18a (h). Dans l'affaire Liberman, la FTC avait renversé sa doctrine et refusé de son propre chef de fournir les données de l'entreprise aux *states Attorneys General*. La politique antitrust en matière de concentrations durant la présidence Reagan était notoirement plus laxiste, les États avaient donc tenté de parer à l'inertie des agences fédérales. Voir. W.F. MUELLER, Antitrust in the Reagan administration, Revue française d'études américaines, N° 21/22, Novembre 1984, pages 427-434.

<sup>2098</sup> « A State has the right to sue as *parens patriae* to prevent or repair harm to its 'quasi-sovereign' interests' ». Voir, *Hawaii v. Standard Oil Co.*, 405 U.S. 251 (1971).

<sup>2099</sup> Contrairement aux particuliers, les États fédérés ne sont pas soumis à la preuve d'un dommage pour poursuivre une concentration, la seule violation de la loi suffit pour requérir des *injunctives reliefs*. Voir, *California v. American Stores Co.*, 495 U.S. 271 (1990).

<sup>2100</sup> *California v. American Stores Co.*, 495 U.S. 271 (1990).

<sup>2101</sup> Chacun des cinquante États et six territoires des États-Unis (Le District of Columbia (D.C), American Samoa, Guam, Puerto Rico, U.S Virgin Islands et les Northern Mariana Islands ) possèdent un *state attorney general* . Voir, <https://www.naag.org/>.

- Un État a toujours l'opportunité, s'il en a les ressources, de poursuivre individuellement une concentration et requérir par une procédure civile particulière des *subpoenas*, afin que lui soit transmis les documents nécessaires à une analyse substantielle.
- Lorsque plusieurs États sont concernés par une opération, la rationalité et la volonté d'efficacité poussent les États à s'associer. La NAAG a donc créé à cet effet en 1983 la *multistate Antitrust Task Force* (ATF ci-après) dont la fonction principale est de centraliser les informations, en faisant office de liaison avec les agences fédérales de concurrence, mais aussi avec l'*American Bar Association* (ABA ci-après) et en permettant aux États d'échanger au sein d'un lieu unique.

Si plusieurs États ont la volonté d'examiner une opération de concentration avant qu'elle ne se réalise, ils formeront un « *state working group* » pour investiguer conjointement les entreprises. Un État sera désigné pour procéder pour le groupe aux demandes de *subpoenas* ou de *civil investigative demands* (CID) sous ses propres lois. Il informera le cas échéant les parties que les documents recueillis seront partagés entre les États<sup>2102</sup>. Il doit être précisé à ce stade, que la confidentialité des informations des entreprises est inégalement protégée, chaque État appliquant les règles de protection locales en matière de *discovery*<sup>2103</sup>.

Les États chercheront en principe, à se joindre au contrôle *a priori* des autorités fédérales<sup>2104</sup>. Le DOJ et la FTC pourront demander aux parties si elles souhaitent que leurs infor-

<sup>2102</sup>W. ARENDS, V. DOMEN, Optimizing Multistate Merger Reviews : Cooperation, Communication, and Coordination, *The Antitrust Source*, Août 2019, p.1- 6 ; AMC, Report and Recommendation, p.199-200.

<sup>2103</sup> Selon l'ABA, aucune des réglementations locales n'est aussi protectrice que la procédure de HSR. Voir: ABA, *The Merger Review Process. A Step-by-Step Guide to U.S. and Foreign Merger Review*, Fourth Ed., ABA publishing, 2012, p. 100. Pour Robert M. Langer et Pamela Jone Harbour, l'existence même de l'Antitrust Task Force est à trouver dans les « *fundamental differences in philosophy between state and federal antitrust enforcers during that period* », c'est-à-dire au cours des années 1980 lorsqu'il a semblé que la FTC et le DOJ laissaient intentionnellement se poursuivre des opérations qui auraient été jugées anticoncurrentielles. Le témoignage de Laurel A. Price, Chair de la NAAG, explicite le contexte politique et économique sous l'ère du Président Reagan:

*When I started doing this some years ago, federal-state cooperation really amounted to various agencies of the United States sending people to state meetings and telling us what they could do for us. We literally understood that to mean, "If you have a good case, send it to us and we'll do something with it." We subsequently came to understand federal-state cooperation to mean, "If you have a good case, send it to us and we'll dismiss it."*

Laurel A. Price, Chair, Remarks at the Roundtable Discussion with Enforcement Officials, *National Association of Attorneys General, Multistate Antitrust Task Force*, cité in, B.E. HAWK, L. LAUDATI, Antitrust Federalism in the United States and Decentralization of Competition Law Enforcement in the European Union: A Comparison, *Fordham International Law Journal*, Vol. 20, Issue 1, Article 2, 1996, note 86, p.36. Des inquiétudes similaires ont resurgi durant la présidence Trump. Lors de la réunion de printemps de la section Antitrust de l'ABA en mai 2017, Beau Buffier, chef du bureau antitrust de l'Attorney General de New

mations soient partagées avec les États, grâce au *The Protocol for Coordination in Merger Investigations Between the Federal Enforcement Agencies and State Attorneys General (Merger Protocol* ci-après)<sup>2105</sup> et la signature de « *waivers* ». Les États coopèrent alors véritablement avec les agences sur la collecte de données pertinentes, les audiences des parties à la fusion ou des tiers<sup>2106</sup>. Les États bénéficient de l'expertise des économistes et des juristes fédéraux tandis qu'ils apportent des données locales essentielles à l'examen substantiel<sup>2107</sup>. Les entreprises ont conscience qu'il leur serait préjudiciable de s'extraire de cette coopération, elles seraient alors l'objet de procédures multiples de *subpoenas* et de CID, forcées de dupliquer les pièces pour autant d'États intéressés au contrôle de concentrations, bien que dans les faits leurs demandes ne soient pas toujours identiques<sup>2108</sup>.

Hors du sillage de la procédure HSR existe une procédure parallèle de notification volontaire pour les entreprises, créée par le NAAG, appelée le *Voluntary Pre-Merger Disclosure Compact* ou « *NAAG compact* », qui constitue la nomenclature pour diriger un contrôle multilatéral. Les États adhérents à ce pacte, s'obligent à ne pas engager de procédures individuelles de *subpoenas* et les parties à la concentration de transmettre volontairement tous les documents qui seront requis par le HSR Act à l'État agent de liaison, ce qui comprend aussi des documents fournis en *second request*. Les États ne peuvent se servir de ces informations en dehors de la procédure particulière de contrôle des concentrations. Depuis 1995, les États peuvent cependant aller au-delà, ce qui peut pousser les entreprises à préférer négocier avec les États au cas par cas, pour ne pas divulguer trop d'information. De plus, le *NAAG compact* implique que tous les États adhérents auront à leur disposition les documents de notification, attirant peut-être l'attention d'États qui ne l'auraient pas été sans cette procédure. Tous les États ne sont cependant pas membres de ce pacte, dont un particulièrement important, la Californie.

---

York, a déclaré que New York et d'autres États se préparaient à intervenir en cas de lacunes des agences fédérales, améliorant par exemple leurs capacités et en affectant des ressources supplémentaires au bureau antitrust. Voir, P. GUNIGANTI, New York may police mergers when Trump is absent, 30 mars 2017, *Global Competition Review*, disponible en ligne : <https://globalcompetitionreview.com/new-york-may-police-mergers-when-trump-absent>.

<sup>2105</sup> NAAG, Protocol For Coordination In Merger Investigations Between The Federal Enforcement Agencies And State Attorneys General, 1998, disponible en ligne : <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2011/12/21/1773.pdf>

<sup>2106</sup> ABA, State Antitrust Enforcement Handbook, 3d Ed. 2018, p. 96 et s.

<sup>2107</sup> ABA Podcast, How Does Everyone Work Together ? The Naag Antitrust Task Force and State Enforcement, Our Curious Amalgam, N°65, 15 juin 2020.

<sup>2108</sup> Les *guidelines* et les critères substantiels sont parfois différents, même si les États possèdent des lignes directrices communes. AMC, Report and Recommendation, 2007, p.195

**Conséquences sur l'efficacité.** Qu'ils suivent le protocole sur les concentrations ou agissent dans le cadre du *NAAG compact*, les États, ont une autorité souveraine sur leurs actions et conservent leur droit de poursuite sur une concentration ou de négocier des remèdes ou un accord avec les parties en toute indépendance, sans se soucier des répercussions présentes ou futures pour l'autorité de concurrence fédérale chargée de l'affaire ou les autres États. Pour toutes ces raisons, les États peuvent être perçus à la fois comme des « passagers clandestins » et des perturbateurs de la procédure fédérale. Les États restent en principe passif durant les négociations au cours du processus du *merger Protocol*, ils réservent leur décision à la toute fin. Les autorités fédérales ne partagent pas toujours les mêmes conclusions que les *states attorneys general* sur les débouchés à donner à une affaire. Les États peuvent conclure avec les parties des *consent orders* moins ambitieux que ce qui aurait été obtenu par une action contentieuse fédérale et par corrélation entraîner le rejet des cours<sup>2109</sup> ou à l'inverse requérir des *reliefs* allant au-delà des demandes du DOJ ou de la FTC.

Les tribunaux exercent un contrôle entier sur les éléments d'appréciation d'une poursuite ou au contraire de l'absence de poursuite par une autorité fédérale. La décision de ne pas contester la transaction est appréciée par le juge au regard des éléments apportés par l'État<sup>2110</sup>, quand bien même l'autorité aurait pris soin de publier son raisonnement économique et juridique<sup>2111</sup>. En juin 2017, le *state attorney general* de Californie a intenté seul une action pour bloquer le projet d'acquisition de deux terminaux pétroliers dans la région de San Francisco par Valero Energy Corporation en dépit du fait que la FTC avait refusé de contester la transaction proposée. Selon l'État de Californie, Valero Energy par le contrôle de ces raffineries lui aurait permis d'augmenter les prix de l'essence de manière unilatérale. Valero abandonna l'opération.

La compétence partagée peut donc permettre une économie des moyens pour les agences fédérales. Par exemple, la FTC et le DOJ avaient à de multiples reprises échoués à

---

<sup>2109</sup> *United States v. Long Island Jewish Med. Ctr.*, 983 F. Supp. 121 (1997). Dans cette affaire, le DOJ avait décidé de contester la fusion entre deux hôpitaux. La cour débouta le Department of Justice de sa demande en considération du *consent order* conclu entre les parties et le *State Attorney General*, où elles s'engageaient à exercer des prix plafonds et d'engager 100 millions de dollars sur cinq ans au bénéfice de la communauté de New York.

<sup>2110</sup> Dans son opinion, le juge William Alsup affirmait : «*After the pending sale was announced in September 2016, the FTC and California began a joint investigation of the proposed transaction. At the conclusion of its investigation, the FTC did not take any action to block the sale (...) California has at least raised serious questions regarding whether the proposed transaction will have anticompetitive effects (...)*». *State of California v. Valero Energy Corp.*, 2017 U.S. Dist.

<sup>2111</sup> *Idem.*



obtenir le blocage de concentrations verticales devant les tribunaux judiciaires<sup>2112</sup>, développant une certaine aversion à attaquer ce type de fusions. En 2019, la FTC s'était opposée au projet d'acquisition de DaVita Medical Group par UnitedHealth Group, invoquant dans sa *complaint* que l'opération d'un montant de 4,3 milliards de dollars aurait porté atteinte à la concurrence sur les marchés des soins de santé de deux comtés du Nevada. Dans le cadre d'un *settlement*, la FTC demandait que UnitedHealth cède la branche DaVita du Nevada à Intermountain Healthcare<sup>2113</sup>. Or, le *state attorney general* du Colorado, William J. Weiser, insatisfait de l'absence de mesures pour le marché de Colorado Springs agit séparément de la FTC pour commander des aménagements à la concentration dans son État<sup>2114</sup> inquiet que la fusion ne renforce la position dominante de UnitedHealth sur le marché des assurances<sup>2115</sup>.

L'union des *states attorneys general* est parfois moins fructueuse, comme en témoigne l'échec d'une coalition de cinq États en 2019 (Californie, Iowa, Massachusetts, Mississippi et Oregon) pour bloquer la concentration Bayer/Monsanto après que le DOJ a autorisé l'acquisition sous réserve de remèdes<sup>2116</sup>. Il en fut de même dans la fusion Sprint/Tmobile où quatorze États choisirent de s'opposer au cours de la période « d'enquête publique » obligatoire qui suit un *consent decree*<sup>2117</sup> aux remèdes négociés par le DOJ, en requérant devant la cour une *permanent injunction* pour bloquer la fusion. Dans un *Statement of Interest*<sup>2118</sup> le DOJ répondit à l'action des États en ces termes :

*« Unlike the Antitrust Division, which enforces the federal anti-trust laws on behalf of the American people, states and other plaintiffs suing under Section 16 of the Clayton Act do not represent the nation as a whole (. . .). This 'quasi-sovereign' role does not permit states to over-*

---

<sup>2112</sup> United States v. AT&T Inc., Civil Case No. 17-2511 (RJL) (D.D.C. June 12, 2018).

<sup>2113</sup> In re UnitedHealth Group and DaVita, No. 181-0057 (FTC, 19 juin 2019)

[https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/181\\_0057\\_c4677\\_united\\_davita\\_order.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/181_0057_c4677_united_davita_order.pdf)

<sup>2114</sup> Complaint, Colorado v. UnitedHealth Group, Inc., No. 2019CV31424 (Colo. Dist. Ct. June 19, 2019).

<sup>2115</sup> Selon le *state attorney general*, William J. Weiser, la fusion entre le réseau de cliniques de DaVita et UnitedHealth aurait posé de nombreux problèmes de concurrence. En effet, UnitedHealth était en position dominante avec son produit d'assurance « Medicare Advantage » jusqu'à l'arrivée d'un nouvel entrant Humana (la part de marché d'UnitedHealth est passée d'environ 75 % à environ 50 %), à qui la clinique DaVita adressait de nombreux patients. À la suite de la fusion, Humana n'aurait plus bénéficié de la manne de patients offerts par DaVita.

<sup>2116</sup> L'historique du contentieux est disponible sur le site internet du DOJ ; <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-bayer-ag-and-monsanto-company>.

<sup>2117</sup> La concentration avait été autorisée antérieurement par la FCC. Le DOJ avait conclu un *consent decree* avec les parties, qui en vertu des règles particulières permettent au public d'adresser des commentaires au juge dans les 60 jours avant le prononcé final du jugement d'enregistrement.

<sup>2118</sup> Statement of Interest of the United States, New York v. Deutsche Telekom AG, No. 1:19-cv-5434-VM-RWL (S.D.N.Y. Dec. 20, 2019).

*ride the sovereign interests of the United States (. . .) states cannot and should not displace the federal government's role as the nation's federal antitrust enforcer. When a group of states attempts to do so by seeking relief that quite arguably may benefit certain citizens while harming others ».*

Citant l'arrêt l'opinion dissidente de *Georgia v. Pennsylvania Railroad Co.*,

*« States are asking this court 'to trench on the domain' of the Antitrust Division and the FCC, which do have 'supervisory authority over the combination' »<sup>2119</sup>.*

Le 10 février 2020 la *District court* de New York débouta les États de leurs demandes<sup>2120</sup>.

Les règles qui régissent la négociation et la conclusion de remèdes entre les États, les autorités de concurrence et les parties sont différentes selon que le DOJ ou la FTC est à la manœuvre. Alors que les États peuvent conclure un seul accord, par un *joint consent decree* devant une cour fédérale<sup>2121</sup>, il n'en va pas de même lorsque la procédure est menée par la FTC<sup>2122</sup>. Les remèdes conclus par la *Federal trade commission* revêtent un caractère administratif qui exclut l'intervention des États. Ces derniers doivent alors conduire et conclure leur propre accord avec les parties, ce qui peut mener à des situations incongrues, notamment en matière de cessions. Les parties peuvent par exemple proposer des cessions approuvées par la FTC, mais rejetées par un ou plusieurs États. Les entreprises sont placées dans la position de violer un *order* étatique pour se conformer au *consent order* fédéral<sup>2123</sup>. Il peut arriver en outre, que l'acquéreur désigné dans l'accord change et qu'il faille procéder à une nouvelle cession non approuvée par l'État. Le cas s'est produit en 2001 au cours de la fusion Chevron/Texaco où l'État refusa d'endosser le nouvel acquéreur. La FTC permit aux parties de

---

<sup>2119</sup> Georgia, 324 U.S. at 460-61

<sup>2120</sup> [https://cdn.vox-cdn.com/uploads/chorus\\_asset/file/19712093/show\\_temp\\_6.pdf](https://cdn.vox-cdn.com/uploads/chorus_asset/file/19712093/show_temp_6.pdf)

<sup>2121</sup> Comme développé, les règles de conclusion de *consent decree* sont exposées au 15 USC § 16, et soumises au Tunney Act (*Antitrust Procedures and Penalties Act*, dit le « Tunney Act » du 21 décembre 1974, P.L.93-528, 88 Stat. 1706 (1974)).

<sup>2122</sup> 15 USC §45(b).

<sup>2123</sup> ABA, *Mergers Acquisitions. Understanding the Antitrust Issues*, 4th Ed., 2015, p. 109

proroger le délai de soixante jours pour conclure la *divestiture* afin de trouver un accord avec l'État<sup>2124</sup>. Si un agrément ne peut être trouvé, la FTC pourrait en principe rechercher l'application de son *consent order* devant les tribunaux fédéraux<sup>2125</sup>.

Au cours de l'année 2020, la Federal Trade Commission a initié une requête pour obtenir un *Preservation of Assets Order*, ainsi qu'une injonction préliminaire contre le projet de fusion entre Thomas Jefferson University et le réseau de soins de santé Albert Einstein Healthcare Network. La Cour de district a rejeté ces demandes, conduisant à l'arrêt des poursuites par la FTC. Un élément ayant participé à cette décision de la FTC a été le retrait de l'opposition du procureur général de l'État de Pennsylvanie à cette concentration. En effet, l'État avait abouti à un accord avec les entreprises parties, qui stipulait l'engagement par Jefferson d'investir 200 millions de dollars sur une période de sept ans dans les infrastructures du réseau Einstein, alors en difficultés financières. Cet événement illustre la complexité des interactions tactiques entre les agences fédérales et les autorités étatiques. L'engagement financier de Jefferson à l'égard d'Einstein a été interprété comme une « victoire » pour le Procureur général, sapant concomitamment la crédibilité des arguments avancés par la FTC.

Même si les États fédérés se sont organisés et coopèrent en principe avec les autorités fédérales de concurrence pour éviter les discordances décisionnelles, leur compétence pour connaître de l'application de la loi Clayton complexifie significativement les rapports des parties avec les parties prenantes<sup>2126</sup>. Lorsqu'ils procèdent à des examens individuels, les conseils des entreprises pointent le manque de ressources et d'expertise des États<sup>2127</sup> bien qu'ils

---

<sup>2124</sup> In the Matter of Chevron Corporation and Texaco Inc., Docket No. C-4023, Decision And Order, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2001/09/ftc.gov-chevtexdo.htm>.

<sup>2125</sup> Les *agreements* conclus par les États comprennent aujourd'hui des clauses permettant aux entreprises de ne pas être sanctionnées lorsque l'inexécution résulte d'une conformation à un *order* de la FTC.

<sup>2126</sup> Richard Posner appelait à la suppression de la compétence des *states attorneys general* pour mettre en œuvre les dispositions du droit antitrust fédéral. Voir. R. A. POSNER, *Antitrust in the New Economy*, *Antitrust L.J.*, Vol. 68, 2001, p. 925 ; R. A. POSNER, *Federalism and the Enforcement of Antitrust Laws by State Attorneys General*, *The Georgetown Law Journal*, Vol. 2, 2004, p.5.

<sup>2127</sup> Par exemple, l'État de Californie, dont le produit intérieur brut (PIB) s'élevait à 3,133 milliards de dollars en 2019, possédait un budget antitrust de 3,488,000 dollars pour l'année 2019-2020. Par comparaison, l'Allemagne, dont le PIB est supérieur (3,861,123.56 dollars en 2019), disposait d'un budget de 49,208,516.50 dollars (40.3 millions d'euros) la même année. Le Royaume-Uni, qui se situe derrière la Californie en termes de PIB (2,829,108.22 dollars en 2019), a financé la *Competition and Markets Authority* à hauteur de 138,677,840 dollars (98 millions de livres sterling). Certes, la richesse de l'économie californienne repose sur des entreprises intégrées à l'économie américaine et mondiale; la part d'entreprises essentiellement locales pour lesquelles les autorités fédérales de concurrence sont incompétentes n'est pas connue. Voir. Bureau of Economic Analysis, U.S Department of Commerce, *Gross Domestic Product by State, Annual*, disponible en ligne : <https://apps.bea.gov/iTable/iTable.cfm?reqid=99&step=1#reqid=99&step=1&isuri=1>; CMA , *Annual Report and Accounts 2019 to 2020*, disponible en ligne : <https://www.gov.uk/government/publications/cma-annual-report-and-accounts-2019-to-2020/annual-report-and-accounts-2019-to-2020#fnref:6> ; Bundeskartellamt, *Annual*

les aient intégrés pour les entreprises dans l'évaluation des risques liés au droit de la concurrence.

## §2. L'organisation du contrôle des concentrations dans l'Union Européenne avec les autorités nationales : le guichet unique

Le principe de subsidiarité<sup>2128</sup> qui guide la politique de l'Union européenne a commandé un partage de compétences strictement délimité entre les États membres et la Commission européenne, qui jouit d'une compétence exclusive pour examiner les opérations de concentrations susceptibles de porter atteinte à la concurrence sur le marché européen. Ainsi, contrairement au système américain, aux termes de l'article 21 § 3 du règlement 139-2004, « *Les États membres n'appliquent pas leur législation nationale sur la concurrence aux concentrations de dimension communautaire* »<sup>2129</sup>. L'UE suit une logique de « *guichet unique* »<sup>2130</sup> ou « *one-stop shop* »<sup>2131</sup> dirigée par les critères de chiffres d'affaires et de délimitation géographique inscrits à l'article 1<sup>er</sup> du règlement. Il n'existe donc pas en tant que tel, de *forum shopping* possible pour les entreprises. Les opérations de concentration dont le chiffre d'affaires tombe en deçà du seuil européen relèvent de la compétence des autorités nationales de contrôle<sup>2132</sup>, le Règlement 139-2004 souligne à son Considérant 12 les problématiques

---

report, 2019, disponible en ligne : [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Jahresbericht/Jahresbericht\\_2019.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Jahresbericht/Jahresbericht_2019.pdf?__blob=publicationFile&v=3) ; The World Bank, Data Indicator, GDP, disponible en ligne : [https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD?most\\_recent\\_value\\_desc=true](https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD?most_recent_value_desc=true).

<sup>2128</sup> Le principe de subsidiarité énoncé par l'article 5 du TFUE s'applique en principe aux compétences partagées entre l'Union européenne et les États membres. Les opérations de concentrations de dimension européenne étant de la compétence exclusive de la Commission, il ne s'y applique pas d'un point juridique. Néanmoins, le principe de subsidiarité joue comme un grand principe de droit qui doit guider la mise en œuvre et le fonctionnement des institutions avec les États membres.

<sup>2129</sup> Article 21§3 du Règlement 139-2004 sur les concentrations économiques.

<sup>2130</sup> Considérant 8 du Règlement 139-2004.

<sup>2131</sup> J.J. PARISI, A simple guide to the EC Merger Regulation, Introduction, FTC , 2010, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/system/files/attachments/key-speeches-presentations/ecmergerregsimpleguide.pdf>.

<sup>2132</sup> Les États membres de l'Union européenne ont des procédures et des réglementations qui peuvent différer des standards de la Commission européenne. Des efforts d'harmonisation ont certes été réalisés (comme en France par la Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (NRE), la Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (LME) et l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence), notamment sur l'appréciation des critères substantiels. Sur les 27 États membres, le Luxembourg est longtemps resté le seul à ne pas se doter de contrôle des concentrations, ce qui est en voie d'évolution puisque un projet de loi introduisant un régime de contrôle des fusions et acquisitions entre entreprise a été présenté par le ministre de l'économie Franz Payot, le 18 juillet 2023. Voir, [https://gouvernement.lu/fr/actualites/toutes\\_actualites/communiques/2023/07-juillet/18-fayot-](https://gouvernement.lu/fr/actualites/toutes_actualites/communiques/2023/07-juillet/18-fayot-)

d'efficacité qui peuvent s'ensuivre :

*Les concentrations peuvent remplir les conditions déterminant leur examen dans le cadre de plusieurs systèmes de contrôle des concentrations nationaux si elles n'atteignent pas les seuils de chiffres d'affaires visés au présent règlement. Les notifications multiples d'une même transaction augmentent l'insécurité juridique, les efforts et les coûts pour les entreprises et peuvent conduire à des appréciations contradictoires. Le système qui permet le renvoi des concentrations à la Commission par les États membres concernés devrait par conséquent être davantage développé.*

Seules les transactions déclenchant la compétence d'au moins trois États membres peuvent être transmises de droit à la Commission européenne. Les concentrations transfrontalières moins importantes et donc plus faibles en ressources sont paradoxalement soumises en théorie à des notifications et des examens multiples. Le règlement européen de 2004 a toutefois prévu un ensemble de mécanismes correctifs ascendants et descendants afin de réduire les conséquences juridiques, économiques et pratiques des examens multijuridictionnels et de permettre aux États membres « de faire valoir leur prétention » sur une affaire particulière<sup>2133</sup>. La Commission a récemment mobilisé ce mécanisme pour lutter plus efficacement contre les effets de seuils fondés sur le chiffre d'affaires, qui masqueraient la nocivité de certaines opérations très valorisées par les marchés financiers par leur caractère innovant. Le renvoi peut se faire antérieurement à la notification (A), mais aussi postérieurement (B).

---

[presentation-contrôle-concentrations.html](#). Quelques affaires ayant fait l'objet d'un contrôle multi-juridictionnels divergents peuvent être évoquées comme Pan Fish / Marine Harvest, (Competition Commission (CC), 18 décembre 2006, Pan Fish A.S.A. / Marine Harvest N.V), où la France avait formulé des conclusions contraires à celles des autorités espagnole, norvégienne et britannique, obligeant les parties à prendre des engagements structurels pour autoriser la concentration. Plus récemment la concentration Groupe Eurotunnel S.A. & SeaFrance S.A. dont les attermolements de l'autorité anglaise (la concentration était autorisée par l'Autorité de la concurrence) a mené finalement à une cession d'actifs et la liquidation de la SCOP Sea France en 2015.

<sup>2133</sup> D. BERLIN, *Contrôle des concentrations*, Edition des Universités de Bruxelles, 3<sup>e</sup> Ed. 2009, p. 157 ; European Commission, Notice on referrals, OJ C 56, 05/03/2005, p. 2-23.

## A. Renvoi lors de la période de prénotification.

Créées en 2004 par le règlement 139-2004 sur les concentrations, les demandes de renvoi formulées à la Commission au cours de la période de prénotification sont en toute logique, initiées par les parties, les autorités de concurrence n'ayant pas en principe connaissance de l'opération projetée. Le renvoi peut être ascendant (« *bottom up* ») lorsque les parties expriment leur souhait de voir un État membre examiner la concentration en lieu et place de la Commission ou descendant (« *top-down* ») où à l'inverse elles sollicitent l'examen de la Commission européenne.

### *1. Demande de renvoi des parties à un État membre : article 4 § 4 du règlement sur les concentrations*

Les entreprises participant à une concentration de dimension européenne au sens des articles 1 et 3 du règlement de base 139-2004 peuvent demander à la Commission le renvoi de leur affaire à un État membre, si aucune notification n'est encore intervenue. Les parties doivent alors présenter un mémoire motivé explicitant les risques concurrentiels significatifs encourus par un État membre en particulier, qui « *présent [e] toutes les caractéristiques d'un marché distinct* »<sup>2134</sup>. Le marché en cause doit être donc propre à l'État. Dès réception du mémoire, la Commission a vingt-cinq jours ouvrables pour rendre sa décision. Au-delà de ce délai, la Commission aura implicitement agréé à la demande des parties et aura l'obligation d'informer tous les États membres ainsi que les personnes concernées du renvoi. Depuis sa création en 2004, les entreprises ont formé 191 demandes de renvoi à un État membre et toutes ont fait l'objet d'une acceptation par la Commission<sup>2135</sup>. Celle-ci n'est toutefois en aucun cas tenue par les parties et peut considérer que les circonstances propres à la concentration justifient le maintien de son examen à un niveau européen.

---

<sup>2134</sup> §16 de la Communication sur les renvois ; Déc. Comm. N° COMP/ M.9407, 18/09/2019, First Trenitalia West Coast Rail/ West Coast Partnership Rail Franchise, full referral.

<sup>2135</sup> Voir les statistiques fournies par la Commission européenne sur le site *Europa* jusqu'en 2023: [https://ec.europa.eu/competition-policy/mergers/statistics\\_en](https://ec.europa.eu/competition-policy/mergers/statistics_en)

## ***2. Demande de renvoi des parties à la Commission : article 4 § 5 du règlement sur les concentrations***

Comme le paragraphe qui le précède, l'article 4§5 du règlement 139-2004 a été introduit en 2004 et offre la possibilité aux parties à une opération de concentration n'atteignant pas les seuils européens, mais dépassant les dimensions d'un État membre de soumettre leur examen à la compétence de la Commission. Aucune notification ne doit cependant être intervenue, afin de ne pas faire de la Commission l'autorité d'appel d'un organe de concurrence étatique<sup>2136</sup>. L'article 4 § 5 demande que trois États membres au moins soient susceptibles d'examiner l'opération. Dans leur mémoire motivé (sous la forme d'une « *raisonned submission* »<sup>2137</sup>) les parties ne peuvent se contenter d'exposer le caractère multiple des examens à venir, ils doivent montrer la pertinence d'un contrôle par la Commission et le cas échéant exposer des éléments montrant l'impact sur la concurrence au sein du marché européen. La Commission a l'obligation de diffuser à tous les États membres le dossier dès sa réception. Les États membres compétents ont quinze jours ouvrés pour s'opposer à la transmission de l'opération à la Commission, l'opposition d'un État suffit à dessaisir la Commission. Cette dernière n'aurait pas de pouvoir discrétionnaire pour refuser le contrôle d'une opération sur le fondement de l'article 4 § 5, si les conditions sont réunies doit accueillir la demande des parties<sup>2138</sup>. Ainsi sur les 393 demandes de transmissions d'affaires effectuées par des parties depuis 2004, 7 ont été rejetés<sup>2139</sup>.

### **B. Renvoi lors de la période postérieure à la notification**

Les demandes de renvoi qui effectuer après la notification sont formulées par les États membres soit pour appeler l'examen d'une concentration particulière (b), soit pour transmettre à la Commission la charge de contrôler l'opération (a).

---

<sup>2136</sup> CJCE, 25 septembre 2003, Schlüsselverlag J.S. Moser GmbH e.a. c. Commission, Rec., p. I-9889.

<sup>2137</sup> [https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/form\\_rs\\_eea\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/form_rs_eea_en.pdf)

<sup>2138</sup> Déc. Comm. no COMP/M.7230, *Bekaert/Pirelli Steel Tyre Cord Business*, 30 juill. 2014, publié 11 sept. 2014, no C308.

<sup>2139</sup> Voir les statistiques fournies par la Commission européenne sur le site *Europa* jusqu'en 2023 : [https://ec.europa.eu/competition-policy/mergers/statistics\\_en](https://ec.europa.eu/competition-policy/mergers/statistics_en).

## 1. L'article 22 du règlement sur les concentrations

L'article 22 du Règlement 139-2004 dispose qu'« *Un ou plusieurs États membres peuvent demander à la Commission d'examiner toute concentration, telle que définie à l'article 3, qui n'est pas de dimension communautaire au sens de l'article 1er, mais qui affecte le commerce entre États membres et menace d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire du ou des États membres qui formulent cette demande* »<sup>2140</sup>. L'application de cet article existe dès lors indépendamment des seuils de contrôles nationaux puisque sont visées toutes les opérations qui n'atteignent pas le seuil européen<sup>2141</sup>. L'exercice par les États de cet article est resté depuis sa mise en application en 1990 relativement rare, seules 43 demandes<sup>2142</sup> ont été traitées par la Commission dont quatre ont été refusés<sup>2143</sup>. Les affaires renvoyées au titre de l'article 22 par les États membres<sup>2144</sup> ont été pour la plupart plus complexes à traiter et ont requis des examens approfondis par la Commission<sup>2145</sup>. Jusqu'à la publication de nouvelles orientations sur l'application de l'article 22 du Règlement 139-2004,

---

<sup>2140</sup> Article 22 du règlement CE 139/2004, complété par la communication sur le renvoi des affaires en matière de concentrations (2005/C 56/02) du 5 mars 2005, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC0305\(01\)&from=FR](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC0305(01)&from=FR).

<sup>2141</sup> Voir, affaire M.8788, Apple/Shazam du 6 février 2018 ; affaire M8832 Knauf/Armstrong du 15 mars 2018 ; affaire M.9547 Johnson&Johnson/Tachosil du 26 septembre 2019 ; affaire M.9744 Mastercard/Nets du 2 avril 2020 ; affaire M.10262 Meta/Kostumer, 27 janvier 2022.

<sup>2142</sup> Voir. La publication par la Commission européenne des statistiques en matière de concentrations du 21 septembre 1990 jusqu'à juin 2023, disponible en ligne : [https://competition-policy.ec.europa.eu/mergers/statistics\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/mergers/statistics_en).

<sup>2143</sup> La Commission européenne a refusé quatre demandes. D'abord, en 2005 et en 2006, puis en 2010 et en 2012. Le dernier rejet concernait la concentration entre le London Stock Exchange Group et le groupe LCH Clearnet. Le Portugal, la France et l'Espagne avaient formulé la demande, seule la Grande-Bretagne s'opposait au renvoi. La Commission a considéré qu'elle n'était pas la mieux placée pour apprécier l'impact de l'opération nonobstant l'impact de celle-ci sur l'espace économique européen. Déc. Comm. no COMP/M.6502, London Stock Exchange Group/LCH Clearnet Group, 04/07/2012, publié 04/07/2012, C (2012) 4755 final. Dans les affaires antérieures à 2010, la Commission a rejeté les demandes de renvoi au titre de son appréciation discrétionnaire sur les cas de renvoi. Voir. Déc. Comm. no COMP/M.3986, Gas Natural/ Endesa, 27/10/2005, publié 24/05/2011 ; Déc. Comm. no COMP/M.4124, Coca Cola Hellenic Bottling Company/Lanitis Bros, 24/06/2006, publié 31/03/2011. ([https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp\\_result&policy\\_area\\_id=2](https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result&policy_area_id=2)).

<sup>2144</sup> La Commission accepte de recevoir de tiers des informations sur la réalisation de concentrations qui pourraient être sujettes au renvoi par l'article 22. Ces derniers peuvent contacter la Commission ou les États membres. Voir. Commission européenne, Orientations de la Commission concernant l'application du mécanisme de renvoi établi à l'article 22 du règlement sur les concentrations à certaines catégories d'affaires, 26 mars 2021, publié au JOUE le 31 mars 2021 (2021/c 113/01), point 25, disponible en ligne : [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C\\_.2021.113.01.0001.01.FRA&toc=OJ%3AC%3A2021%3A113%3AFULL](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2021.113.01.0001.01.FRA&toc=OJ%3AC%3A2021%3A113%3AFULL).

<sup>2145</sup> Sur les dix affaires transmises depuis 2010, trois ont fait l'objet d'un examen approfondi en stade II et trois cas ont fait l'objet d'autorisations sous conditions d'engagements. Aucune ne fut procédée par la voie d'une procédure simplifiée. La Commission remarque que la proportion d'affaires complexes est plus élevée que la moyenne générale des notifications. Commission Staff Working Document, p.46



le 26 mars 2021<sup>2146</sup>, la Commission décourageait les demandes de renvoi non effectuées par un État destinataire de la notification alors que les dispositions du règlement visaient toutes les situations où une opération pouvait affecter le commerce entre États membres et les conditions de la concurrence de manière significative sur le territoire d'un ou plusieurs États membres<sup>2147</sup>.

Dans ses nouvelles orientations sur l'article 22, la Commission soutient dorénavant les renvois sans nécessité d'un rattachement à une procédure nationale et peut inciter les États à transmettre une affaire particulière<sup>2148</sup>. Le ou les États membres doivent toutefois démontrer cumulativement d'une part, que l'opération de concentration projetée « *est susceptible d'avoir une influence perceptible sur les courants des échanges* »<sup>2149</sup>, mais aussi d'autre part, qu'il existe de risques réels d'effets néfastes sur la concurrence, et ce par la création ou le renforcement d'une position dominante ou la tentative de supprimer ou de réduire l'impact d'un nouvel arrivant<sup>2150</sup> sans que des critères de seuils qui s'exprimeraient en chiffre d'affaires ou de tailles de transaction s'intègrent à l'appréciation de la recevabilité du renvoi<sup>2151</sup>.

Selon la Commission quelques indices permettent de déceler les opérations nouvellement éligibles à l'article 22. Ainsi les opérations où une jeune pousse (*start-up*) ou un nouvel entrant qui :

- a un potentiel concurrentiel important et doit encore se développer ou mettre en œuvre un modèle d'entreprise générant des revenus importants (ou en est encore à la phase initiale de mise en œuvre d'un tel modèle d'entreprise) ;
- est un innovateur important ou menant des recherches potentiellement importantes ;

---

<sup>2146</sup> Commission européenne, Orientations de la Commission concernant l'application du mécanisme de renvoi établi à l'article 22 du règlement sur les concentrations à certaines catégories d'affaires, 26 mars 2021, publié au JOUE le 31 mars 2021 (2021/c 113/01), disponible en ligne : [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C\\_.2021.113.01.0001.01.FRA&toc=OJ%3AC%3A2021%3A113%3AFULL](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2021.113.01.0001.01.FRA&toc=OJ%3AC%3A2021%3A113%3AFULL).

<sup>2147</sup> Voir le discours du 11 septembre 2020 par Margrethe Vestager de la nouvelle approche en matière de contrôle des opérations

<sup>2148</sup> Communication de la Commission, orientations de la commission concernant l'application du mécanisme de renvoi établi à l'article 22 du règlement sur les concentrations à certaines catégories d'affaires (2021/C 113/01), publié au JOUE, le 31 mars 2021, point 23.

<sup>2149</sup> Communication sur le renvoi des affaires en matière de concentrations (2005/C 56/02) du 5 mars 2005, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC0305\(01\)&from=FR](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC0305(01)&from=FR).

<sup>2150</sup> Commission européenne, Orientations de la Commission concernant l'application du mécanisme de renvoi établi à l'article 22 du règlement sur les concentrations à certaines catégories d'affaires, 26 mars 2021, publié au JOUE le 31 mars 2021 (2021/c 113/01), disponible en ligne : [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C\\_.2021.113.01.0001.01.FRA&toc=OJ%3AC%3A2021%3A113%3AFULL](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2021.113.01.0001.01.FRA&toc=OJ%3AC%3A2021%3A113%3AFULL).

<sup>2151</sup> §19.

- exerce une force concurrentielle réelle ou potentielle importante ;
- a accès à des actifs compétitifs importants (tels que par exemple les matières premières, les infrastructures, les données ou droits de propriété intellectuelle) ;
- et / ou fournissant des produits ou des services essentiels intrants/composants pour d'autres secteurs industriels ;
- a fait l'objet d'un paiement excessif apparent, en effet, si « (...) *la valeur de la contrepartie reçue par le vendeur est particulièrement élevée par rapport au chiffre d'affaires actuel de la cible* »<sup>2152</sup>.

Le 19 avril 2021, un premier cas satisfaisant ces conditions a été accepté par la Commission suite aux demandes de la France, de la Belgique, de la Grèce, de l'Islande, des Pays-Bas et de la Norvège d'examiner au niveau européen la concentration Illumina/GRAIL d'un montant de 7,1 milliards de dollars. Illumina est une entreprise de biotechnologie produisant 90 % du marché mondial de la réalisation de séquençages de l'ADN grâce à sa plateforme utilisant la technologie « *next generation sequencing* ». Cette plateforme est employée spécialement dans les tests dits de *multi cancer early detection* (« MCED » ci-après). Ces tests constituent une avancée majeure dans le dépistage précoce de plusieurs types de cancer indétectables jusqu'alors par le sang, et ce, à l'aide d'un seul test. GRAIL, et son test Galleri MCED, est en concurrence avec plusieurs autres entreprises pour développer et finalement commercialiser cette technologie. Les autorités de concurrence nationales européennes ont sollicité<sup>2153</sup>

<sup>2152</sup> Commission européenne, Orientations de la Commission concernant l'application du mécanisme de renvoi établi à l'article 22 du règlement sur les concentrations à certaines catégories d'affaires, 26 mars 2021, point 19.

<sup>2153</sup> Selon Sean Heather, Vice-Président de la branche sur la réglementation internationale des affaires et en antitrust de la Chambre de commerce des États-Unis, la FTC aurait contacté la Commission afin qu'elle mette en œuvre l'article 22 et engage une procédure administrative suspendant automatiquement la concentration, face au risque de ne pas voir prospérer sa cause devant le juge judiciaire américain, la fusion verticale bénéficiant pour l'auteur aux consommateurs. Cette stratégie lui permettait de poursuivre le procès administratif sans l'obtention de *preliminary relief* devant la justice américaine. Voir, S. HEATHER, *Inside the FTC's Ploy to Quash A BioTech Merger*, U.S. Chamber of Commerce, 10 septembre 2021, disponible en ligne : <https://www.uschamber.com/series/above-the-fold/inside-the-ftc-s-plot-quash-biotech-merger>. Si l'article de Sean Heather comporte quelques exagérations et inexactitudes, telles que l'incompétence de l'Union européenne pour contrôler une fusion américaine « *the European Union should have no interest in this merger, as Grail has no business activities in Europe* », la FTC ne conteste pas avoir retiré ses requêtes en *preliminary injunction* et en *temporary order*, devant l'action de la Commission européenne, la directrice par intérim du Bureau de la concurrence, Maribeth Petrizzi, confirmant « *The FTC sought preliminary relief in federal court to prevent Illumina and GRAIL from merging while the case is being decided on the merits in administrative court. At the time, a district court order was necessary to prevent the parties from consummating their merger. The administrative trial is scheduled to begin on August 24, 2021. Now that the European Commission is investigating, Illumina and GRAIL cannot implement the transaction without obtaining clearance from the European Commission.* ». Voir, FTC, Statement of FTC Acting Bureau of Competition Director Maribeth Petrizzi on Bureau's Motion to Dismiss Request for Preliminary Relief in Illumina/GRAIL case, Press Release, 20 mai 2021, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2021/05/statement-ftc-acting-bureau-competition-director>

l'Union européenne au regard du risque une diminution de la concurrence, Illumina ayant le pouvoir d'empêcher ou de favoriser l'accès à sa plateforme, des entreprises de tests MCED. La transaction fut notifiée à la Commission le 16 juin et un examen approfondi de la fusion (appelé « phase II ») a été ouvert le 22 juillet 2021 pour conclure sur une incompatibilité de la concentration le 6 septembre 2022<sup>2154</sup>. Les parties refusant de soumettre leur opération à l'applicabilité des règles européennes ont décidé de clôturer leur transaction lors d'une annonce, le 18 août 2021<sup>2155</sup>, engageant parallèlement une action tendant à l'annulation devant le Tribunal de l'Union européenne, de la décision de la Commission européenne du 19 avril 2021 accueillant les demandes des États membres d'examiner l'opération de concentration, ainsi que la lettre de la Commission, du 11 mars 2021, informant Illumina et GRAIL de ladite demande de renvoi<sup>2156</sup>. Le Tribunal de l'UE a rendu son arrêt le 13 juillet 2022 rejetant sur tous les moyens les demandes d'annulation<sup>2157</sup>, se prononçant sur l'interprétation à donner à l'article 22 du Règlement sur les concentrations. Le juge européen a appuyé son raisonnement sur quatre interprétations différentes de l'article 22 : une interprétation littérale, une interprétation historique, une interprétation contextuelle et une interprétation téléologique. Ces quatre interprétations confirmant, selon le Tribunal, que les dispositions de l'article 22 n'ont pas à relever du champ de réglementation des États membres en matière de contrôle des concentrations et n'ont d'ailleurs pas l'obligation d'en être pourvues, si la concentration est susceptible

---

[maribeth](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_4804). Si la stratégie de la FTC consistait à déclencher une suspension automatique de la fusion grâce au système de contrôle européen des concentrations, force est de constater que celle-ci a échoué, les parties ayant malgré l'examen de contrôle en phase II, clôturé leur transaction le 18 août 2021. Voir, European Commission, Mergers: The Commission adopts a Statement of Objections in view of adopting interim measures following Illumina's early acquisition of GRAIL, Press release, 20 septembre 2021, disponible en ligne : [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_21\\_4804](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_4804).

<sup>2154</sup> Déc. Commission européenne, M.10483 ILLUMINA/GRAIL, disponible en ligne : [https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=2\\_M\\_10483](https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_10483) ; Voir le communiqué de presse de la Commission, Commission prohibits acquisition of GRAIL by Illumina, disponible en ligne : [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_22\\_5364](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_5364).

<sup>2155</sup> L'entreprise déclare sur ce point « *Regulators in the EU are reviewing the transaction, but a decision is projected after the deal expires. GRAIL has no business in the EU, and the company believes that the European Commission does not have jurisdiction to review the merger as the EU merger thresholds are not met, nor are they met in any EU member state. The General Court of the European Union will hear Illumina's jurisdictional challenge later this year. By holding GRAIL separate while proceedings are ongoing, Illumina is positioned to abide by whatever final decision is reached in these legal processes* ». Voir, Illumina, Illumina Acquires GRAIL to Accelerate Patient Access to Life-Saving Multi-Cancer Early-Detection Test, Press Release, 18 août 2021, disponible en ligne : <https://investor.illumina.com/news/press-release-details/2021/Illumina-Acquires-GRAIL-to-Accelerate-Patient-Access-to-Life-Saving-Multi-Cancer-Early-Detection-Test/default.aspx>.

<sup>2156</sup> Recours introduit le 28 avril 2021 devant le Tribunal de l'Union européenne – Illumina/Commission (Affaire T-227/21).

<sup>2157</sup> La première branche du deuxième moyen fondé sur la violation du principe du délai raisonnable a été accepté par le TPIUE, l'envoi de la lettre d'invitation aux États membres a été reconnu trop tardif ; cependant, le moyen a été rejeté dans son ensemble les droits de la défense des parties ayant été respectés au cours de la procédure. Voir, TPIUE, 13 juillet 2022, *Illumina Inc c. Commission*, Affaire T-227/21, point 240.

d'avoir des effets transfrontaliers conséquents<sup>2158</sup>.

Les États membres et les entreprises concernées sont notifiés par la Commission sans délai (sous un jour ouvrable) de la demande de renvoi. Les autres États membres ont 15 jours ouvrables dès leur information pour se joindre à la demande. La saisine de la Commission suspend les délais et procédures de notification nationales des États qui ont demandé le renvoi, jusqu'au rendu de la décision de la Commission, qui intervient dans un délai de 10 jours ouvrables à l'issue de l'expiration du délai de 15 jours<sup>2159</sup>. Une fois le renvoi accepté, l'article 22 du règlement ne dessaisit pas de manière automatique les États nationaux qui n'y ont pas consenti, il existe donc un espace où le risque de chevauchement de décisions contradictoires devient possible. Ce cas ne s'est jamais encore réalisé, mais irait à l'encontre des exigences de sécurité juridique et de continuité qui guident les dispositions du contrôle des concentrations européen<sup>2160</sup>.

Si les États membres sont en principe, à l'initiative de la demande de renvoi, la Commission peut les y inviter comme dans l'affaire GRAIL/Illumina, informée par un tiers, ou par tout État membre. En cas d'absence de notification obligatoire, le renvoi doit être transmis dans les 15 jours ouvrables à la suite d'une « communication » (la lettre d'invitation) de la Commission consistant dans la forme a « *une transmission active d'informations pertinentes à l'État membre intéressé* » contenant sur le fonds « *les informations suffisantes pour permettre à cet État membre d'effectuer une évaluation préliminaire des conditions prévues (...)* »<sup>2161</sup>. Les opérations visées dans les nouvelles orientations s'effectuant potentiellement sous les seuils de notifications obligatoires, la Commission envisage le cas où celles-là auraient déjà été réalisées. Elle n'exclut pas sa compétence au titre de l'article 22<sup>2162</sup> si la clôture de l'opération n'est pas intervenue au-delà de six mois<sup>2163</sup>. Toutefois, dès que l'acceptation par la Commission d'une demande de renvoi est portée à la connaissance des parties, celles-ci ont l'obligation de notifier leur opération de concentration, dans les délais ordinaires de la procédure européenne.

---

<sup>2158</sup> TPIUE, 13 juillet 2022, *Illumina Inc c. Commission*, Affaire T-227/21, points 89-146.

<sup>2159</sup> Le silence de la Commission à l'issue de ce délai vaut acceptation du renvoi. §22.

<sup>2160</sup> CJCE 6 juillet 1971, aff. 59/70, *Pays-Bas c. Commission*

<sup>2161</sup> TPIUE, 13 juillet 2022, *Illumina Inc. contre Commission*, affaire, T-227/21, point 204.

<sup>2162</sup> Le cas est prévu à l'article 22 §4 du Règlement 139-2004.

<sup>2163</sup> La Commission précise toutefois que l'appréciation se fait au cas par cas.

## 2. L'Article 9 du règlement : demande de renvoi par un État membre

Reflet inversé de l'article 22 du Règlement 139-2004, l'article 9 du règlement prévoit le cas où la Commission aurait la compétence exclusive de contrôler une opération de concentration du fait de ses dimensions européennes, mais où un ou plusieurs États membres formulent la demande d'examiner l'opération localement. Depuis 1990, 124 demandes de renvoi fondées sur l'article 9 ont été formulées, dont 15 ont été refusées. Lorsque la Commission refuse le renvoi à un État membre, elle se considère mieux placée par évaluer la dangerosité d'une opération sur la concurrence du marché intérieur de l'Union européenne. Plusieurs critères restrictifs sont en effet imposés aux États, la jurisprudence du TPI, exige que les conditions de renvoi soient interprétées de manière à les limiter à « des circonstances exceptionnelles »<sup>2164</sup>. Premièrement il doit être démontré que la concentration peut avoir des effets sur un marché donné<sup>2165</sup>. Deuxièmement, l'État membre doit faire la preuve que le marché affecté constitue un « marché distinct » au sein de ses frontières géographiques et ne pas constituer une partie substantielle du marché commun<sup>2166</sup>. Néanmoins, la Commission doit analyser s'il est approprié de renvoyer une affaire conformément aux dispositions de l'article 9, paragraphe 3, point a), du règlement CE sur les concentrations qui lui permet de maintenir sa compétence si elle se trouve mieux placée<sup>2167</sup>. Elle peut aussi refuser le renvoi en considérant qu'il n'a pas été établi que l'opération présentait une menace par la concurrence ou qu'il n'existe pas de marché distinct. Sur le plan de la procédure, l'État membre dispose de 15 jours ouvrables à partir de la notification de la concentration à la Commission pour faire sa demande<sup>2168</sup>. La Commission doit rendre sa décision dans un délai maximal de vingt-cinq jours ouvrables si elle n'a pas engagé de procédure ou si la concentration ne présente pas de risque d'examen approfondi. Au contraire, si une procédure a été engagée et que des doutes existent en l'état sur la comptabilité de l'opération avec la concurrence, la Commission dispose d'un délai de soixante-cinq jours ouvrables. Au-delà de ce délai, et après relance de l'État membre si au-

---

<sup>2164</sup> TPICE, 3 avril 2003, *Royal Philips Electronics NV c. Commission des Communautés européennes*, T-119/02

<sup>2165</sup> Communication sur le renvoi §39. (2005/C 56/02) : Déc. Comm. no COMP/M7009, *Holcim/Cemex West*, 03/01/2014, rejet de la demande renvoi à l'Allemagne.

<sup>2166</sup> Article 9 §2 du règlement. La Cour de justice de l'Union européenne possède un contrôle entier sur l'appréciation de ce que constitue « une partie substantielle » du marché commun

<sup>2167</sup> Le juge exerce un contrôle restreint sur l'appréciation de la Commission européenne. Le juge de l'Union européenne peut examiner s'il existe des indices précis et concordants démontrant qu'un renvoi à une autorité nationale ne serait pas à même de rétablir une concurrence effective sur les marchés visés. TPICE, 3 avril 2003, *Royal Philips Electronics NV c. Commission des Communautés européennes*, T-119/02, point 9.

<sup>2167</sup> §39. (2005/C 56/02).

<sup>2168</sup> Article 9, §2, Règlement CE 139-2004.

cune décision n'est intervenue, la Commission est réputée avoir renvoyé l'affaire à l'État membre requérante<sup>2169</sup>.

---

<sup>2169</sup> Article 9, §5, Règlement CE 139-2004.

## Chapitre 2. L'exercice de la fonction de contrôle

Le contrôle *a priori* des concentrations s'effectue aux États-Unis et dans l'Union européenne par le biais d'une procédure administrative réglementée, enfermée dans des délais stricts. Cet examen a pour unique objectif de mesurer les effets des restructurations d'entreprises sur la concurrence au sein de marchés déterminés, les opérations de concentrations devant d'abord être vues de manière positive « *pour autant qu'elles soient de nature à augmenter la compétitivité de l'industrie européenne, à améliorer les conditions de la croissance et à relever le niveau de vie dans la communauté* »<sup>2170</sup>. Les deux systèmes de contrôle suivent un cheminement linéaire séquentiel : toutes les notifications sont soumises à un régime similaire, où les affaires parcourent une première phase d'examen liminaire et sont déviées vers une seconde phase d'approfondissement s'ils soulèvent des questions pour les autorités de contrôle (**Section 1. Les procédures devant les autorités de concurrence : des phases administratives indifférenciées**). Le contrôle *ex ante* prend cependant des formes éloignées tant dans l'aboutissement que dans la portée. L'issue du contrôle européen conduit à l'émission d'une décision administrative favorable ou défavorable sous le contrôle du juge, alors que les autorités de contrôle américaines maintiennent la juridisation de l'interdiction d'une opération (**Section 2. L'issue du contrôle**).

### *Section 1. Les procédures devant les autorités de concurrence : des phases administratives indifférenciées*

La procédure administrative s'ouvre sur l'acte volontaire<sup>2171</sup> des parties de se conformer à l'obligation de porter à la connaissance de l'autorité de concurrence compétente, une opération qui entrerait dans le champ d'application de la réglementation sur le contrôle des concentrations économiques. Au cours de cette procédure particulière, la Commission européenne bénéficie de

---

<sup>2170</sup> Règlement 129-2004. Les États-Unis affirment de même dans leurs Lignes *directrices* que « *The vast majority of mergers pose no harm to consumers, and many produce efficiencies that benefit consumers in the form of lower prices, higher quality goods or services, or investments in innovation* ». Voir. FTC/DOJ, Commentary on the Horizontal Merger Guidelines, Mars 2006, disponible en ligne : <https://www.justice.gov/atr/file/801216/download>.

<sup>2171</sup> L'acception du terme « volontaire » s'entend ici comme procédant de la volonté et non d'automatisme. Il n'est pas conçu comme facultative pour les parties, mais procédant d'un acte positif.

moyens juridiques efficaces pour mener à bien sa mission de contrôle et obtenir les éléments utiles à son appréciation. La FTC et le DOJ doivent mobiliser quant à eux les instruments d'enquête de droit commun au cours de la phase administrative. Les deux systèmes de contrôle adoptent une progression méthodique : l'ensemble des notifications est soumis à un protocole uniforme, où les affaires parcourent une première phase d'examen préliminaire puis en cas de préoccupations identifiées vers une seconde phase d'approfondissement (**§2. Les phases administratives de contrôle**). La mise en œuvre est enclenchée par la notification obligatoire des parties à la concentration (**§1. L'obligation préliminaire au contrôle *ex ante*, la notification**).

### *§ 1. L'obligation préliminaire au contrôle *ex ante*, la notification*

Lorsque les seuils sont atteints, les entreprises ont l'obligation de notifier leur concentration aux autorités de contrôle compétentes. La notification correspond à la transmission formelle des informations nécessaires à l'examen de l'opération par le dépôt d'un formulaire spécifique. Sur ce point, l'Union européenne et les États-Unis ont des exigences distinctes (A). La notification obligatoire emporte un certain nombre d'effets juridiques pour les parties consistant d'une part à l'enclenchement des délais procéduraux du contrôle des concentrations et à la suspension automatique de la concentration (B).

#### **A. La procédure de notification**

Les parties peuvent engager des consultations préliminaires avec l'autorité de contrôle (1) avant de procéder à la notification formelle de leur concentration (2).

##### ***1. L'importance des contacts informels : la phase de prénotification***

**Dans l'Union européenne.** Avant tout dépôt de formulaire emportant notification de leur concentration, les parties à la fusion sont fortement encouragées à contacter les services de la DG Concurrence pour décrire et fournir les informations essentielles concernant



l'opération projetée en adressant comme le guide des bonnes pratiques<sup>2172</sup> le requiert, un mémorandum sur l'opération. Ces contacts informels avec les services de la Commission ont le même objectif que ceux du PNO américain : guider les parties à la concentration et éviter les incomplétudes qui ralentiraient la réalisation du projet. Pour la Commission européenne, cette période particulière qui n'est enserrée dans aucun délai<sup>2173</sup> permet une première prise avec le projet de concentration et orienter les parties vers la forme de notification la plus adéquate pour l'efficacité du contrôle. Elle permet aussi d'accorder éventuellement des dispenses d'informations à la demande des parties si elle « *considère que le respect de ces obligations ou exigences n'est pas nécessaire à l'examen de l'affaire* »<sup>2174</sup>. Les réformes de simplification de 2013 et 2023 ont réitéré l'importance de ces contacts volontaires à l'exception des cas définis par elle-même, c'est-à-dire lorsque les parties n'exercent pas d'activités sur le même marché produit et géographique ou un marché de produits qui se situe en amont ou en aval au sein duquel opère l'autre partie à la concentration<sup>2175</sup>. Encore faut-il apporter toutes les justifications nécessaires à la Commission pour qu'elle conclue à une absence de marchés à déclarer<sup>2176</sup>. À ce stade préliminaire, les parties sont donc déjà soumises à la production de tous les documents relatifs à la définition de marché et les services de la Commission délibèrent sur le cas qui leur est exposé. Ces discussions restent confidentielles et aucune publication officielle par la Commission n'intervient à ce stade<sup>2177</sup>. Elle peut toutefois s'adresser à des tiers par des questionnaires, des appels téléphoniques et à des réunions avec le personnel de la Commission pour récolter l'ensemble des éléments nécessaires lui permettant d'établir une photographie fidèle et objective du marché<sup>2178</sup>.

---

<sup>2172</sup> European commission, *Best Practices on the Conduct of EC Merger Proceedings*, 2004.

<sup>2173</sup> Le rapport de la Commission a évalué la durée moyenne des contacts informels à environ 18 et 19 jours ouvrés entre 2014 et 2019 pour les opérations sous le régime de la procédure simplifiée (p.57). En dehors des données officielles il est difficile de mesurer la longueur de la prénotification. En se basant sur la date d'annonce publique de la transaction et le moment de la publication du formulaire CO par la Commission, Christopher Cook a calculé 112 jours en 2016 la durée moyenne de prénotification pour les procédures normales. Voir. C. COOK, Real review timetables under the UE Merger Regulation, *Concurrences*, N°2, 2017, p.3.

<sup>2174</sup> Règlement d'exécution N° 2023/914 de la Commission du 20 avril 2023 abrogeant le règlement (CE) N° 802/2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, article 4(2).

<sup>2175</sup> Règlement d'exécution N° 2023/914 de la Commission du 20 avril 2023 abrogeant le règlement (CE) N° 802/2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, Annexe II, Point 1.3. Voir. Communication de la Commission relative à une procédure simplifiée du traitement de certaines opérations de concentration en application du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil (2013/C366/04), article 2, point 23.

<sup>2176</sup> Communication de la Commission relative à une procédure simplifiée du traitement de certaines opérations de concentration en application du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil (2013/C366/04), article 2, point 24.

<sup>2177</sup> Commission européenne, *Best Practices on the Conduct of EC Merger Proceedings*, 2004.

<sup>2178</sup> G. VAN GERVEN, M. GOTLIEB, Data Gathering and Analysis : The Anatomy of Merger Investigation in Europe, *Fordham International Law Journal*, Vol. 39, Issue 1, 2015 ; A. LYLE-SMYTHE, L. CHAM-

**Aux États-Unis.** Les seuils de notification basés aux États-Unis sur l'ampleur de l'opération amènent les parties à saisir principalement le PNO de questions sur le caractère notifiable de leur transaction. Ce service dédié exclusivement à la conformité et au traitement des notifications répond aux questions des parties concernant l'application du formulaire et des règles du HSR. De nombreuses interprétations formelles et informelles de ces règles sont publiées sur le site de la FTC, qui reçoit chaque semaine « des centaines de demandes » d'éclaircissement<sup>2179</sup> même anonymes. Les entreprises ne saisissent le PNO que si un doute demeure sur l'aspect non notifiable de leur concentration. Les rendez-vous précédents une notification ne sont pas institutionnalisés, mais utiles selon l'ABA, pour engager des discussions concernant la procédure de *clearance* entre les autorités de contrôle<sup>2180</sup> et apporter des informations factuelles si des doutes concurrentiels sont susceptibles de s'élever au cours de l'examen<sup>2181</sup>. Ces prises de contact permettent aussi aux parties de consulter le NAAG.

Elles n'ont pas toutefois accès à ce stade, contrairement à leurs homologues européens, à des données précises, sauf si le secteur d'activités de l'opération est bien identifié et particulièrement connu du personnel. De fait, les conditions entourant la notification d'une transaction sont telles, que beaucoup d'entreprises préféreront ne pas attirer l'attention des autorités de contrôle sur leur opération s'ils ont pu évaluer que le risque concurrentiel était faible. En tout état de cause, les parties pourront préférer répondre aux demandes de l'autorité de contrôle en charge, plutôt que de devancer ses demandes, celles-là étant en théorie liées à un délai strict au cours de l'examen administratif, à l'issue duquel elle ne pourra s'opposer à la concentration, que si suffisamment de preuves sur la nocivité de l'opération ont été récoltées pour obtenir son interdiction devant les juridictions.

---

BERS, *Operating in a Black Box ? A Comparative Assessment of Transparency Levels in Merger Control*, *Antitrust*, Vol. 34, N° 2, Printemps 2020, p. 60.

<sup>2179</sup> <https://www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program/contact-information>

<sup>2180</sup> Contacter les autorités de contrôle avant la notification peut être habile pour les parties, car une fois la transaction notifiée, les autorités ont interdiction de contacter les parties ou tout autre personne avant que la procédure de *clearance* ait abouti. Si la FTC et le DOJ rencontrent des parties dans le cadre d'une prénotification, ils doivent inviter l'autre agence à participer aux rendez-vous et transmettre les informations récoltées. DOJ, *Antitrust Division Manual*, Chapitre 3, p.37.

<sup>2181</sup> ABA, *The Merger Review Process*, ABA Publishing, 2012, p. 228.

## 2. La notification obligatoire

Les parties à une concentration accomplissent leur obligation de notification à travers la complétion d'un formulaire standardisé pour toutes les opérations de concentrations dans l'Union européenne et aux États-Unis (a) et par exception, un formulaire simplifié présent uniquement dans l'Union européenne (b).

### a. La notification de droit commun

Les entreprises ont l'obligation de respecter certaines formalités dans l'acte de notifier leur concentration (1). La notification ne peut s'effectuer à tout moment de l'opération (2). Des frais seront de plus prélevés aux États-Unis à proportion de l'importance de celle-ci (3).

#### 1) L'acte de la notification

L'importance quantitative et qualitative des détails demandés par les autorités de contrôle constitue un coût non négligeable en ressources pour les parties qui peuvent s'avérer inutiles lorsqu'il n'existe pas d'atteintes à la concurrence<sup>2182</sup>. La notification est conjointe dans l'Union européenne et individuelle de l'autre côté de l'Atlantique<sup>2183</sup>. À cet égard, l'obligation de dépôt d'un « formulaire CO »<sup>2184</sup> dans l'Union européenne, s'effectue en vertu de l'article 4 (1) du règlement 139-2004 et aux États-Unis sur le fondement du « *Hart Scott Rodino form and report* » imposé au titre 15 USC § 18 a, qui requiert, du point de vue des parties, un investissement inférieur<sup>2185</sup>.

---

<sup>2182</sup> Selon le rapport annuel d'activités de la Commission européenne pour 2022, 368 décisions ont été publiées et la Commission est intervenue dans 18 cas (avec 4 abandons). Voir, European Activity Report, DG Competition, 2022, p.7, disponible en ligne : [https://ec.europa.eu/info/publications/annual-activity-report-2021-competition\\_en](https://ec.europa.eu/info/publications/annual-activity-report-2021-competition_en).

<sup>2183</sup> Voir, 15 USC §18a (2023) dispose « *Except as exempted pursuant to subsection (c), no person shall acquire, directly or indirectly, any voting securities or assets of any other person, unless both persons (or in the case of a tender offer, the acquiring person) file notification pursuant to rules under subsection (d)(1) (...)* ».

<sup>2184</sup> Annexe 1 du règlement d'exécution (UE) 2023/914 de la Commission concernant la mise en œuvre du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises et abrogeant le règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission, du 20 avril 2023.

<sup>2185</sup> Il doit être noté que la pandémie du SARS-CoV 19 a mené les autorités de contrôle européennes et américaines à dématérialiser entièrement la notification via des plateformes sécurisées (eTrustEx, eQuestionnaire en Europe et Accellion aux États-Unis). Voir, Commission européenne, Practical information for Mergers, [https://ec.europa.eu/competition-policy/mergers/practical-information\\_en](https://ec.europa.eu/competition-policy/mergers/practical-information_en) ; FTC, COVID-19 : Guidance for Filing Parties, <https://www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program/guidance-filing-parties> (). Cette notification en ligne n'a pas semblé déstabiliser l'organisation du contrôle de la Commission européenne qui déclarait « *In merger control, the Commission was able to continue its activities without significant delays,*

L'Union européenne présente des exigences de dépôt initial particulièrement lourdes en comparaison des autorités américaines. Le formulaire de la Commission réclame des informations détaillées sur les marchés sur lesquels l'une ou l'autre des entreprises qui se concentrent opère et, pour chacun de ces marchés, des informations précises sur les concurrents, les parts de marché et les conditions d'entrée. Avant 2013, ces informations « *véridique [s] et complète [s]* »<sup>2186</sup> devaient en théorie être fournies même pour les marchés où il n'existait pas de chevauchement concurrentiel entre les parties à la concentration<sup>2187</sup>. Un infléchissement est apparu en 2013, lorsque la Commission a adopté un ensemble de mesures pour rationaliser et simplifier la procédure de notification (« The Merger Simplification Package »), modifiant le règlement d'application du Conseil No 802/2004 qui édictait jusqu'alors le formulaire CO. La Commission européenne a justifié ces révisions par une volonté de rationaliser les contraintes en matière d'informations sur les concentrations et faire face aux notifications toujours plus nombreuses et complexes, n'abaissant toutefois pas son degré d'exigence, mais ciblant davantage les transactions qui apparaissent les plus nocives<sup>2188</sup>. La réforme ayant pour but notamment d'élargir le champ d'application de la procédure simplifiée. Tirant le bilan de cette réforme dans son rapport d'activité annuel, la Commission a déclaré que « *the simplified*

---

*while fully respecting legal obligations and deadlines* ». Voir, European commission Activity Report DG Competition, 2020, p. 26. Au contraire de la FTC, qui le 3 août 2021, a publié une note sur son site internet informant les parties notifiantes avoir été frappées par un « raz-de-marée » de fusions « *that is straining the agency's capacity to rigorously investigate deals ahead of the statutory deadlines. (We now post our monthly HSR figures on the website and they are astounding.) We believe it is important to be upfront about these capacity constraints. For deals that we cannot fully investigate within the requisite timelines, we have begun to send standard form letters alerting companies that the FTC's investigation remains open and reminding companies that the agency may subsequently determine that the deal was unlawful* ». Une lettre type est envoyée aux entreprises leur informant du risque à interpréter l'inaction de la FTC au cours des délais, comme une détermination de la légalité de transaction.

Voir, [https://www.ftc.gov/system/files/attachments/blog\\_posts/Adjusting%20merger%20review%20to%20deal%20with%20the%20surge%20in%20merger%20filings/sample\\_pre-consummation\\_warning\\_letter.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/attachments/blog_posts/Adjusting%20merger%20review%20to%20deal%20with%20the%20surge%20in%20merger%20filings/sample_pre-consummation_warning_letter.pdf). Les deux autorités de contrôle ont généralisé la notification dématérialisée depuis le 16 novembre 2022 aux États-Unis (FTC, *Guidance for filing party*, <https://www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program/covid-19-guidance-filing-parties> et le 5 mai 2023 (Communication au titre de l'article 3, paragraphe 2, de l'article 13, paragraphe 3, de l'article 20 et de l'article 22 du règlement d'exécution (UE) 2023/914 de la Commission concernant la mise en œuvre du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises et abrogeant le règlement (CE) no 802/2004 de la Commission (2023/C 160/02)).

<sup>2186</sup> Règlement (CE) no 802/2004 de la Commission concernant la mise en œuvre du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (abrogé).

<sup>2187</sup> Voir. Décision Comm. CE M.8181 du 3 mai 2021, Merck/Sigma-Aldrich.

<sup>2188</sup> Commission européenne, Mergers: Commission adopts package simplifying procedures under the EU Merger Regulation- Frequently asked questions, Memo, 5 décembre 2013, disponible en ligne : [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO\\_13\\_1098](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_13_1098) ; Commission européenne, Mergers : Commission cuts red tape for businesses, Press release, 5 décembre 2013, disponible en ligne : [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_13\\_1214](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_13_1214) .

*procedure was used in 76% of all notified transactions in 2020* »<sup>2189</sup>. La Commission européenne a adopté, le 20 avril 2023, un nouveau « paquet » de simplifications tendant à élargir encore les cas éligibles à la procédure simplifiée<sup>2190</sup>.

Dans le cadre de la procédure de notification de droit commun qui fait aujourd'hui figure d'exception, il a été procédé à une augmentation des seuils de parts de marché pour les dits « marchés affectés » par la concentration, passant de 15 % à 20 % pour les marchés affectés horizontalement, et de 25 % à 30 % pour les transactions affectant des marchés verticaux<sup>2191</sup>, réduisant mécaniquement pour les parties, le nombre de marchés affectés et donc la somme d'informations à fournir. De même, certaines sections du formulaire CO révisé comprennent également la suppression de l'obligation de fournir les calculs de l'indice Herfindahl-Hirschman ("IHH")<sup>2192</sup>. La Commission demande aux parties notifiantes qu'elles présentent des informations sur les définitions des marchés de produits et géographiques « possibles ». La Commission précise que « *D'autres définitions de marchés de produits et de marchés géographiques possibles peuvent être établies sur la base de décisions antérieures de la Commission et d'arrêts rendus par les juridictions de l'Union ainsi que (notamment en l'absence de décisions de la Commission ou de jurisprudence des juridictions de l'Union) de rapports sectoriels, d'études de marché et de documents internes fournis par les parties notifiantes* »<sup>2193</sup>. L'identification de ces « marchés possibles » apparaît toutefois assez vagues et si

---

<sup>2189</sup> European commission, Report from the commission to the European parliament, the council, the European economic and social committee and the committee of the regions on Report on Competition Policy 2020, COM (2021) 373 final, 2021.

<sup>2190</sup> Règlement d'exécution (UE), 2023/914 de la Commission du 20 avril 2023 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises et abrogeant le règlement (CE) no 802/2004 de la Commission. La nouvelle procédure simplifiée est entrée en application le 1<sup>er</sup> septembre 2023.

<sup>2191</sup> Règlement d'exécution, no° 1269/2013 de la Commission du 5 décembre 2013 modifiant le règlement (CE) no 802/2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, Annexe I, Formulaire CO § 6.3.

<sup>2192</sup> Le terme « HHI » désigne l'indice Herfindahl-Hirschman, une mesure communément admise de la concentration du marché. L'IHH est calculé en élevant au carré la part de marché de chaque entreprise en concurrence sur le marché, puis en additionnant les chiffres obtenus. L'IHH tient compte de la taille relative de distribution des entreprises sur un marché. Il s'approche de zéro lorsqu'un marché est occupé par un grand nombre d'entreprises de taille relativement égale et atteint son maximum de 10 000 points lorsqu'un marché est contrôlé par une seule entreprise. L'IHH augmente à la fois lorsque le nombre d'entreprises sur le marché diminue et lorsque la disparité de taille entre ces entreprises augmente. Par comparaison, aux États-Unis les opérations qui augmentent l'IHH de plus de 200 points sur des marchés très concentrés sont présumées susceptibles de renforcer le pouvoir de marché et sont donc particulièrement observées *Voir*. Commission européenne, *Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings*, JO C 265, 18 Octobre 2008 ; U.S.D.O.J, FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, 19 août 2010, disponible en ligne : <https://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-08192010#5c>.

<sup>2193</sup> Règlement d'exécution (UE) no 2023/914 de la Commission du 20 avril 2023 abrogeant le règlement (CE) no 802/2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, Annexe I, Formulaire CO §6.

la Commission enjoint les parties à se référer à ses décisions, à la jurisprudence des juridictions, aux rapports de marché, aux résultats des interactions avec les concurrents et des clients et au regard des documents internes des parties, la Commission n'a encore fourni d'orientations ou de commentaires à notre connaissance explicitant la détermination des marchés possibles qui pourrait réduire la probabilité d'analyses purement hypothétiques et les demandes d'informations disproportionnées. Elle jouit dans ce cadre, d'un pouvoir discrétionnaire considérable pour apprécier l'étendue des marchés pertinents et privilégie, semble-t-il, à dessein, la communication directe avec les parties notifiantes<sup>2194</sup>. De telles orientations leur seraient pourtant bénéfiques pour la préparation de leurs soumissions, de même qu'aux équipes de la Commission, chargées de l'examen des dossiers.

La Commission a étendu dans la section 5 de l'Annexe I, du règlement 2023/914, la portée de l'obligation de fournir des documents justificatifs dans le formulaire CO et détaille les éléments à transmettre ayant concouru à la décision de se concentrer. Les parties doivent donner, entre autres, accès aux comptes rendus des réunions du conseil d'administration et des actionnaires au cours desquelles l'opération a été discutée, aux documents du conseil d'administration et des actionnaires dans lesquels les motifs de l'opération sont évoqués, tous ceux en rapport à d'autres acquisitions potentielles et enfin tous les documents des deux dernières années qui évaluent l'un des marchés affectés en ce qui concerne les parts de marché, les conditions de concurrence, les concurrents (réels et potentiels), le potentiel de croissance des ventes ou d'expansion sur d'autres marchés de produits ou géographiques, et/ou les conditions générales du marché<sup>2195</sup>.

Aux États-Unis, le formulaire de notification doit être soumis conformément à l'article 803.1 (a) des règles de notification préalable, inscrit au titre 16, parties 801-803 du CFR. Des changements sont intervenus pour renforcer les règles qui ne requéraient dans ses versions précédentes, que les informations visant *l'ultimate parent entity* de la partie notifiante. Le formulaire comprend aujourd'hui<sup>2196</sup>, huit points (*items*)<sup>2197</sup> : des informations con-

---

<sup>2194</sup> C. COOK, Real review Timetables under the UE Merger Regulation, *Concurrences*, N°2, 2017, p.8.

<sup>2195</sup> Règlement d'exécution (UE) no 2023/914 de la Commission du 20 avril 2023 abrogeant le règlement (CE) no 802/2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, Annexe I, Formulaire CO §5.4.

<sup>2196</sup> La FTC souhaite faire évoluer le formulaire vers un recollement d'informations plus complets en amont, sur le modèle européen. Le projet de formulaire est soumis à commentaires du public jusqu'au 27 septembre 2023. Voir, <https://www.federalregister.gov/documents/2023/06/29/2023-13511/premerger-notification-reporting-and-waiting-period-requirements>.

cernant la personne rédigeant le formulaire, des informations concernant la transaction elle-même (2 et 3) ; les publications annuelles auprès de la Security Exchanges Commission (SEC ci-après) (4a) ; les rapports annuels et les audits (b) les études, enquêtes, analyses liées à la transaction (4 c)<sup>2198</sup> ; les informations confidentielles et memoranda produits pour la transaction par des tiers, les documents sur la synergies (4 d)<sup>2199</sup> ; les revenus en dollars selon les secteurs commerciaux en utilisant les codes du *North American Industry Classification System* (NAICS) pour les secteurs non manufacturiers et manufacturiers et les codes à 10 chiffres du système de classification des produits (NAPCS), y compris lorsqu'il s'agit de la formation des joint-ventures<sup>2200</sup> (5) ; les entités contrôlées, les actionnaires et participations, incluant celles des associés des acquéreurs et des participations minoritaires (6) ; les parties ou les personnes associées à la personne acquérante, doivent déclarer les revenus dont les codes précités « se chevauchent » (7)<sup>2201</sup> ; l'identification des précédentes acquisitions où l'acquéreur et la cible ont des revenus communs, et où l'acquéreur peut justifier de 1 million de revenus ou plus (8).

La différence majeure entre les deux formulaires est que les États-Unis ne demandent pas explicitement aux parties de se déclarer concurrents sur un marché. Seuls les points 4 (c), qui exige la soumission de toutes les études, enquêtes, analyses liées à la transaction et le point 7 où les parties énumèrent les codes NAICS se chevauchant, fournissent des éléments pertinents pour l'analyse antitrust. En revanche, comme nous l'avons vu, le formulaire CO, requiert des parties des informations détaillées sur leur positionnement concurrentiel, notamment par la justification économique de l'opération, par la définition des marchés de produits

---

<sup>2197</sup> Le formulaire est disponible à Appendice A de la partie 803 du Titre 16, Chapitre I, Sous chapitre H, disponible en ligne : <https://www.ecfr.gov/current/title-16/chapter-I/subchapter-H/part-803> .

<sup>2198</sup> La FTC et le DOJ requiert la transmission des documents internes créés par l'acquéreur lorsqu'il évalue une acquisition potentielle. Ces documents internes discutent souvent des avantages et des inconvénients de l'acquisition. La FTC fait référence par exemple aux memoranda du comité d'investissement et aux présentations du conseil d'administration. Les autorités de contrôle s'intéressent particulièrement à la façon dont l'acheteur conçoit l'intégration de sa cible dans ses opérations commerciales. Sont concernés de même, les « *ordinary course documents* » qui ne sont créés que dans le but de servir la réalisation d'une transaction, où qu'ils y ont été affectés par exemple, en les versant dans une « data room », créé pour informer facilement l'acheteur, ces documents devront être transmis aux autorités. Les emails dont le contenu répond aux critères du point 4(c), c'est-à-dire en lien avec la transaction. Voir. FTC, Item 4(C)Tip Sheet, 28 novembre 2016, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/system/files/attachments/hsr-resources/4ctipsheet.pdf>.

<sup>2199</sup> Au point 4(d) sont visés les livres de comptes bancaires ou documents confidentiels produits par des tiers destinés à éclairer les *officers* ou *directors* qui sont impliqués dans l'acquisition. Ces documents sont fournis au cours de la période de prospection, avant toute décision ferme. Ils ne doivent pas dater de plus d'un an. Voir, FTC, PNO Guidance on Item 4(d), disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program/hsr-resources/pno-guidance-item-4d>.

<sup>2200</sup> Voir. FTC, Reporting Revenues in item 5, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program/hsr-resources/reporting-revenues-item-5>.

<sup>2201</sup> Voir. FTC, Tips on Completing item 7 of HSR Form, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program/hsr-resources/tips-completing-item-7-hsr-form>.

et géographiques en cause et, mais aussi, d'expliquer lesquels sont susceptibles d'être affectés par l'opération et enfin par l'estimation des parts de marché et de capacités. Il semblerait que la Commission européenne ait une appréhension plus immédiate des concentrations présentant des caractères problématiques au fond que les agences américaines. La *Chair* de la FTC, Lina Khan souhaitait dans son intervention du 6 avril 2022 impulser une révision du formulaire de notification Hart-Scott-Rodino afin de recueillir davantage d'informations en amont. « (. . . ) *to introduce a new form that will collect upfront probative information about the merger, reducing the time and resources that agency staff has to spend processing the filings and screening them for potential illegal deals* »<sup>2202</sup>.

Le projet de réformation du formulaire de notification publié le 29 juin 2023, encore soumis à enquête publique, rapprocherait les procédures européenne et américaine, reconnaissant implicitement une plus grande efficacité administrative du système européen. Ce nouveau formulaire obligerait les entreprises à fournir des informations sur les entités en causes, comme les véhicules d'investissements ou les entreprises, et expliciter leur rapports commerciaux. À l'instar de ce qui existe en Europe, les entreprises auront l'obligation de communiquer des informations sur les produits et services pour lesquelles elles sont en concurrence mais aussi déclarer toutes autres relations d'affaires (non-horizontales). Au-delà, la FTC et le DOJ requerront un historique des précédentes acquisitions afin d'identifier des tendances dans les acquisitions des entreprises. Plus exceptionnellement, les entreprises seront tenues de classer leurs employés selon un système de catégorisation standardisé permettant d'identifier les implications de la fusion sur le marché du travail<sup>2203</sup>.

## 2) *Le moment de la notification*

Les réglementations américaine et européenne observent une certaine flexibilité s'agissant du moment de la notification. Celle-ci doit intervenir aussitôt que l'acquéreur peut attester de son intention ferme de conclure la transaction. Aux États-Unis, au terme du Titre 16 paragraphe 803.5 (b) du CFR, par *affidavit*, les notifiants « (. . . ) *must also state the good*

---

<sup>2202</sup> Testimony of Chair Lina M. Khan Before the House Appropriations Subcommittee on Financial Services and General Government, 18 mai 2022, disponible en ligne : <https://docs.house.gov/meetings/AP/AP23/20220518/114778/HHRG-117-AP23-Wstate-KhanL-20220518.pdf>.

<sup>2203</sup> Voir, Notice of Proposed rules making: <https://www.federalregister.gov/documents/2023/06/29/2023-13511/premerger-notification-reporting-and-waiting-period-requirements>.



*faith intention of the person filing notification to make the acquisition, and, in the case of a tender offer, that the intention to make the tender offer has been publicly announced* »<sup>2204</sup> et en dehors d'une offre publique d'achat « *a contract, agreement in principle or letter of intent to merge or acquire has been executed* »<sup>2205</sup>. De même, l'article 4, paragraphe 1, lettre a du règlement 139-2004 engage les parties à notifier leur concentration dans la mesure où ils « *démontrent de bonne foi à la Commission leur intention de conclure un accord ou, dans le cas d'une offre publique d'achat ou d'échange, lorsqu'elles ont annoncé publiquement leur intention de faire une telle offre, à condition que l'accord ou l'offre envisagés aboutisse à une concentration de dimension communautaire* »<sup>2206</sup>. En tout état de cause cette notification doit intervenir avant la réalisation de la concentration<sup>2207</sup>.

La procédure américaine possède certaines spécificités liées à la définition du champ d'application de son contrôle, organisée en paliers. La section 802.21 du CFR, prévoit qu'une fois une notification effectuée et que la période de suspension a expirée, l'entreprise peut acquérir des titres avec droit de vote supplémentaires de l'émetteur sans avoir à déposer une nouvelle demande pendant cinq ans à compter de la date de dépôt de la demande, à condition cependant que les titres détenus ne dépassent pas un seuil plus élevé que celui indiqué dans le dépôt initial<sup>2208</sup>

---

<sup>2204</sup> 16 C.F.R §803.5, disponible en ligne : <https://www.ecfr.gov/current/title-16/chapter-I/subchapter-H/part-803/section-803.5>.

<sup>2205</sup> 16 C.F.R §803.5 (b), disponible en ligne : <https://www.ecfr.gov/current/title-16/chapter-I/subchapter-H/part-803/section-803.5>.

<sup>2206</sup> Article 4, 1,a) du règlement 139-2004.

<sup>2207</sup> La CJUE a explicité ce moment de « réalisation » dans l'arrêt Ernst & Young P/S c. Konkurrencerådet du 31 mai 2018 rendu dans le cadre d'une décision préjudicielle introduite par le tribunal des affaires maritimes et commerciales du Danemark formulé le 25 novembre 2016. Selon l'arrêt de la Cour, « (...) l'article 7, paragraphe 1, dudit règlement, interdisant la réalisation d'une concentration, limite cette interdiction aux seules concentrations, telles que définies à l'article 3 du même règlement, et exclut par là même que soit interdite toute opération ne pouvant être considérée comme contribuant à la réalisation d'une concentration. » (point 43). Se référant à la réalisation comme ayant « lieu dès que les parties à une concentration mettent en œuvre des opérations contribuant à changer durablement le contrôle sur l'entreprise cible » (point 46). Dès lors, pour le CJUE les opérations non utiles « pour parvenir à un changement du contrôle d'une entreprise concernée par cette concentration, (...) ne relèvent pas de l'article 7 du règlement n° 139/2004. En effet, ces opérations, même si elles peuvent être accessoires ou préparatoires à la concentration, ne présentent pas de lien fonctionnel direct avec la réalisation de celle-ci, de telle sorte que leur mise en œuvre n'est en principe pas susceptible de porter atteinte à l'efficacité du contrôle des concentrations. » (point 49). Voir. CJUE, 31 mai 2018, Ernst & Young P/S contre Konkurrencerådet, ECLI/UE/C/2018/37, disponible en ligne : <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=B15111412E58845DD9F0BB0A16B77494?text=&docid=202404&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3140061>.

<sup>2208</sup> 16 C.F.R. § 802.21. Il existe un très nombreux contentieux concernant la violation de la règle 802.21, voir par exemple, United States v. William H. Gates, No. 1:04-cv-00721-CKK (D.D.C. 2004) ; United States (For the Federal Trade Commission) v. Fayez Sarofim No. 1:16-cv-02156-RC (D.D.C. 2017) ; United States of America (For the Federal Trade Commission) v. Mitchell P. Rales (12 avril 2017) ; United States v. Ahment Okumus, Final Judgment, 21 avril 2017. La FTC a publié le 25 octobre 2021, une notice concernant les *deals*

### 3) Les frais de notification

Suivant un esprit de tradition de service public, il n'existe pas de frais de notification dans l'Union européenne pour le contrôle des concentrations<sup>2209</sup>, à l'inverse des États-Unis qui au 23 janvier 2023 imposent le paiement de frais selon un barème progressif récemment mis à jour par le *2023 Consolidated Appropriations Acts*<sup>2210</sup>, initiative qui n'avait pas été entreprise selon le *chairman* du *House committee on the judiciary* Jerrold Nadler, depuis plus de deux décennies<sup>2211</sup>.

Les entreprises doivent s'acquitter aujourd'hui chacune de 30 000 dollars si la valeur de la transaction est inférieure à 161,5 millions de dollars, de 100 000 de dollars si l'opération va au-delà de 161,5 millions de dollars, de 250 000 dollars si la transaction est évaluée à plus de 500 millions de dollars, à 400 000 dollars, si la transaction est comprise entre 1 et 5 milliards, au-delà, les entreprises régleront 2, 25 millions de dollars de frais de notification<sup>2212</sup>.

---

originellement anticoncurrentiels réglés par un *consent order*. Dorénavant, les parties devront notifier toutes les opérations subséquentes à la FTC et obtenir une validation pour toute nouvelle acquisition sur les marchés concernés, et parfois sur des marchés plus vastes en fonction des circonstances, pendant au moins dix ans. Seront évalués un certain nombre de facteurs, notamment la nature de la transaction, le niveau de concentration du marché et la portée de la transaction sur l'augmentation de la concentration du marché, le degré de pouvoir de marché avant la fusion, l'historique d'acquisition des parties et les preuves de la dynamique anticoncurrentielle du marché. Ce *prior approval* peut être demandé même lorsque les parties ont abandonné une transaction. Voir. FTC, FTC to Restrict Future Acquisitions for Firms that Pursue Anticompetitive Mergers, Press Release, 25 octobre 2021, disponible en ligne : [https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2021/10/ftc-restrict-future-acquisitions-firms-pursue-anticompetitive?utm\\_source=govdelivery](https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2021/10/ftc-restrict-future-acquisitions-firms-pursue-anticompetitive?utm_source=govdelivery).

<sup>2209</sup> La Cour des comptes européenne avait formulé une recommandation pour la création d'un paiement d'un droit de dépôt de dossier. La Commission a préféré se tourner vers une dotation spécifique pour l'application des règles de la concurrence au niveau du budget général de l'Union européenne dans le cadre financier pluriannuel 2021-2027. La Commission aurait toutefois essayé lors de la réfaction du règlement sur les concentrations 4063/89 d'introduire la capacité de prélever de tels droits, sans que cette proposition *in fine* n'aboutisse. Voir. Cour des comptes européennes, Contrôle des concentrations dans l'Union européenne et procédure antitrust de la Commission : la surveillance doit être renforcée, rapport spécial, 2020, p. 45, disponible en ligne <https://www.eca.europa.eu/fr/Pages/DocItem.aspx?did=56835> ; Commission européenne, Proposition de règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 11/12/2003, Article 23, disponible en ligne : [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM\(2002\)711&lang=fr](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2002)711&lang=fr)

<sup>2210</sup> Le 29 décembre 2022, le Président Biden a signé le Consolidated Appropriations Act 2023, qui inclut les amendements de 2022 modifiant les frais de notification. Voir Public Law 117- 328, Div. GG, 136 Stat. 4459.

<sup>2211</sup> Voir, Press Release, Chairman Nadler Statement for Markup of H.R. 3843, the Merger Filing Fee Modernization Act of 2021, Washington D.C., 23 juin 2021, disponible en ligne : <https://judiciary.house.gov/news/documentsingle.aspx?DocumentID=4614#:~:text=3843%2C%20the%20'Merger%20Filing%20Fee,to%20protect%20consumers%20and%20competition.>

<sup>2212</sup> Notice of Revised thresholds for the Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act for 2023, <https://www.federalregister.gov/d/2023-01533>.

## b. Le recours à la procédure simplifiée dans l'Union européenne

Le 1er janvier 2014, de nouvelles mesures de simplification du règlement de 2004 sur les concentrations entraient en vigueur, ouvrant une voie alternative aux cas non susceptibles de soulever des problèmes de concurrence importants. Ce dispositif créé à l'origine en 2000<sup>2213</sup> poursuivait l'objectif de réduire la quantité d'informations à fournir par les parties notifiantes et la charge administrative de la Commission, sans affecter la rigueur des critères d'examen ni mettre en danger l'efficacité du régime d'application du règlement sur les concentrations. La Commission européenne a décidé une entière refonte de la procédure simplifiée par un nouveau paquet, le « *2023 Merger simplification package* »<sup>2214</sup>. La notification est aujourd'hui facilitée pour les parties avec un nouveau formulaire à cocher et un envoi dématérialisé. La décision de la Commission européenne est aussi abrégée lorsque la concentration est compatible avec le marché intérieur. Une procédure simplifiée réduit la durée de la procédure d'examen de cinq semaines en moyenne par rapport à une procédure normale<sup>2215</sup>.

Aux cas déjà énumérés par la communication du 14 décembre 2013 qu'elle abroge et qu'elle remplace, la communication du 20 avril 2023<sup>2216</sup> expose les conditions d'éligibilité des transactions à la procédure simplifiée. Dès lors, les entreprises ayant :

- Une activité négligeable sur le territoire de l'espace économique européen, c'est-à-dire avec un chiffre d'affaires inférieur à 100 millions d'euros (qu'il s'agisse de la joint-venture ou des résultats imputables aux activités transférées) ;

---

<sup>2213</sup> Communication de la Commission relative à une procédure simplifiée de traitement de certaines opérations de concentration en application du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, JO C 217/32, 29/07/2000 ; Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises ("le règlement CE sur les concentrations") (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JO n° L 024 du 29/01/2004 p. 0001 – 0022.

<sup>2214</sup> Voir, le règlement d'exécution (CE) 2023/914 de la Commission du 20 avril 2023 abrogeant le règlement 802/2004 du 7 avril 2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) 139/2004 du Conseil relatif aux contrôles des concentrations entre entreprises. Le paquet comprend aussi deux communications, la première portant *per se* sur la procédure simplifiée (voir, communication relative à un traitement simplifié de certaines opérations de concentration en application du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif aux concentrations entre entreprises), la seconde sur la mise en œuvre pratique du règlement et réformant notamment les méthodes de transmission des documents à la Commission (voir, Communication au titre de l'article 3, paragraphe 2, de l'article 13, paragraphe 3, de l'article 20 et de l'article 22 du règlement d'exécution (UE) 2023/914 de la Commission concernant la mise en œuvre du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises et abrogeant le règlement (CE) no 802/2004 de la Commission).

<sup>2215</sup> Commission Staff Working Document Impact Assessment Report, 20 avril 2023, p. 6.

<sup>2216</sup> Communication relative à un traitement simplifié de certaines opérations de concentration en application du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (2023/C 160/01) du 20 avril 2023 publiée au JOUE le 05 mai 2023, remplace et abroge la communication de la Commission du 14 décembre 2013.

- Lorsqu'il n'existe aucune activité commerciale commune entre les parties (du point de vue du marché produit et du marché géographique) ou qu'au sein de relations verticales le marché produit, ne concerne pas un marché amont ou aval du produit qu'exerce l'autre partie ;
- Si la part de marché cumulée de toutes les parties à la concentration exerçant une activité commerciale sur le même marché (relation horizontale) est inférieure à 20 %, ou si les parts de marché individuelles ou cumulées sont inférieures à 30 % dans les relations verticales<sup>2217</sup> ;
- Si une partie se propose d'acquérir le contrôle exclusif d'une entreprise dont elle détient déjà le contrôle en commun ;
- Et enfin, si à l'issue du calcul, les parts de marché cumulées de l'ensemble des parties à la concentration entretenant des relations horizontales sont inférieures à 50 % et si l'accroissement (« delta ») de l'indice de Herfindahl-Hirschman (« IHH ») résultant de la concentration est inférieur à 150<sup>2218</sup>.

La communication introduit deux nouveaux cas :

- Dans les relations verticales, lorsque les parties sont actives sur les marchés amonts et aval, mais ont une puissance d'achat limitée, c'est-à-dire que les parts de marchés individuelles ou cumulées sont inférieures à 30% sur le marché de l'approvisionnement en amont et en aval d'une part d'achat inférieur de 30% des intrants en amont.
- La Commission ouvre la procédure simplifiée aux opérations dont il résultera une concentration limitée du marché, c'est-à-dire lorsque les parts de marchés cumulés seront inférieures à 50% sur le marché en amont et en aval, avec un indice delta HHI inférieur à 150 et que la plus petite entreprise en termes de parts de marchés est la même en amont et en aval<sup>2219</sup>.

---

<sup>2217</sup> Dans les fusions dites « verticales » l'opération se déroule entre des entreprises exerçant sur un marché aval et un marché amont.

<sup>2218</sup> Communication relative à un traitement simplifié de certaines opérations de concentration en application du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (2023/C 160/01) du 20 avril 2023, point 5.

<sup>2219</sup> Communication du 20 avril 2023, point 5 (21) (22) et (23).

De plus, une clause de flexibilité a été introduite pour intégrer certaines opérations qui dépasseraient de 5% les seuils des catégories énumérés<sup>2220</sup>.

La Commission se réserve toutefois le droit de procéder à une enquête ou une décision pleine et entière sur toutes opérations entrant dans son champ de compétence<sup>2221</sup>.

Pour évaluer et vérifier ces conditions d'éligibilité, les entreprises dont la transaction donne lieu à des concentrations horizontales ou verticales (ou les deux) ont l'obligation de soumettre des documents internes. Comme dans la notification de droit commun, les parties notifiantes doivent fournir des copies des documents préparés « par » ou « pour » tout membre du conseil d'administration ou de l'assemblée des actionnaires, ainsi que des copies des documents reçus par ces personnes. Dès lors, l'obligation s'étend également aux analyses de marché, rapports, études, enquêtes, présentations et autres documents comparables préparés à l'extérieur et reçus par les membres du conseil d'administration ou de l'assemblée des actionnaires. Toutes ces informations détaillées portant sur « *tous les marchés de produits et géographiques en cause, ainsi que sur les autres marchés de produits et géographiques en cause possible* »<sup>2222</sup> aboutissent à des exigences de collecte d'informations et d'analyse pour les parties notifiantes similaires aux procédures de notification standard du Règlement 139/2004. Les difficultés peuvent être exacerbées par les questions entourant la définition de marchés complexes ou novateurs pour lesquelles la référence à des cas antérieurs ou à des rapports de l'industrie est, soit impossible, soit d'une valeur pratique limitée.

Il existe en outre, une procédure de notification dite « super-simplifiée » instaurée depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2014, qui concerne les joint-ventures n'ayant aucune activité (réelle ou prévue), aucun chiffre d'affaires, ni aucun actif dans l'Espace économique européen, mais sont notifiables parce qu'au moins deux entreprises concernées atteignent les seuils de chiffre d'affaires de l'UE<sup>2223</sup>. Sont aussi concernées les opérations dans lesquelles les entreprises

---

<sup>2220</sup> Lors de chevauchements horizontaux, les opérations qui dépasseraient le seuil de 20% des parts cumulés mais ne dépasseraient pas 25% ; Dans les relations verticales, le seuil de 30% est dépassé mais les parts de marché individuel ou cumulé des parties en amont et en aval ne vont pas au-delà de 35%. S'agissant des *joint-ventures*, la Commission accepterait un dépassement de moins de 50 millions d'euros au-delà du seuil actuel de 100 millions d'euros de chiffre d'affaires ou d'actifs dans l'espace économique européen. Voir, Communication du 20 avril 2023, point 9.

<sup>2221</sup> *Idem.*, point 3.

<sup>2222</sup> *Id.*, point 14.

<sup>2223</sup> Formulaire CO simplifié, situé en Annexe II du règlement d'exécution 2023/914 du 20 avril 2023.

n'exercent aucune activité commerciale sur le même marché de produits ou géographique<sup>2224</sup>. Dans ce cadre, les informations à produire se bornent à une description de l'activité des entreprises, de la transaction et aux chiffres d'affaires. Les entreprises sont exemptées de la période de contacts au cours de la prénotification. Le délai d'examen est inférieur aux 25 jours ouvrables<sup>2225</sup>.

**Option entre la notification de droit commun et la procédure simplifiée.** Il n'existe pas de délai prospectif dans lequel la Commission notifierait aux parties la nécessité de passer de la procédure simplifiée à la procédure standard de notification des concentrations. La Commission détient un pouvoir discrétionnaire d'appréciation pour obliger les parties notifiantes à passer à la procédure de droit commun. Ainsi, selon le rapport d'évaluation de la Commission sur les aspects procéduraux et de compétences, vingt-deux opérations ont subi ce transfert de procédure entre 2014 et 2020, ce qui correspond aux environs de 1 % des cas notifiés. Les entreprises en question avaient, selon la Commission, mal évalué les marchés produits/géographiques « possibles » dans le calcul de leurs parts de marchés. En effet, une fois que les parties ont présenté leurs observations, au terme du projet ou de la version finale de la notification, les équipes de la Commission, chargées des affaires jouissent d'une grande latitude pour proposer d'autres approches de la définition du marché et demander des données supplémentaires aux parties.

**Conclusion.** À la différence du système américain, la notification d'une concentration dans l'Union européenne a tendance à concentrer le processus d'analyse en amont, les informations délivrées dans le formulaire permettant en fin de compte, d'éclairer l'examen d'une opération particulière. Malgré la réforme de simplification de 2023 qui démontrent une volonté d'aller vers un allègement de la procédure administrative, les parties notifiantes se voient toujours contraintes à compiler un volume conséquent de données. Elles doivent également effectuer des actes préliminaires détaillés préalables à l'analyse substantielle, centrés sur la définition du marché au sens de la législation européenne, sous la houlette de la DG concurrence. Ce qui continue d'apparaître comme des lourdeurs pour les parties constituent la garantie pour la Commission d'une bonne administration du contrôle. Il faut souligner que les autorités de contrôle fédérales américaines requièrent la récolte d'un volume d'informations important, mais à l'inverse ne demandent pas encore d'analyse qualitative aux parties en amont

---

<sup>2224</sup> Communication du 20 avril 2023, points 26 et 5a) et c)

<sup>2225</sup> Communication du 20 avril 2023, point 26.

de la procédure<sup>2226</sup>. Les systèmes de notification sont en voie de se rapprocher puisque la *Chairwoman* de la FTC Lina Khan en accord avec l'*Attorney General* d'obliger la transmission d'informations clés lors de la notification comme les chevauchements horizontaux de produits ou de services, des documents sur la stratégie et documents commerciaux courants<sup>2227</sup>.

## B. Les effets de la notification

L'instauration de la notification obligatoire a opéré une véritable inversion des coûts supportés entre les agents et le régulateur : les coûts de veille et d'enquête, qui obéraient les autorités de concurrence jusqu'en 1976 aux États-Unis, ont été transférés pour une large part aux entreprises. Ce « coût de dépôt immédiat »<sup>2228</sup> comme l'expose Andrea Cosnita-Langlais, participe parallèlement à la réduction de l'incertitude d'une annulation *ex post* de l'opération<sup>2229</sup> et d'un litige judiciaire coûteux<sup>2230</sup>. Pour les autorités de concurrence, elle

---

<sup>2226</sup> En 2016, la Commission européenne a entrepris une évaluation globale des procédures de contrôle des concentrations dont les conclusions ont été publiées dans un document travail du 26 mars 2021 (« *Commission*

*staff working document evaluation* » (Voir., [https://ec.europa.eu/competition/Impact\\_Assessment\\_with\\_the\\_aim\\_to\\_amend\\_the\\_Implementing\\_Merger\\_Regulation\\_and\\_the\\_Simplified\\_Notice\\_consultations/2021\\_merger\\_control/SWD\\_findings\\_of\\_evaluation.pdf](https://ec.europa.eu/competition/Impact_Assessment_with_the_aim_to_amend_the_Implementing_Merger_Regulation_and_the_Simplified_Notice_consultations/2021_merger_control/SWD_findings_of_evaluation.pdf)). Une étude d'impact fut lancée le même jour, programmée en deux temps, d'abord par la publication d'une analyse d'impact initiale (*Inception Impact Assessment*) présentant les objectifs de l'étude et les moyens politiques pour y parvenir, puis en parallèle, par une consultation publique de douze semaines, afin de recueillir l'avis d'un large panel d'intéressés sur les différentes options de réforme envisagées par la Commission (organisé du 26 mars 2021 au 18 juin 2021). Les réponses obtenues notamment des commentateurs américains comme l'*American Bar Association* ou l'*American Chamber of Commerce* ne sont pas particulièrement révélatrices des différences dans les exigences de notification et concentrent leurs critiques sur la phase de prénotification et les seuils de notification. L'*International Bar Association*, confirme toutefois notre analyse en soulignant « *Other jurisdictions, such as the US, use this type of form to good effect. For example, the HSR form utilized by the US federal competition enforcement agencies sets forth a series of questions seeking non-narrative responses from the parties* ». Voir. Consultation outcome regarding Merger control in the UE-further simplification of procedures, consultable en ligne : [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12957-Merger-control-in-the-EU-further-simplification-of-procedures/public-consultation\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12957-Merger-control-in-the-EU-further-simplification-of-procedures/public-consultation_en).

<sup>2227</sup> Voir, Proposed Rule by the Federal Trade Commission on Premerger Notification; Reporting and Waiting Period Requirements. La nouvelle réglementation fait l'objet au moment où s'écrivent ces lignes d'une enquête publique de cinquante jours. Les commentaires sont recevables jusqu'au 28 août 2023. Voir : <https://www.federalregister.gov/d/2023-13511>.

<sup>2228</sup> Voir, C. A. COSNITA-LANGLAIS, Enforcement of Merger Control : Theoretical Insights for Its Procedural Design, *Revue économique*, Hors-Série : Nouveaux regards en économie et politique de concurrence, Sciences-Po University Press, Vol. 67, février 2016, p. 42.

<sup>2229</sup> Une simple réduction de l'incertitude aux États-Unis puisque comme nous l'avons exposé, le contrôle des concentrations américain ne consiste pas en une autorisation administrative. Les États et les personnes privées, s'ils en possèdent les ressources et un intérêt peuvent rechercher la suspension de l'opération ou son démantèlement au titre de la Section 16 du Clayton Act (15 U.S.C. §26) et des *treble damages* sur le fondement de la section 4 du Clayton Act (15 U.S.C. §15). De même, les agences de concurrence ne sont pas tenues par leurs conclusions.

permet d'intervenir pour modifier la concentration avant sa réalisation par la négociation de mesures correctives. Deux options s'imposent aux entreprises, se soumettre ou supporter le coût d'une amende et éventuellement d'un litige.

### *1. Les effets sur les parties*

Il existe deux effets principaux sur les parties, d'abord une obligation de suspension du projet de concentration jusqu'à la fin de la procédure administrative (a) et le déclenchement du délai de la période de contrôle *ex ante* (b).

#### **a. La suspension automatique de la concentration notifiée**

**L'Union européenne.** L'article 7, paragraphe 1, du règlement sur les concentrations dispose que :

*« Une concentration de dimension communautaire telle que définie à l'article 1er ou qui doit être examinée par la Commission en vertu de l'article 4, paragraphe 5, ne peut être réalisée ni avant d'être notifiée ni avant d'avoir été déclarée compatible avec le marché commun par une décision prise en vertu de l'article 6, paragraphe 1, point b)<sup>2231</sup>, ou de l'article 8, paragraphe 1 ou*

---

<sup>2230</sup> R.N. JOHNSON, A.M. PARKMAN, Premerger Notification and the Incentive to Merge and Litigate, *Journal of Law, Economics & Organization*, Vol. 7, N°1,1991, p.145–162, cité in A. COSNITA-LANGLAIS, Enforcement of Merger Control : Theoretical Insights for Its Procedural Design, *Revue économique*, Hors-Série : Nouveaux regards en économie et politique de concurrence, Sciences-Po University Press, Vol. 67, février 2016, p. 43.

<sup>2231</sup> L'article 6, paragraphe 1, point b), porte sur l'édition d'une décision de comptabilité de l'opération, si la Commission « constate que bien relevant du présent règlement, [l'opération] ne soulève pas de doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun ». Voir. Règlement (CE) No 139/2004 DU CONSEIL du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.



22232, ou sur la base de la présomption établie à l'article 10, paragraphe 6<sup>2233</sup>.

Une concentration notifiable en sens du droit européen des concentrations oblige les parties à une suspension de leur opération, c'est-à-dire l'abstention de tout acte, mesure ou comportement menant à l'acquisition d'une influence déterminante sur une autre entreprise<sup>2234</sup>.

Cette obligation se poursuit une fois la notification du formulaire dûment complétée est reçue par les services de la DG Concurrence de la Commission<sup>2235</sup>. Considérée comme primordiale pour la Commission afin de permettre un examen serein de l'opération, elle est simplement conçue comme « utile » sans être indispensable<sup>2236</sup>, l'autorité administrative ayant le pouvoir en vertu de l'article 8, paragraphes 4 et 5 du règlement sur les concentrations d'ordonner le rétablissement ou le maintien d'une concurrence effective par « *des mesures provisoires appropriées* » et par des mesures de déconcentration si nécessaires<sup>2237</sup>.

Cette obligation de suspension n'est toutefois, pas absolue : le paragraphe 2 de l'article 7 du règlement 139/2004, expose les cas très spécifiques où une exemption de plein droit existe pour répondre aux besoins du bon fonctionnement des opérations financières. Sont visés les cas où une opération de concentration est réalisée soit par une offre publique d'achat

---

<sup>2232</sup> L'article 8, paragraphe 1 renvoie à l'article 2, §2 du règlement 139/2004, qui explicite les caractères de compatibilité des opérations de concentrations. Celles-ci ne doivent entraver « *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 (...)* » et à l'article 2§4, qui apprécie les critères de compatibilité des entreprises communes au regard des règles de droit commun de la concurrence (notamment envers l'article 101 du TFUE). L'article 8 paragraphe 2 du règlement 139/2004, reconnaît que si après modifications par les parties, une concentration est compatible selon les critères précédemment cités, la Commission peut rendre une décision de compatibilité avec le marché commun ou assortir sa décision de conditions.

<sup>2233</sup> L'article 10 paragraphe 6, déclare compatible les concentrations pour lesquelles aucune décision de compatibilité, d'incompatibilité, ou de renvoi à un État membre, n'est intervenue dans les délais des paragraphes 1 à 3 du même article.

<sup>2234</sup> Voir *supra*.

<sup>2235</sup> En vertu de l'article 4, §3 du règlement sur les concentrations la Commission doit délivrer un « accusé de réception » sans délai aux parties notifiantes ou à leurs représentants.

<sup>2236</sup> Dans ses conclusions sous l'affaire Ernst & Young, l'avocat général Wahl note que dans plusieurs pays de l'Union européenne tels que l'Italie, la Lettonie et encore à cette époque, le Royaume-Uni, il n'existe pas d'obligation nationale de suspension. Voir. Conclusions de l'avocat général dans l'affaire C-633/16 Ernst & Young P/S C. Koncurrenceradet, ECLI :UE :C :2018 :23, p.8.

<sup>2237</sup> Le logiciel de publication des décisions de la Commission européenne n'affiche qu'un résultat à ce jour (28/10/2023), pour des décisions fondées sur l'article 8 paragraphe 4(b) depuis l'édiction du nouveau règlement sur les concentrations du 20 janvier 2004. L'affaire Novelis/Aleris du 18 février 2021, qui porte sur la non-application d'engagement structurel. La Commission a décidé de prendre des mesures alternatives à la dissolution de la concentration autorisées sous conditions. Voir. Case M.9076 – NOVELIS / ALERIS, 18/02/2021, points 14-26, disponible en ligne : [https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/202229/M\\_9076\\_8414684\\_5964\\_3.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/202229/M_9076_8414684_5964_3.pdf).

(OPA ci-après) ou d'échange (OPE ci-après), soit, par à une série de transactions sur titres par lesquelles le contrôle sur une autre entreprise est acquis par l'intermédiaire de plusieurs vendeurs.

Le bénéfice de cette exemption est conditionné à plusieurs obligations procédurales. Il faut d'abord que la concentration soit notifiée sans délai à la Commission conformément à l'article 4 du règlement, puis que l'acquéreur n'exerce pas les droits de vote attachés aux participations concernées ou ne les exerce qu'en vue de sauvegarder la pleine valeur de son investissement.

La Commission peut accorder une dérogation plus générale sur la base de l'article 7 paragraphe 3 du règlement 139/2004. Sur demande, elle a l'opportunité de déroger aux obligations prévues aux paragraphes 1 ou 2 sur demande motivée. Lorsqu'elle se prononce sur la demande, la Commission doit prendre en compte notamment les effets de la suspension sur une ou plusieurs entreprises concernées par la concentration ou sur une tierce partie, et la menace que la concentration peut présenter pour la concurrence<sup>2238</sup>.

La concentration réalisée selon ces conditions a montré plusieurs difficultés pratiques, notamment lorsqu'elle s'effectue en plusieurs étapes. Le choix de réaliser une transaction avant que la Commission ne se prononce entraîne un risque majeur, devant être mesuré par les entreprises. Elles supportent alors le risque inhérent à l'appréciation négative qui serait *in fine* portée par la Commission sur l'opération de concentration.

Ainsi dans l'affaire *Aer Lingus c. Commission*, qui concernait la tentative d'OPA notifiée à la Commission, de l'entreprise Ryanair sur Aer Lingus en 2006, le tribunal avait inscrit dans ses motivations que « *Dans ce contexte, l'acquisition d'une participation qui ne confère pas, en tant que telle, le contrôle au sens de l'article 3 du règlement sur les concentrations peut relever du champ d'application de l'article 7 dudit règlement* ». La participation minoritaire non contrôlante acquise par Ryanair au moment de la première étape de la prise de contrôle devait-elle être soumise à l'obligation de suspension de l'article 7 paragraphe 1 du règlement 139-2004 ? Cela ne semble pas être le cas. Le tribunal précisant que la poursuite de l'OPA dans un contexte où la Commission avait transmis une communication des griefs et

---

<sup>2238</sup> Article 7 paragraphe 3. Pour un exemple de refus, voir : Case No COMP/M.5969 – SC Johnson / Sara Lee, 11/02/2011, disponible en ligne : [https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m5969\\_4045\\_2.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m5969_4045_2.pdf).

l'existence de doutes sérieux quant à la comptabilité de l'opération avec le marché commun menant à l'ouverture d'une enquête approfondie, aurait abouti à l'émission d'une décision de dissolution de la concentration<sup>2239</sup>. La suspension du rachat constituait une mesure d'économie de moyens au regard d'une décision future défavorable.

Dans sa réponse du 17 avril 2007 à la communication des griefs, Ryanair a indiqué qu'elle s'engageait envers la Commission à ne pas exercer les droits de vote attachés à ses actions Aer Lingus avant la fin de la procédure d'examen approfondi tout en relevant que celles-ci ne lui permettaient pas de contrôler Aer Lingus<sup>2240</sup>.

Lors de la publication de la décision d'incompatibilité le 27 juin 2007<sup>2241</sup>, Aer Lingus a toutefois souhaité le retrait total des participations de Ryanair, considérant que la décision d'incompatibilité visait la concentration dans son ensemble, à travers « le concept de concentration unique » et que les actions acquises jusqu'alors devaient être cédées en tant que « réalisation partielle » d'une concentration incompatible avec le marché commun<sup>2242</sup>.

La Commission sous le contrôle du juge européen, distingue en effet, les opérations successives, mais autonomes qui ne peuvent être qualifiées de concentration unique et celles qui sont intrinsèquement liées et constituent une seule et même opération. Cette conception a des implications particulières lorsqu'elle s'inscrit dans l'application d'un régime dérogatoire tel que celui de l'article 7 paragraphe 2 du règlement sur les concentrations. La question a été récemment examinée par la Commission dans une décision Veolia/Suez<sup>2243</sup> du 17 décembre 2020.

---

<sup>2239</sup> Point 83

<sup>2240</sup> Point 14.

<sup>2241</sup> Décision C (2007) 3104, affaire COMP/M.4439 – Ryanair/Aer Lingus, ci-après la « décision Ryanair ».

<sup>2242</sup> Suivie une demande d'annulation de la décision C(2007) 4600 de la Commission, du 11 octobre 2007, rejetant la demande d'Aer Lingus d'ouvrir une procédure au titre de l'article 8 paragraphe 4 du règlement (CE) N° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004. Le Tribunal de l'Union européenne, dans un arrêt du 6 juillet 2010, a rejeté la demande d'Aer Lingus confirmant l'incompétence de la Commission pour requérir la cession d'une participation minoritaire non contrôlante. La concentration n'ayant pu se réaliser à l'issue de la décision d'incompatibilité de la Commission. *Voir*. TUE, 3<sup>e</sup> ch., 6 juillet 2010, *Aer Lingus Group plc c. Commission*, (T-411/07, EU EU:T:2010:281), disponible en ligne : <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=83127&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5131574>.

<sup>2243</sup> Décision C (2020) affaire COMP/M. 9969 – VÉOLIA/SUEZ. Suez a déposé un appel de la décision de la Commission devant le tribunal de l'Union européenne le 25 février 2021 puis s'est désisté de son action le 27 mai 2021 (Ordonnance du président de la troisième chambre du Tribunal du 27 mai 2021, Suez contre Commission européenne, affaire T-121/21).

Dans cette affaire l'entreprise Veolia avait annoncé le 30 août 2020 son intention de racheter son principal concurrent sur le marché français de la distribution d'eau, Suez. Structurant son projet de rachat en deux étapes, par l'acquisition dans un premier temps, de 29,9 % des actions de Suez que détenait l'entreprise ENGIE, le 6 octobre 2020 et dans un second temps, par une offre publique d'achat.

Suez contestait la régularité de l'opération au regard de l'article 7 paragraphe 1, Veolia ayant cherché à acquérir le contrôle, selon son raisonnement, sans obtenir l'autorisation de la Commission lors de la première étape de l'acquisition et en violant l'obligation de suspension. Pour Suez les conditions attachées à l'exemption du paragraphe 2 ne pouvaient s'appliquer en l'espèce, l'achat des 29,9 % à ENGIE constituant une vente de gré à gré et non, au sens strict, une série de transactions sur titres auprès de plusieurs vendeurs et que l'ensemble de l'opération, incluant l'OPA, ne répondait pas non plus à cette qualification. Appliquant, toutefois, le principe selon lequel l'accessoire suit le principal, la première étape illégale entachait la seconde, cette concentration « unique » ayant débouché sur le contrôle de Suez<sup>2244</sup>.

La Commission fit une lecture différente de l'opération dans une décision du 17 décembre 2020, affirmant qu'elle considérait les deux étapes comme « une série de transactions sur titres » qui a conduit à l'acquisition du contrôle de plusieurs vendeurs.

S'appuyant sur la jurisprudence du Tribunal, elle a estimé que, dans la mesure où les deux opérations constituent une seule et même concentration, l'exemption de l'obligation de suspension en matière d'offre publique d'achat devait également s'appliquer à la première étape de la concentration, même si cette première étape n'est ni une offre publique d'achat en soi ni une « série » d'opérations sur titres.

La Commission applique donc l'exemption prévue à l'article 7, paragraphe 2, du règlement 139/2004 à la première étape d'une concentration englobant l'acquisition d'une participation minoritaire non contrôlante, suivie d'une offre publique d'achat.

---

<sup>2244</sup> Voir, *supra*.

Il est intéressant de comparer cette approche avec l'affaire Marine Harvest<sup>2245</sup>, qui concernait également l'acquisition d'une participation minoritaire suivie d'une offre publique. Dans cette affaire, la Commission a conclu que l'entreprise Marine Harvest avait déjà acquis le contrôle lors de la première étape de la transaction, en l'espèce environ 48,5 % des actions de la société cible auprès d'un vendeur unique, et qu'à l'inverse de l'affaire Suez/Veolia les deux étapes ne pouvaient être considérées comme une seule concentration. La Commission européenne a dès lors estimé que la première étape avant l'autorisation de la Commission constituait un *gun jumping*<sup>2246</sup>, c'est-à-dire une réalisation anticipée de la concentration. Le contrôle de fait ou de droit de la cible, on le voit, constitue pour les concentrations structurées en deux étapes, la pierre d'achoppement des entreprises et peut déclencher une violation à l'obligation de suspension<sup>2247</sup>.

**États-Unis.** Les États-Unis prévoient, dans certains cas, qu'une transaction peut ne pas être sujette aux obligations de dépôt et de suspension, quand bien même les critères de taille et de transaction sont remplis en vertu du HSR Act codifié<sup>2248</sup> ou des règles publiées dans le CFR<sup>2249</sup>. Par exemple, certaines acquisitions d'actifs obtenues dans l'« *ordinary course of business* » d'une entreprise sont exemptées, y compris les nouveaux biens et fournitures courantes<sup>2250</sup>. L'acquisition de certains types de biens immobiliers ne nécessiterait pas non plus

---

<sup>2245</sup> La décision de la Commission fut confirmée par le CJUE, *MOWI ASA (anciennement Marine Harvest ASA) c. Commission*, 4 mars 2020, aff. C-10/18 P, point 104, disponible ligne :

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=B6775668D08127D47F6F01329F7CBA41?text=%20&docid=224068&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1542062>

<sup>2246</sup> Voir *supra*.

<sup>2247</sup> Les critères de la réalisation ont été exposés dans l'arrêt Ernst & Young comme ayant « *lieu dès que les parties à une concentration mettent en œuvre des opérations contribuant à changer durablement le contrôle sur l'entreprise cible* » (point 46). Dès lors, pour le CJUE les opérations non utiles « *pour parvenir à un changement du contrôle d'une entreprise concernée par cette concentration (...) ne relèvent pas de l'article 7 du règlement n° 139/2004. En effet, ces opérations, même si elles peuvent être accessoires ou préparatoires à la concentration, ne présentent pas de lien fonctionnel direct avec la réalisation de celle-ci, de telle sorte que leur mise en œuvre n'est en principe pas susceptible de porter atteinte à l'efficacité du contrôle des concentrations.* ». (point 49). Voir. CJUE, 31 mai 2018, Ernst & Young P/S contre Konkurrençerâdet, ECLI/UE/C/2018/37, disponible en ligne :

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=B15111412E58845DD9F0BB0A16B77494?text=&docid=202404&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3140061>.

<sup>2248</sup> Voir, 15 U.S.C. § 18a(c), disponible en ligne : <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title15-section18a&num=0&edition=prelim>.

<sup>2249</sup> La FTC renvoie aussi à la consultation des interprétations formelles ( the Formal Interpretations of the Rules) publiées sur son site. Voir. <https://www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program/statute-rules-and-formal-interpretations/formal>.

<sup>2250</sup> La FTC illustre cette exemption par deux exemples, celle d'une compagnie aérienne qui achèterait de nouveaux avions auprès d'un fabricant, puis les achèterait à nouveau ou encore celui d'un supermarché qui achèterait ses stocks à un distributeur en gros. Voir. FTC, *Hart-scott-Rodino Premerger Notification Program, Introductory Guide II, To File or Not to File. When you Must File a Premerger Notification Report Form*, Septembre 2008 (révisé), p.17. Voir aussi, 15 U.S.C. § 18a(c)(1) et 16 C.F.R. 802.1.

de notification<sup>2251</sup>. En outre, l'acquisition d'actifs étrangers<sup>2252</sup> serait exonérée lorsque les ventes aux États-Unis attribuables à ces actifs sont inférieures ou égales à 50 millions de dollars après ajustement, les transferts intrapersonnels<sup>2253</sup>, les acquisitions entrant dans le champ de compétences des industries réglementées<sup>2254</sup>, celles effectuées par *stocks splits*<sup>2255</sup> qui n'augmentent pas le pourcentage de la participation d'une personne<sup>2256</sup> ou encore les acquisitions par des personnes détenant déjà 50 % des droits de vote<sup>2257</sup>.

Parmi toutes ces exemptions, une catégorie fournit un contentieux abondant, l'acquisition pour « seul investissement » (*investment only exemption*)<sup>2258</sup>. Cette exemption prévoit que toute personne acquérant jusqu'à 10 % des titres avec droit de vote mis en circulation par l'émetteur est exemptée du contrôle des concentrations si celle-ci est faite uniquement à des fins d'investissement. Cette notion est définie aux termes de la règle 801.1 (i) (1) 3 du C.FR, qui met l'accent sur l'intention de l'acquéreur par rapport aux décisions commerciales fondamentales de l'émetteur acquis<sup>2259</sup>.

Le *Statement of Basis and Purpose* qui précise les règles HSR, donne un aperçu liminaire des types de comportements que la FTC pourrait considérer comme incompatibles avec un objectif d'investissement passif, parmi lesquels le fait de « proposer un candidat au conseil d'administration de l'émetteur ; proposer une action d'entreprise nécessitant l'approbation des actionnaires ; solliciter des procurations ; avoir un actionnaire de contrôle, un administrateur, un dirigeant ou un employé qui occupe simultanément le poste de dirigeant ou d'administrateur de l'émetteur ; être un concurrent de l'émetteur ; ou s'engager

---

<sup>2251</sup> Il s'agit de certaines installations neuves et usagées, qui ne sont pas acquises avec une entreprise, les biens immobiliers improductifs comme les terrains non bâtis, les immeubles de bureaux et d'habitation, les hôtels (à l'exception des hôtels-casinos), certains terrains de loisirs, les terres agricoles, les espaces locatifs de vente au détail et les entrepôts. 16 C.F.R. 802.2 et 802.5, disponible en ligne : <https://www.ecfr.gov/current/title-16/chapter-I/subchapter-H/part-802>.

<sup>2252</sup> Voir, 15 U.S.C 18a (a)(c)(9) et 16 C.F.R. 802.9.

<sup>2253</sup> 15 U.S.C. § 18a (c)(3); 16 C.F.R. 802.30

<sup>2254</sup> 15 U.S.C. § 18a(c)(6) et 16 C.F.R. 802.6, 16 C.F.R. 802.6.

<sup>2255</sup> Le *stock split* correspond à un fractionnement d'action en fonction du pourcentage de participation de l'actionnaire, souvent en « 2-for-1 » ou « 3-for-1 ». Le *stock split* baisse le prix d'une participation sans modifier le capital de l'entreprise. Voir, C.S. WARREN, J. M. REEVE, J. DUCHAC, *Financial & Managerial Accounting*, Cengage Learning, 2016, p. 574.

<sup>2256</sup> 15 U.S.C. § 18a(c)(10) et 16 C.F.R.802.10.

<sup>2257</sup> 15 U.S.C. § 18a(c)(9) et 16 C.F.R. 802.9.

<sup>2258</sup> 15 U.S.C. § 18a (c)(9); 16 C.F.R. 802.9.

<sup>2259</sup> 16 CFR 801.1(i)(1) dispose que les « Voting securities are held or acquired "solely for the purpose of investment" if the person holding or acquiring such voting securities has no intention of participating in the formulation, determination, or direction of the basic business decisions of the issuer ». Voir en ligne : [https://www.ecfr.gov/current/title-16/chapter-I/subchapter-H/part-801#p-801.1\(i\)\(1\)](https://www.ecfr.gov/current/title-16/chapter-I/subchapter-H/part-801#p-801.1(i)(1)).

dans ce qui précède à l'égard de toute entité contrôlant directement ou indirectement l'émetteur »<sup>2260</sup>.

Les actions engagées par les deux autorités de contrôle au cours des cinq dernières années démontrent une interprétation de plus en plus étroite de l'exemption et une volonté de sanctionner ce type d'infractions. Les interprétations informelles de la FTC publiées sur le site de la FTC montrent qu'en raison du caractère dérogatoire à la règle de notification obligatoire la preuve de la passivité de l'investisseur est à la charge de l'entreprise<sup>2261</sup>.

Deux affaires de janvier 2017 illustrent l'utilisation fautive de l'exemption pour seul investissement par des personnes privées. Le fondateur du fonds spéculatif Ahmet H. Okumus dû payer 180 000 dollars de *civil penalties* pour avoir omis de déclarer ses achats de titres avec droit de vote dans la société de services Internet Web.com Group Inc. Dans une autre action, l'entrepreneur Mitchell P. Rales s'acquitta de 720 000 dollars de *civil penalties* pour ne pas avoir notifié ses achats d'actions dans deux sociétés industrielles, Colfax Corporation et Danaher Corporation.

Dans l'affaire Okumus, le gestionnaire du fonds spéculatif avait d'une part dépassé le seuil limite d'achat de 10 % en acquérant 13 % des actions de Web.com par l'intermédiaire de son fonds spéculatif, Okumus Opportunistic Value Fund, Ltd, déposant après cet achat une notification corrective demandant l'indulgence de la FTC pour cette erreur commise par « inadvertance » que la FTC accepta de ne pas sanctionner<sup>2262</sup>. Une seconde violation de la procédure HSR a été toutefois constatée lorsqu'Ahmet Okumus, à l'issue de l'expiration de la période de suspension, continua d'acheter des actions comme la loi lui permettait, mais en dépassant le seuil pour lequel il était autorisé<sup>2263</sup>.

---

<sup>2260</sup> Traduction personnelle. Voir, Statement of Basis and Purpose, 42 F.R, 31 juillet 1978, 1978, p. 33465 (3<sup>e</sup> colonne droite), disponible en ligne : [https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/hsr\\_statements/43-fr-33450/780731fr43fr33450.pdf](https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/hsr_statements/43-fr-33450/780731fr43fr33450.pdf).

<sup>2261</sup> Voir, FTC, *Informal Interpretation*, N° 1908002, Rule, 802.9, 28 août 2019, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program/informal-interpretations/1908002>.

<sup>2262</sup> Voir. Complaint

<sup>2263</sup> La notification corrective était déposée pour un seuil de 50 millions de dollars ajustés. La loi HSR autorise les personnes à poursuivre leurs achats d'actions pour autant qu'elles ne dépassent pas le seuil supérieur de 100 millions de dollars ajustés. En l'espèce, Ahmet Okumus dépassa ce seuil (156,3 millions de dollars en 2016) sans notifier une nouvelle fois la concentration. Malgré une rétrocession afin de rapporter sa possession au seuil inférieur, la FTC poursuivit cette infraction, qui se résolut toutefois par *settlement*. Voir. *Complaint for civil penalties for failure to Comply with premerger reporting and waiting requirements of the Hart Scott Rodino Act*, du 17 janvier 2017, p.6, disponible en ligne : [https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/170117okumus\\_complaint\\_filed.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/170117okumus_complaint_filed.pdf) ; United States v. Ah-

Dans la deuxième affaire, la FTC avait constaté la violation de l'obligation de notification et de suspension au motif d'une application incorrecte de l'exemption de la règle 802.9 du C.F.R. Là encore, le défendeur avait déjà été sanctionné pour les mêmes faits plusieurs décennies auparavant<sup>2264</sup>. Mitchell Rales en tant qu'actionnaire majoritaire de l'entreprise Colfax à 57,9 %, ses acquisitions additionnelles étaient exemptées de l'obligation de contrôle des concentrations. Après l'introduction boursière de Colfax, les participations de Rales tombèrent à 20,8 %. L'épouse de Rales acquiesça sur les marchés en 2011, 25 000 actions de cette entreprise, valeur qui comme le prévoit le droit américain est rapportée à *l'ultimate parent entity*, en l'espèce Mitchell Rales, constituant une valeur cumulée supérieure au seuil de 100 millions de dollars ajustés (131, 9 millions en 2011) qui nécessite une notification et une suspension obligatoire. En outre, la *complaint* note qu'une deuxième violation de la loi HSR a été commise par Mitchell Rales en 2008, Rales lorsqu'il acquiesça 6000 actions de Danaher sur les marchés, réunissant une valeur d'environ 2,3 milliards de dollars, dépassant le seuil de 500 millions de dollars ajustés fixé par la loi HSR. Il n'entreprit de déposer une notification corrective qu'en 2016. Mitchell P. Rales accepta de payer 720 000 dollars pour clore le contentieux dont il faisait l'objet<sup>2265</sup>.

Enfin, dans une affaire de 2016, le DOJ poursuivit ValueAct pour avoir acquis des participations dans les entreprises Baker Hughes et Halliburton, sans avoir notifié et suspendu cette opération. Refusant le motif de l'exemption pour seul investissement, au regard des communications de ValueAct avec les cadres supérieurs de Halliburton et de Baker Hughes, qui démontraient la part active de cette entreprise dans le contrôle de leur activité commerciale, les conseillant notamment sur l'amélioration des activités, les acquisitions envisagées et d'autres questions commerciales. Il est à noter qu'à l'exception d'une seule communication, toutes les autres ont eu lieu entre quelques jours et onze mois après que ValueAct ait franchi les seuils de dépôt de la HSR. Cette affaire montre l'importance des preuves circonstancielles pour conclure à une intention non passive. L'accord formé avec le DOJ et enregistré par la cour imposa de façon exceptionnelle pour la matière, des remèdes comportementaux et des

---

ment Okumus, Final Judgment, 21 avril 2017, disponible en ligne : [https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/okumus\\_final\\_judgment\\_signed.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/okumus_final_judgment_signed.pdf).

<sup>2264</sup> Le 25 janvier 1991, le DOJ avait recherché l'imposition de sanctions civiles contre Mitchell P. Rales en tant qu'*ultimate parent entity* d'Equity Group lors de l'acquisition des titres avec droit de vote de l'entreprise Interco en violation de la loi HSR. Cette affaire fut réglée par *settlement* par le paiement de 850 000 dollars le 30 janvier 1991. Voir, le *final judgment*, prononcé par la United States District Court for the District of Columbia, *United States v. Equity Group Holding*, disponible en ligne : <https://www.justice.gov/atr/file/866961/download>.

<sup>2265</sup> United States of America (For the Federal Trade Commission) v. Mitchell P. Rales, disponible en ligne : [https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/170117rales\\_cis\\_filed.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/170117rales_cis_filed.pdf).



*civil penalties* d'un montant de 11 millions de dollars, constituant l'amende la plus élevée jamais imposée pour une violation de la procédure HSR<sup>2266</sup>.

## **b. L'enclenchement du délai de la procédure administrative de contrôle**

En contrepartie de l'obligation de notification et de suspension contraignant les entreprises à immobiliser le cours de leurs affaires, les autorités sont soumises au respect de délai strict et relativement bref pour effectuer le contrôle administratif de ces opérations. Le point de départ du délai de 25 jours ouvrables<sup>2267</sup> commence dans l'Union européenne à compter de la date à laquelle la Commission européenne a reçu une notification complète<sup>2268</sup>. L'accusé de réception délivré ne constitue pas une validation de la notification et ne fait pas en tant que telle courir le délai de contrôle<sup>2269</sup>. Selon l'article 5 paragraphe 2 du règlement d'exécution, si une notification est incomplète, « *la Commission en informe par écrit et sans délai les parties notifiantes ou leurs représentants. Dans ce cas, la notification prend effet à la date où la Commission reçoit les informations complètes* »<sup>2270</sup>.

Aux États-Unis, la notification reçue par le *Premier Notification Office* est enregistrée et il est assigné un numéro de dossier qui permet de faire débiter le délai d'examen initial de trente jours ou de 15 jours pour les *cash tender offers* ou les procédures de faillite<sup>2271</sup>. En cas d'incomplétude, le chargé de la *compliance* peut soit demander aux parties de remédier aux erreurs constatées, le délai continuant à courir, soit, en cas de manquements graves, la notification est renvoyée aux parties et considérée comme non-venue. La notification complète est transmise aux services de deux agences pour la procédure de *clearance*. Cette procédure particulière aux États-Unis, conséquence du dualisme institutionnel, peut prendre

---

<sup>2266</sup> United States v. VA Partners I LLC, 16-cv-01672 (N.D. Cal., April 4, 2016).

<sup>2267</sup> Article 10, paragraphe 1, du règlement 139/2004 CE sur les concentrations. Si des engagements sont proposés, le délai est porté à trente-cinq jours ouvrables ou en cas de demande de transmission du dossier à un État membres en vertu de l'article 9§2 du règlement.

<sup>2268</sup> Article 10, paragraphe 1, du règlement 139/2004 CE sur les concentrations ; Article 5, paragraphes 2 et 4, du règlement d'exécution 2023/914 de la Commission 20 avril 2023 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

<sup>2269</sup> Article 4, §3 du règlement sur les concentrations, l'« accusé de réception » est remis sans délai aux parties notifiantes ou à leurs représentants. La date de réception de notification du dossier complet n'est pas publique.

<sup>2270</sup> Article 5, paragraphe 2 du règlement d'exécution 2023/914 de la Commission 20 avril 2023 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

<sup>2271</sup> 16 CFR 803.10(a) et (b)3. Les règles du C.F.R précisent que si la période de suspension se termine un samedi, un dimanche ou un jour férié, il est reporté au prochain jour ouvré suivant jusqu'à 11:59 *eastern time*.

quelques jours à quelques semaines en cas de difficultés entre les deux administrations. Les parties notifiantes n'en supporte en principe pas le coût temporel. Ces circonstances ont selon Timothy J. Muris, ancien Chairman à la FTC (2001-2004) engendrée de nombreux actes de détournement de la procédure, en déclenchant par exemple des *second requests* pour des opérations qui ne l'auraient pas requis afin d'être en mesure d'examiner effectivement la concentration, ou au contraire l'autorité pouvait s'interdire de déclencher une *second request* par manque de temps, ou encore, demandait aux entreprises le retrait puis, la réintroduction de la notification pour réduire la probabilité d'un dépôt de *second request*<sup>2272</sup>.

**c. La transgression à l'obligation de se conformer aux règles du contrôle *ex ante* : « le gun jumping »**

La *Division Antitrust* du *Department of Justice* (le DOJ) et la FTC aux États-Unis et la Commission européenne dans l'UE, appliquent les lois antitrust à toutes les conduites et actes des parties aux fusions, acquisitions et joint-ventures avant et au cours de la procédure *ex ante*. Le dépôt d'un formulaire de notification auprès des agences de concurrence emporte la suspension automatique par application de la loi HSR ou du Règlement sur les concentrations<sup>2273</sup>, de la transaction pendant une période déterminée. Les parties entreprennent pourtant bien en amont du contrôle *a priori* des processus de coordination variés nécessaires au succès de l'intégration future des personnalités juridiques dans le cas des fusions ou du *management* dans les autres cas<sup>2274</sup>. La loi HSR comme le Règlement européen sur les concentrations, autorisent une certaine coordination entre les entreprises avant la conclusion de la transaction dans des limites déterminées par les agences elles-mêmes. Elles considèrent cependant comme une violation tout « indice » qui démontrerait un transfert de contrôle à l'acheteur avant que ne soit notifiée et expirée la période de suspension aux États-Unis ou la décision de compatibilité dans l'Union européenne. Ce transfert prématuré est communément appelé un

---

<sup>2272</sup> T. J. MURIS, *Comments on the FTC-DOJ Clearance Process Before the Antitrust Modernization Commission*, 03 novembre 2005, p.6, disponible en ligne à l'adresse suivante: [http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission\\_hearings/pdf/Muris\\_Statement.pdf](http://govinfo.library.unt.edu/amc/commission_hearings/pdf/Muris_Statement.pdf).

<sup>2273</sup> Voir, Article 7(1) du Règlement 139-2004 sur les concentrations précitées.

<sup>2274</sup> L'achat d'une entreprise par une autre requiert des actions dites de « *due diligence* », la transaction se déroulant sur un temps long, l'acquéreur doit avoir la garantie que l'entreprise cible maintiendra son train et son volume d'affaires jusqu'à la clôture de l'opération. L'intérêt de l'acquéreur étant de rentrer en possession de l'entreprise telle qu'il la négocier. La nécessité d'organiser la structure de la nouvelle entité paraît donc normale pour les parties. cK. MEYNERTS-STILLER, C. ROHOFF, *Post-Merger Management : Value Creation in M&A Integration Projects*, Emerald Group publishing, 2019, p. 57 et s.

« *gun jumping* »<sup>2275</sup>. Il est distingué par la doctrine et les praticiens entre le *substantive gun jumping* qui se réfère à des comportements se rapprochant des qualifications d'entente et de collusion entre concurrents sanctionnés par l'article 101 du TFUE dans l'Union européenne et la Section 1 du Sherman aux États-Unis, au *procedural gun jumping*, qui renvoie à la violation des règles procédurales de contrôle *ex ante*. Les États-Unis et l'Union européenne pour des raisons tenant principalement à l'organisation et à la structuration de leur contrôle appliquent des régimes de dissuasion différents qu'il convient de présenter.

### 1) Aux États-Unis

L'objet du HSR Act est de maintenir un *statu quo* pour préserver la capacité des agences à analyser les conséquences concurrentielles d'une transaction et pour réduire la probabilité que la concurrence soit considérablement altérée au cours de la période d'examen. Les entreprises ont, dès lors, l'obligation de maintenir leurs identités distinctes et d'agir de manière concurrentielle jusqu'à la fin de la procédure. Les actes de coordination au cours de celle-ci peuvent être jugés illégaux sur deux fondements distincts : d'abord en vertu de la section 1 de la loi Sherman et la Section 5 du FTC Act<sup>2276</sup>, qui interdisent les accords restreignant le commerce entre États membres<sup>2277</sup>, ensuite au regard de la section 7A de la loi Clayton modifiée<sup>2278</sup>, qui commande aux parties à une fusion de notifier leur opération et de respecter des périodes d'attente après celle-ci. Ces fondements juridiques peuvent se cumuler<sup>2279</sup>. Les sanctions sont civiles et, mais peuvent être aussi criminelles si une intention de nuire est démon-

---

<sup>2275</sup> L'expression trouve sa source dans l'idiome anglais « to jump the gun » utilisé au début du XXe siècle en athlétisme pour caractériser le départ d'un coureur avant le coup d'envoi. Voir, J. CRESSWELL, « Jump » (occurrence), *Oxford Dictionary of Words Origins*, Oxford University Press, 2010, p. 238.

<sup>2276</sup> Codifié au Titre 15 U.S.C. § 45. La Section 5 interdit les méthodes déloyales de concurrence. La FTC est soumise à la preuve d'un effet anticoncurrentiel réel. Voir. *Boise Cascade Corp. v. FTC*, 637 F.2d 573 (9th Cir. 1980).

<sup>2277</sup> La Section du FTC Act permet à la FTC de poursuivre les actes ou comportements menant « unfair methods of competition in or affecting commerce », ce qui inclut les actes de fixation des prix et les actions de répartition des marchés ou de clients. JP

<sup>2278</sup> « Except as exempted pursuant to subsection (c), no person shall acquire, directly or indirectly, any voting securities or assets of any other person, unless both persons (or in the case of a tender offer, the acquiring person) file notification pursuant to rules under subsection (d)(1) and the waiting period described in subsection (b)(1) has expired (...) ». Voir. 15 U.S.C. § 18a. <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title15-section18a&num=0&edition=prelim>.

<sup>2279</sup> *United States v. Dolan*, Civil Action No. 18-2858 (TJK), 2019 U.S. Dist. (D.D.C. Apr. 17, 2019) ; *United States v. Flakeboard America Ltd*, No. 3:14-cv-4949 (N.D. Cal. 2014), <https://www.justice.gov/atr/case-document/file/496511/download>.

trée dans le cadre de l'application de la Section 1 du Sherman Act<sup>2280</sup>. Les sanctions civiles strictement liées à la violation de l'obligation de notification ou à l'obligation de suspension au cours de la procédure *ex ante* (*civil penalties*) sont exposées au titre 15 U.S.C. 18a (g) (1)<sup>2281</sup> et au paragraphe 1.98 du C.F.R qui ajuste ces montants<sup>2282</sup>. Ils ne peuvent excéder au 13 janvier 2021, 43 792 dollars par jour de violation constatée et s'accompagner éventuellement d'*equitable remedies*<sup>2283</sup> consistant en des demandes de *disgorgement*, c'est-à-dire le remboursement du profit accumulé au cours de la période de violation<sup>2284</sup> ou d'obligations comportementales si la personne « *fails substantially to comply with the notification* »<sup>2285</sup>.

---

<sup>2280</sup> Une procédure pénale n'est possible que par application de la Section 1 du Sherman Act. Le cas ne s'est à notre connaissance, jamais produit dans la catégorie particulière du « gun jumping ». Les ententes sur les prix doivent être caractérisées dans leur forme les plus graves *i.e.*, les parties se réunissent sciemment et intentionnellement pour fixer les prix ou répartir les marchés ou les clients.

<sup>2281</sup> Le titre 15 U.S.C. § 18a. (g)(1) dispose, « (1) *Any person, or any officer, director, or partner thereof, who fails to comply with any provision of this section shall be liable to the United States for a civil penalty of not more than \$10,000 for each day during which such person is in violation of this section. Such penalty may be recovered in a civil action brought by the United States* ». Disponible en ligne : <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title15-section18a&num=0&edition=prelim>. Les montants en dollars indiqués dans les dispositions relatives aux sanctions pécuniaires civiles relevant de la compétence de la FTC sont ajustés au regard de l'inflation en vertu du Federal Civil Penalties Inflation Adjustment Act Improvements Act de 2015 (Pub. L. n° 114-7, 2 nov. 2015). La sanction civile maximale est passée de 10 000 \$ à 11 000 \$ pour chaque jour pendant lequel une personne est en violation de la section 7A(g)(1) en 1996 (61 Fed. Reg., 54548 (21 oct.21, 1996) à 16 000 \$ le 10 février 2009 (74 Fed. Reg., 857 (9 janv. 2009)), puis à \$40,000 le 1er août 2016 (81 Fed. Reg., 42476 (30 juin 2016)), à \$42,530 à compter du 14 février 2019 (84 Fed. Reg. 3980 (14 février 2019) et enfin \$43 792 depuis le 13 janvier 2021 (86 Fed. Reg., 2539, (13 Jan. 2021)). Voir, *United States v. James L. Dolan*, No. 1:18-cv-02858 (D.D.C. filed Dec. 6, 2018), *United States v. Canon Inc. and Toshiba Corporation*, No. 1:19-cv-01680 (D.D.C. filed June 10, 2019).

<sup>2282</sup> 16 CFR 1.98(a), disponible en ligne : <https://ecfr.federalregister.gov/current/title-16/chapter-1/subchapter-A/part-1>.

<sup>2283</sup> 15 U.S.C. § 18a. (g)(2) dispose que :

(2) *If any person, or any officer, director, partner, agent, or employee thereof, fails substantially to comply with the notification requirement under subsection (a) or any request for the submission of additional information or documentary material under subsection (e)(1) of this section within the waiting period specified in subsection (b)(1) and as may be extended under subsection (e)(2), the United States district court- (A) may order compliance; (B) shall extend the waiting period specified in subsection (b)(1) and as may have been extended under subsection (e)(2) until there has been substantial compliance, except that, in the case of a tender offer, the court may not extend such waiting period on the basis of a failure, by the person whose stock is sought to be acquired, to comply substantially with such notification requirement or any such request; and (C) may grant such other equitable relief as the court in its discretion determines necessary or appropriate, upon application of the Federal Trade Commission or the Assistant Attorney General.*

<sup>2284</sup> Le remède de *disgorgement* n'a été ordonné jusqu'à aujourd'hui, que sur le fondement de la violation de la Section 1 du Sherman Act et donc des lois antitrust. Dans l'affaire *SierraPine/Flakeboard*, les parties avaient abandonné leur transaction à la suite des objections du DOJ, mais s'étaient parallèlement organisées et coordonnées pour fermer une scierie et transférer les clients de *SierraPine* vers *Flakeboard*. Par un *settlement* le DOJ exigea de *Flakeboard* de se défaire des sommes accumulées en violation du Sherman Act, se montant dans ce cas à 1,15 million de dollars. Voir. *United States v. Flakeboard America Ltd*, No. 3:14-cv-4949 (N.D. Cal. 2014), <https://www.justice.gov/atr/case-document/file/496511/download>.

<sup>2285</sup> 15 U.S.C. § 18a. (g)(2).

### *i. La violation basée sur la Section 1 du Sherman Act ou la Section 5 du FTC Act*

Le *Department of Justice* qui met en œuvre la Section 1<sup>ère</sup> du Sherman Act poursuit les accords ayant pour objet ou pour effet de nuire à la concurrence et interdit toute coordination entre les parties qui porteraient sur la fixation conjointe de prix, ou les accords de répartition des marchés ou de clients avant la fin de la procédure HSR<sup>2286</sup>. Une ligne moins claire pour les entreprises réside dans la nature des informations pouvant être échangées et utilisées effectivement avant la fin de la période de suspension.

Le contexte de la procédure de HSR ne saurait toutefois être un élément concourant à la qualification d'une violation du *Sherman Act*. La jurisprudence a maintenu que le comportement anticoncurrentiel d'entente devait être analysé indépendamment de la procédure de concentration<sup>2287</sup>, de sorte que les comportements d'association ou de collaboration qui ne tomberaient pas sous le coup de l'application de la Section 1 du *Sherman Act* s'ils avaient été conclus en dehors de la procédure HSR ne sauraient être qualifiés de « gun jumping ». La caractérisation d'actes violant *per se* la Section 1 du Sherman Act au cours d'une procédure civile, y compris lorsque des *treble damages* sont requis, ne contient pas d'élément intentionnel et peuvent donc être commis par inadvertance par les parties<sup>2288</sup>. Dans les cas où la *rule of reason* s'applique, celle-ci permet au contraire aux parties, lorsque l'administration fédérale prouve l'existence d'un comportement ayant un effet négatif sur la concurrence, de présenter des justifications à leur comportement<sup>2289</sup>.

La FTC qui administre la Section 5 du FTC Act, reconnaît de même la nature autonome de la coordination « déraisonnable » entre les parties. Dans une publication destinée aux futures parties à une acquisition, fusion ou joint-venture du 20 mars 2018<sup>2290</sup>, la FTC met en garde les entreprises contre le partage d'informations qui violerait le droit *antitrust*. Dans une affaire *Bosley, Inc., a corporation, and Aderans America Holdings, Inc.*, la FTC a poursuivi

---

<sup>2286</sup> La Section 5 du FTC Act donne fondement à la Federal Trade Commission d'agir contre les « *Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce (...)* ». Le régime juridique d'application correspond aux critères des Sections 1 et 2 du Sherman Act. 15 U.S.C. § 45 (a)(1) (2021).

<sup>2287</sup> *International Travel Arrangers v. NWA Inc.*, 991 F.2d 1389, 1397-98 (8th Cir. 1993).

<sup>2288</sup> Les violations *per se* regroupent les accords de non-concurrence, les accords sur les prix et sur la répartition des marchés ou/des clients.

<sup>2289</sup> Par exemple, un accord visant à créer une *joint venture* pour développer un nouveau produit serait normalement jugé selon la règle de raison. En outre, si l'accord en cause serait en principe analysé comme une violation *per se*, est l'accessoire d'une à une action légitime et favorable à la concurrence. R. LIEBESKIND, *Gun-jumping: Antitrust Issues Before Closing the Merger*, Présenté devant l'ABA Section of Business Antitrust Law, San Fransico, California, 8 août 2003, p.2.

<sup>2290</sup> H. VEDOVA, K. CLOPPER, C. EDWARDS, *Avoiding Antitrust Pitfalls During Pre-merger Negotiations and Due Diligence*, Bureau of Competition, 20 mars 2018, <https://www.ftc.gov/news-events/blogs/competition-matters/2018/03/avoiding-antitrust-pitfalls-during-pre-merger>.

une société de services d'implants capillaires, après avoir découvert, lors de la procédure de contrôle de leur projet de fusion, que les instances dirigeantes avaient échangé à plusieurs reprises des informations concernant entre autres, les futures offres de produits, les prix planchers, leur politique de remise, leurs plans d'expansion. La concentration n'ayant pas été *in fine* contestée, le caractère indépendant de la violation antitrust, détachée du contrôle en lui-même, est manifeste. Le procès administratif condamna Bosley et Aderans pour s'être coordonné et avoir réduit, notamment, l'imprévisibilité de la politique commerciale de leur rival et réduit la concurrence au moment où les parties devaient maintenir la compétition entre elles<sup>2291</sup>.

À la différence des *gun jumping* fondé sur la violation de la section 7A du Clayton Act, les violations des sections 1 du Sherman Act et 5 du FTC Act impliquent le cas échéant une évaluation des effets anticoncurrentiels de ces comportements.

## ***ii. La violation basée sur la Section 7A du Clayton Act***

Lorsqu'il est fondé en violation de la Section 7A du Clayton Act, le *gun jumping* consiste soit en une non-conformation aux règles de notification obligatoire, soit en prise de contrôle de la société cible au cours de la procédure avant que les délais légaux de la procédure *a priori* aient échoué. Ces deux situations mènent à des poursuites et amendes civiles (*civil penalties*) devant les juridictions judiciaires<sup>2292</sup> requises exclusivement par le DOJ<sup>2293</sup>.

La non-conformation aux exigences du contrôle *a priori* est sanctionnée par une amende journalière allant jusqu'à 43 792 dollars de violation continue<sup>2294</sup>. Les autorités de contrôle

---

<sup>2291</sup> Bosley Inc., Aderans Holdings, Aderans Inc., 1210184, F.T.C (2013, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2013/06/130605aderansregisdo.pdf>. Dans une affaire de la fin des années 1990, la FTC avait poursuivi et sanctionné pour la première fois un échange d'informations sensibles sur le plan de la concurrence concernant les clients, les prix et les coûts, au cours de la planification de l'intégration avant la clôture. La fusion se déroulait sur le marché très concentré de la fabrication de tubes en aluminium, la transaction de manière notable, n'était pas à déclarer en vertu de la loi HRS. Voir, *Insilco Corp.*, 125 F.T.C. 293 (1998), disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/9610106/insilco-corporation-matter>.

<sup>2292</sup> 15 U.S.C. § 18a (g)(1).

<sup>2293</sup> La FTC peut introduire une telle action si elle est investie comme agent mandaté (*deputized agent*) par le *Department of Justice*, pour représenter les États-Unis.

<sup>2294</sup> Section 7A(g)(1) du Clayton Act et 16 C.F.R. § 1.98. Les montants en dollars indiqués dans les dispositions relatives aux sanctions pécuniaires civiles relevant de la compétence de la FTC sont ajustés au regard de l'inflation en vertu du *Federal Civil Penalties Inflation Adjustment Act Improvements Act* de 2015 (Pub. L. n° 114-7, 2 nov. 2015). La sanction civile maximale est passée de 10 000 \$ à 11 000 \$ pour chaque jour pendant lequel une personne est en violation de la section 7A(g)(1) en 1996 (61 Fed. Reg. 54548 (21 oct.21, 1996) à 16 000 \$ le 10 février 2009 (74 Fed. Reg. 857 (9 janv. 2009)), puis à \$40,000 le 1er août 2016 (81 Fed. Reg. 42476 (30 juin 2016)), et enfin à \$42,530 à compter du 14 février 2019 (84 Fed. Reg. 3980 (14 février 2019)). Voir, *United States v. James L. Dolan*, No. 1:18-cv-02858 (D.D.C. filed Dec. 6, 2018), 7 *United States v. Canon Inc. and Toshiba Corporation*, No. 1:19-cv-01680 (D.D.C. filed June 10, 2019).

examen chaque situation individuellement afin d'évaluer les circonstances de la violation et déterminer s'il convient de demander des sanctions. En effet, si l'omission est commise par inadvertance, les agences de concurrence ne requerront pas, en principe, de sanctions tant que les parties se soumettent rapidement à l'obligation et qu'elles justifient leur abstention de bonne foi<sup>2295</sup>.

Dans le cas où les parties ont notifié leur opération aux autorités de concurrence, ces dernières vont veiller à ce qu'une entreprise n'exerce pas de contrôle sur une autre. Si cette notion apparaît sous des aspects purement comptables<sup>2296</sup> dans la définition d'une concentration, elle semble être interprétée plus largement au cours de la procédure d'examen de la concentration. Le *code of federal regulation* qui détaille les règles de la procédure de prénotification (*Premerger Notification Rules*)<sup>2297</sup> exposées à la Section 7A du *Clayton Act*<sup>2298</sup> qui interdit la détention prématurée de *voting securities* et d'*assets*, explicite la notion de « détention » comme le « (. . .) *beneficial ownership, whether direct, or indirect through fiduciaries, agents, controlled entities or other means.* »<sup>2299</sup>. L'acception « *beneficial ownership* » est entendue par les agences comme l'exercice du « [1] *the right to obtain the benefit of any increase in value or dividends, [2] the risk of loss of value, [3] the right to vote the stock or to determine who may vote the stock, [4] the investment discretion (including the power to dispose of the stock)* »<sup>2300</sup>. Ainsi, les indices de transfert du *beneficial ownership* conduisent à un transfert *de facto* de l'« *operational or decision-making control* »<sup>2301</sup> d'une entreprise acquise avant l'expiration de la période de suspension commandée par la procédure HSR. Le transfert peut être concrétisé par une prise de contrôle des actifs stratégiques de l'entreprise acquise<sup>2302</sup>,

---

<sup>2295</sup> FTC, DOJ, *Hart-Scott-Rodino Annual Report for Fiscal Year 2019*, p. 8, disponible en ligne : [https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/federal-trade-commission-bureau-competition-department-justice-antitrust-division-hart-scott-rodino/p110014hsrannualreportfy2019\\_0.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/federal-trade-commission-bureau-competition-department-justice-antitrust-division-hart-scott-rodino/p110014hsrannualreportfy2019_0.pdf).

<sup>2296</sup> Le *Code Federal of Regulations* qui précise les dispositions de la loi HSR définit précisément le terme « contrôle » comme renvoyant à l'une des trois situations suivantes : 50 % ou plus des titres avec droit de vote en circulation ; s'il n'y a pas de titres avec droit de vote, 50 % des bénéfices ou 50 % des actifs en cas de dissolution ; ou dans l'un ou l'autre cas, le pouvoir contractuel actuel de nommer 50 % ou plus des administrateurs (ou assimilés dans les entités non constituées en société). *Voir.* 16 C.F.R. § 801.1(b).

<sup>2297</sup> 16 C.F.R. § 801 et s.

<sup>2298</sup> Codifié au titre 15 USC 18a, disponible en ligne : <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title15-section18a&num=0&edition=prelim>.

<sup>2299</sup> 16 CFR 801.1(c), disponible en ligne : [https://ecfr.federalregister.gov/current/title-16/chapter-1/subchapter-H/part-801#p-801.1\(c\)](https://ecfr.federalregister.gov/current/title-16/chapter-1/subchapter-H/part-801#p-801.1(c)).

<sup>2300</sup> Le *Statement of Basis and Purpose*, 43 Fed. Reg. 33,449, 33,458 (31 juillet, 1978).

<sup>2301</sup> Dans l'affaire *Gemstar-TV Guide*, le *Department of Justice* avait constaté que les parties avaient combiné leur pouvoir de décisions en matière de contrats, clients et prix. D'importants actifs avaient été transférés constituant autant d'indices démontrant que les deux entreprises avaient entrepris leur fusion avant la fin de la procédure de contrôle. *Voir. U.S. v. Gemstar-TV Guide International, Inc.*, complaint ¶ 56 (D.D.C. filed Feb. 6, 2003) (No. 03 CV 000198).

<sup>2302</sup> Au cours de la fusion Union Carbide/ARCO des actifs ont été transférés ainsi que les processus de fabrication de produits chimiques. Il s'est avéré qu'Union Carbide n'a continué à gérer ses actifs et ses opérations

ou par la mise en place de dirigeants de la société acquéreur à des postes de l'entreprise cible. L'octroi de titres professionnels et des cartes de visite, ainsi que l'investissement de l'acheteur dans la négociation lors de différends contractuels à l'étranger, constituent autant d'indices de transfert du contrôle opérationnel de l'entreprise et donc du *beneficial ownership*<sup>2303</sup>.

La capacité d'une entreprise à offrir des rabais, à réaliser des ventes ou à offrir des services dans le cours normal des affaires, ou à contrôler l'approvisionnement d'une entreprise peut participer à la qualification de *gun jumping*<sup>2304</sup>. L'affaire *United States v. Qualcomm, Inc. et Flarion Techs* illustre l'application de contrats de fusion trop restrictifs dans leurs stipulations<sup>2305</sup>. Qualcomm devait être tenu informé et donner son accord à la conclusion de contrats portant sur un montant déterminé et pour tout accord relatif à la vente ou à l'achat de droits de propriété intellectuelle. En somme, l'accord de fusion cédait à Qualcomm le contrôle de la gestion et des opérations et Flarion la sollicitait même lorsque l'accord des parties ne l'y obligeait pas<sup>2306</sup>.

En outre, l'exemption appliquée aux opérations fondées au titre de « *investment only* » permettant aux parties qui répondraient à certaines conditions de se soustraire aux obligations de notification et de suspension<sup>2307</sup> est souvent l'objet à une requalification en *gun jumping* et se voit appliquer les dispositions du paragraphe 801.90 du CFR qui dispose que « *Any transaction(s) or other device(s) entered into or employed for the purpose of avoiding the obliga-*

---

qu'en tant que « gardienne » pour ARCO, qui a assumait véritablement les risques et les bénéfices de l'entreprise avant l'expiration de la période d'attente HSR. Voir, *United States v. Atlantic Richfield Co.* (ARCO) (D.D.C. 1991), disponible en ligne : <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-atlantic-richfield-company-et-al>. De même, la fermeture coordonnée de l'usine d'une entreprise acquise est considérée comme une action de *gun jumping*. Dans *United States v. Flake-board America*. Les parties avaient coordonné la fermeture de la scierie de Sierra-Pine et le transfert consécutif des clients de SierraPine vers Flakeboard. *United States v. Flake-board America* (D.D.C. 2014), disponible en ligne : <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-flakeboard-america-limited-et-al>.

<sup>2303</sup> *United States v. Input/ Output, Inc.*, (D.D.C. 1999) (No.1:99 CV00912). Disponible en ligne : <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-inputoutput-inc-and-laitram-corp>. Voir aussi, *United States v. Computer Associates, Int'l* (D.D.C. 2002), où *Computer Associates* avait au cours de la période d'attente HSR installé un employé chez *Platinum*, qui approuvait les contrats des clients et exerçait d'autres activités de gestion. En outre, dans le cadre de l'accord de fusion, *Platinum* avait accepté de limiter les remises et autres conditions concurrentielles à ses clients. Disponible en ligne : <https://www.justice.gov/atr/case/united-states-v-computer-associates-international-inc-and-platinum-technology-international-0>.

<sup>2304</sup> *United States v. Duke Energy Corp.* (D.D.C. 2017). Les parties ont conclu un « tolling agreement » (convention suspendant des actions légales), en vertu de laquelle Duke contrôlerait, la production d'électricité de la société acquise, les achats de combustible, le transport de l'énergie produite par Osprey et les profits ou les pertes. Disponible en ligne : <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-duke-energy-corporation%20>.

<sup>2305</sup> *United States v. Qualcomm, Inc. and Flarion Techs* (D.D.C. 2006). Voir aussi, *United States v. Smithfield Foods*, (D.D.C. 2010)

<sup>2306</sup> Ibid.

<sup>2307</sup> L'achat jusqu'à 10 % des titres avec droit de vote en circulation de l'entité acquise est dispensé des exigences de dépôt et de période d'attente si l'acquisition est « *uniquement à des fins d'investissement* ». Voir, 16 CFR 802.9.



tion to comply with the requirements of the act shall be disregarded, and the obligation to comply shall be determined by applying the act and these rules to the substance of the transaction »<sup>2308</sup>. L'acquéreur devant rester passif et se garder d'exercer un contrôle sur le déroulement opérationnel et stratégique des entreprises qu'elle détient, les tentatives de contournement sont sévèrement sanctionnées. Par exemple, dans l'affaire *United States v. VA Partners*<sup>2309</sup>, où trois sociétés et le fonds spéculatif ValueAct Capital, ont été poursuivis par le DOJ pour violation des exigences de notification préalable. Le *Department of Justice* a constaté des communications entre la société investisseuse et les entreprises détenues démontraient une implication active dans les activités commerciales de ces entreprises. Au cours d'un *settlement*, ValueAct fut sanctionné par une amende de 11 millions de dollars et tenu au respect de remèdes comportementaux.

La fermeté de la FTC et du DOJ contre les violations réitérées aux obligations de notification et de suspension, s'est illustrée dans une affaire du 2 septembre 2021 réglé par *settlement*, dans laquelle la commission a requis aux côtés du DOJ devant la *District Court of Columbia*, une amende de 637 950 dollars contre l'homme d'affaires, Richard Fairbank<sup>2310</sup>. Ce dernier avait, à plusieurs reprises entre 1999 et 2004, acquis des titres en dehors des règles établies par la procédure HSR. Il a ensuite soumis une notification corrective, expliquant que ces infractions avaient été commises par mégarde. Fairbank a également assuré avoir mis en place de nouveaux dispositifs de contrôle pour éviter de telles erreurs à l'avenir. Malgré cela, il n'avait pas été préalablement sanctionné par les agences de concurrence.

La *complaint* déposée montre qu'il avait omis à deux reprises de se conformer à la loi HSR lors de l'instauration de son programme de rémunération de plusieurs millions de dollars.

Richard D. Fairbank est directeur général de Capital One Financial Corporation (COF ci-après) et, à ce titre, reçoit des options sur actions, des options d'achat d'actions et des unités d'actions liées à la performance (*performance share unit*) dans le cadre de sa rémunération. Le 5 février 2013, Fairbank a déposé une notification HSR pour l'acquisition de titres

---

<sup>2308</sup> 16 C.F.R §801.90, disponible en ligne : <https://ecfr.federalregister.gov/current/title-16/chapter-1/subchapter-H/part-801/section-801.90>.

<sup>2309</sup> *United States v. VA Partners I LLC*, 16-cv-01672 (N.D. Cal., April 4, 2016). Voir aussi, *United States v. Roberts*, No.- 1 :11-cv-02240 (D.D.C.) Dec. 28, 2011).

<sup>2310</sup> *United States District Court of Columbia, États-Unis c. R. Fairbank*, 2 septembre 2021, Case 1:21-cv-02325, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/2010065finaljudgment.pdf>.

avec droit de vote de COF qui entraînait une détention dépassant le seuil de 100 millions de dollars, ajusté. Comme l'autorise le HSR Act, il pouvait acquérir à l'issue de la période d'attente le 7 mars 2013, d'autres titres avec droit de vote de COF et ce, jusqu'à cinq années suivant l'expiration de la période d'attente du dépôt de 2013, sans avoir à déposer une nouvelle demande, à condition que ne soit pas dépassé le seuil le plus élevé supérieur, de 500 millions de dollars ajustés. Plus de cinq ans après l'expiration de la période d'attente pour le dépôt, Fairbank acquit 101 148 actions de COF. Même si cette acquisition n'a pas fait passer ses avoirs au-dessus du seuil le plus élevé suivant, il était devenu actionnaire majoritaire et avait l'obligation à ce titre, de déposer une notification préalable. La période d'exemption de cinq ans courant depuis sa demande de 2013 ayant pris fin.

## 2) Dans l'Union européenne

Le règlement 139-2004 impose d'une part, en vertu de l'article 4 §1 que « *Les concentrations de dimension communautaire visées par le présent règlement doivent être notifiées à la Commission avant leur réalisation et après la conclusion de l'accord, la publication de l'offre publique d'achat ou d'échange ou l'acquisition d'une participation de contrôle* ». L'article 7 § 1 requiert de plus, des parties qu'elles suspendent la réalisation de la concentration jusqu'à ce que soit prononcée une décision de compatibilité de l'opération avec la concurrence. En d'autres termes, l'article 4 (1) s'applique aux situations où nulle notification n'est intervenue alors que l'article 7 (1) vise les cas où les parties réaliseraient leur opération en enfreignant les règles du contrôle des concentrations. Ces manquements constituent des infractions procédurales autonomes,<sup>2311</sup> mais leurs mises en œuvre vont souvent de pairs.

---

<sup>2311</sup> Sur une discussion du cumul des infractions pour un même comportement, voir les conclusions de l'avocat général Evengi Tanchev (point 126 et s.). La Cour de justice n'a pas retenu l'argumentation des parties et suivi les conclusions de l'avocat général sur ce point. Les articles 4(1) et 7(1) ne se confondent pas et poursuivent des obligations distinctes « *l'article 4, paragraphe 1, dudit règlement prévoit une obligation de faire, consistant dans l'obligation de notifier la concentration avant sa réalisation, et, d'autre part, l'article 7, paragraphe 1, du même règlement prévoit une obligation de ne pas faire, à savoir ne pas réaliser cette concentration avant sa notification et son autorisation* ».

Voir, CJUE, *MOWI ASA (anciennement Marine Harvest ASA) c. Commission*, 4 mars 2020, aff. C-10/18 P, point 104, disponible en ligne :

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=B6775668D08127D47F6F01329F7CBA41?text=%20&docid=224068&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1542062> ; Conclusions de l'avocat général E. TANCHEV, présentées le 26 septembre 2019, CJUE, Cour, 26 sept. 2019, C-10/18 P,

disponible en ligne : <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:62018CC0010&qid=1629653171434&from=F>

La CJUE a adopté une approche taxinomique du *gun jumping* en circonscrivant sa qualification à certains éléments clairement identifiés. Contrairement aux États-Unis, où le DOJ se trouve dans la pratique à opérer par *settlement* devant le juge judiciaire qui ne bénéficie pas d'un contrôle entier sur le contenu de l'accord<sup>2312</sup>, la violation du *statu quo* par les parties à une concentration, entraîne l'application des mécanismes décisionnels de droit commun dans l'Union européenne, les cas cependant, ne sont pas très abondants, mais ont eu tendance à se multiplier depuis le début des années 2010.

### *i. La violation basée sur l'absence de notification*

Le contentieux portant sur l'absence de notification des opérations de croissance externe repose sur des interprétations fautives de la définition d'une concentration au sens du règlement européen de 2004, ou de montages d'achats séquentiels ne respectant pas les règles du contrôle *a priori*.

Le premier cas de figure concernait trois opérations consommées par l'entreprise danoise A.P Møller qui contestait la règle de calcul du chiffre d'affaires. Elle avançait que le droit danois n'obligeait pas à établir des comptes consolidés de toutes les entreprises dont elle avait le contrôle. Elle n'était donc pas tenue d'inclure selon son raisonnement, le chiffre d'affaires des sociétés du groupe dans le chiffre d'affaires consolidé lors de la notification de

---

R. Voir aussi, L. IDOT, Chronique Internationale, droit de l'Union européenne, *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, N°3, 2020, p. 759-767.

<sup>2312</sup> Les cas de *gun jumping* ont été réglés jusqu'à aujourd'hui, par *settlements* entre les parties et le DOJ ou par une condamnation devant le tribunal administratif de la FTC lorsqu'une violation de la Section 5 du FTC Act est constatée. Le *settlement* par *consent decree*, auquel est parfois attaché le sobriquet de « *litigation* » use des outils de négociation et où le juge tient un rôle de médiation. Cette procédure est formalisée par le dépôt d'une *complaint* devant la cour, d'un *Final Judgment* et *stipulation* par le *Department of Justice*. L'*Antitrust Procedure and Penalties Act* (APPA ci-après) codifié au Titre 15 U.S.C § 16(b)-(h), qui régit la procédure d'accord extra contentieuse en matière antitrust, requiert la publication d'un *Competitive Impact Statement* et du *Final Judgment* au *Federal Register* ainsi que certains journaux au moins soixante jours avant l'application du *Final Judgment*. Le DOJ a l'obligation de répondre aux commentaires reçus au cours de la période et de publier ces réponses au sein du *Federal Register*. Dès lors, à l'issue des soixante jours, si le DOJ ne retire pas son consentement, la Cour entérinera le *Final Decree* sans audience si elle considère que celui-ci est conclu dans l'intérêt public au regard des pièces qui lui sont apportées (15 U.S.C. §16(e)(1)). Voir, M. GALANTER, « ... A Settlement Judge, not a Trial Judge : » *Judicial Mediation in the United States*, *Journal of Law and Society*, Vol. 12, N. 1, 1985, pp. 1-18. Sur la procédure de *consent decree* en matière antitrust, voir, United States Department of Justice Antitrust Division, *Antitrust Division Manual*, Chapter IV, Litigation, 5eme Ed., 2012, p. 50, disponible en ligne : <https://www.justice.gov/atr/file/761166/download>.

la fusion. Interprétant l'article 5 du règlement 139/2004 incorrectement, A.P. Møller fut sanctionné par une amende d'un montant total de 219 000 euros<sup>2313</sup>.

Le second cas de figure est illustré par deux affaires sur des participations minoritaires contrôlantes non notifiées<sup>2314</sup>. Les participations minoritaires ne donnent en effet, normalement pas lieu au contrôle d'une société et ne sont donc pas, en tant que telles, soumises à l'examen de l'UE en matière de concentrations<sup>2315</sup>.

Dans sa décision *Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône* (CNR ci-après) datant de 2009, la Commission européenne a sanctionné à la suite de la notification en 2008 du contrôle exclusif de CNR, une prise de participation minoritaire antérieure, effectuée en 2003 qui a mené selon la Commission, dès cette époque à un contrôle de fait de l'entreprise Electrabel. Par augmentation de sa part de 16,88 à 47,92 %, en 2003, elle était devenue par une série d'indices, l'actionnaire le plus important. Les droits de vote lui conféraient face aux autres participations dispersées, une majorité stable dans les assemblées d'actionnaires. La décision de la Commission expose qu'Electrabel détenait une majorité au sein du conseil d'administration de la CNR. Si la concentration fut autorisée, Electrabel dans une décision distincte a été sanctionnée par une amende de 20 millions d'euros<sup>2316</sup>, confirmée en appel par le Tribunal de première Instance de l'Union européenne<sup>2317</sup>. La décision et les arrêts qui suivirent se fondaient sur la violation unique de l'article 7 (1) du règlement 139-2004, qui oblige à la suspension de l'opération avant ou après la notification.

Dans une affaire ultérieure « *Marine Harvest et Morpol* », la Commission européenne a observé que l'entreprise Marine Harvest avait acquis une position de contrôle effectif sur Morpol avant d'en informer officiellement la Commission. En effet, bien qu'elle ait notifié son contrôle exclusif sur Morpol le 9 août 2013, suite à une offre publique lui permettant d'acquérir 87,1% de ses actions le 12 mars 2013, elle détenait déjà, depuis le 18 décembre

---

<sup>2313</sup> [https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m969\\_19990210\\_1265\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m969_19990210_1265_en.pdf) ; Voir aussi, Décision CE IV/M.920, Samsung/AST, 16 février 1998, disponible en ligne : [https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m920\\_19980218\\_1265\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m920_19980218_1265_en.pdf).

<sup>2314</sup> B. ALOMAR, S. MOONEN, G. NAVEA, P. REDONDO, *Electrabel/CNR : the importance of the standstill obligation in merger proceedings*, *Competition Policy Newsletter*, N° 3, 2009, disponible en ligne : [https://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2009\\_3\\_11.pdf](https://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2009_3_11.pdf).

<sup>2315</sup> European Commission, *Minority Power - EU Merger Control and the acquisition of Minority Shareholdings*, *Competition policy brief*, Issue 15, 2014, disponible en ligne :

<sup>2316</sup> [https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4994\\_20090610\\_1465\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4994_20090610_1465_en.pdf)

<sup>2317</sup> TPIUE, *Electrabel / Commission*, 12 décembre 2012, T-332/09, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=131705&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=450912>, suivi du pourvoi devant la Cour de justice de l'Union européenne (rejeté), CJUE, *Electrabel SA c. Commission européenne*, 3 juillet 2014, C-84/13 P, disponible en ligne : <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=154537&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3360921>.

2012, une participation minoritaire de 48,5%. Cette participation lui offrait un contrôle de fait, car elle garantissait à Marine Harvest une majorité stable lors des assemblées d'actionnaires, compte tenu de la répartition des autres parts. Bien que la fusion ait finalement été approuvée avec des engagements de désinvestissement, Marine Harvest a été sanctionnée d'une amende de 20 millions d'euros pour ne pas avoir notifié en temps voulu et pour avoir enfreint l'obligation de suspension. Les décisions de la Commission ont été confirmées en appel par le TPIUE, et un recours ultérieur contre cette décision a été rejeté par la CJUE dans l'arrêt *MOWI ASA c. Commission* du 4 mars 2020.

La Commission européenne a prononcé dans une décision du 27 juin 2019 une amende de 28 millions d'euros contre l'entreprise japonaise Canon sur les fondements des articles 4 (1) et 7 (1) du règlement 139-2004. Elle reproche à Canon d'avoir structuré son acquisition de Toshiba Medical Systems en deux étapes<sup>2318</sup> et de n'avoir procédé au dépôt d'une notification qu'au moment de l'acquisition du contrôle final, le 12 août 2016, pour une concentration en réalité unique. Si la transaction a été autorisée sans condition par la Commission le 19 septembre 2016, Canon a violé son obligation de notification et de suspension obligatoire, la concentration ayant été réalisée selon les termes du règlement 139-2004 dès la première étape. Pour réaliser cette transaction, Canon et Toshiba était en effet, passé par un acheteur intermédiaire créé pour l'occasion<sup>2319</sup>, qui avait acquis 95 % du capital social de TMSC pour 800 €, tandis que Canon avait payé 5,28 milliards d'euros pour les 5 % d'actions restantes et pour les options sur actions de l'acheteur intermédiaire. Au cours de la seconde étape, après que la Commission a approuvé la fusion, Canon a exercé ses options, acquérant ainsi 100 % des actions de TMSC<sup>2320</sup>.

---

<sup>2318</sup> Selon la Commission, ce montage en deux étapes a été élaboré pour permettre à Toshiba en difficulté financière de recevoir rapidement les fonds de la transaction sans attendre les résultats d'une procédure de contrôle *ex ante*. Voir, Déc. Commission européenne, *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation*, 27 juin 2019, Case M.8179, point 149, disponible en ligne : [https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8179\\_759\\_3.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8179_759_3.pdf).

<sup>2319</sup> Le 8 mars 2016, une société spécifique (MS Holding) a été créée par les parties. Trois directeurs ont été choisis par Canon, Toshiba et les avocats externes de MS Holding, le cabinet d'avocats japonais TMI Associates. Il a été ensuite procédé à la conversion des actions de TMSC en de nouvelles classes d'actions en direction de MS Holding. Voir. Déc. Commission européenne, *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation*, 27 juin 2019, Case M.8179, disponible en ligne : [https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8179\\_759\\_3.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8179_759_3.pdf).

<sup>2320</sup> Le recours contre cette amende est rejeté. Voir, TPIUE, 18 mai 2022, *Canon c/ Commission*, T-609/19.

## *ii. La violation basée sur la réalisation d'une concentration au cours de la procédure ex ante*

C'est à l'occasion d'un renvoi préjudiciel exercé par l'autorité de concurrence du Danemark à la Cour de justice de l'Union européenne sur la rupture d'un contrat de coopération d'une société d'audit et d'expertise comptable au sein de son réseau d'origine que la Cour s'est prononcé sur ce que constituait un acte concourant à la réalisation d'une opération de concentration<sup>2321</sup> aux termes de l'article 7 (1).

Les faits exposés au questionnement de la Cour concernaient la fusion entre Ernst & Young et KPMG DK qui avaient conclu et signé un accord de fusion le 18 novembre 2013 notifiée à l'agence danoise de concurrence, le 13 décembre 2013. La fusion fut autorisée, mais l'agence danoise estima que KPMG DK avait violé l'obligation de *statu quo* en abandonnant l'accord de coopération qui la liait à son réseau (KPMG International). L'acte de résiliation était certes, attaché à la fusion, irréversible et susceptible d'avoir des effets sur le marché mais la CJUE estima que le principal critère pertinent pour l'interprétation de la portée de l'art. 7 (1) est de savoir si une opération contribuera en tout ou en partie, en fait ou en droit, à la réalisation d'une concentration et donc à un changement durable de contrôle<sup>2322</sup>. Selon la Cour, la rupture du contrat de coopération en l'espèce concomitante à l'accord de fusion bien que liée à l'opération, constituait toutefois un acte accessoire et préparatoire qui n'a pas contribué au changement de contrôle de l'entreprise cible, quand bien même il aurait produit des effets sur le marché. L'arrêt renvoie donc à la mise en œuvre de l'article 101 TFUE pour sanctionner la coordination éventuelle des parties.

Si dans l'arrêt Ernst and Young la CJUE avait jugé qu'en l'espèce, la résiliation du contrat de coopération ne permettait pas à l'acheteur d'obtenir une influence déterminante sur sa cible, la Commission européenne dans une décision du 24 avril 2019, presque concomitante au renvoi préjudiciel, prononça une amende de 124,5 millions d'euros contre la société Altice, pour avoir mis en œuvre son acquisition de l'opérateur de télécommunications portugais PT Portugal avant sa notification et son approbation par la Commission<sup>2323</sup>.

---

<sup>2321</sup> CJUE, Ernst & Young P/S c. Konkurrencerådet, Affaire C-633/16.  
<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=202404&pageIndex=0&doclang=fr&m ode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=67588>

<sup>2322</sup> CJUE, Ernst & Young P/S c. Konkurrencerådet, Affaire C-633/16, point 49.  
<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=202404&pageIndex=0&doclang=fr&m ode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=67588>

<sup>2323</sup> Déc. Commission euro., Altice / PT Portugal, 24 avril 2018, Aff. M.7993, OJ C315/11, disponible en ligne : [https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7993\\_849\\_3.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7993_849_3.pdf)

C'est au cours de la procédure de notification, après avoir octroyé une autorisation partielle de concentration que la Commission initia une enquête en réaction à des articles de presse mentionnant des visites de dirigeants d'Altice à PT Portugal. Les investigations révélèrent que la convention de transaction passée entre les deux parties conférait à Altice le droit d'exercer une influence décisive sur PT Portugal. Il est apparu en outre, qu'Altice exerçait un contrôle déterminant sur PT Portugal avant la décision d'autorisation et, dans certains cas, avant même leur notification à la Commission, Altice ayant été impliquée dans certaines décisions commerciales de PT Portugal, allant bien au-delà du maintien normal de la valeur de la cible<sup>2324</sup> et en recevant systématiquement des informations commerciales sensibles de sa part<sup>2325</sup>. Dans sa décision du 24 avril 2018, factuellement très développé et se fondant sur une jurisprudence récemment féconde, la Commission conclut qu'Altice avait violé les art. 4 (1) et 7 (1)<sup>2326</sup>.

### *iii. La procédure*

Le *gun jumping* est d'abord une transgression à la procédure régit par le règlement de base sur les concentrations. Contrairement aux États-Unis où une action judiciaire pour obtenir des *civil penalties* et des *equitable remedies* peut être fondée sur la violation de plusieurs lois fédérales et suivent le même régime juridique procédural (non le même régime de preuves), la violation de l'article 101 du TFUE et celle des règles du contrôle *a priori*, ne se confondent pas.

En sa qualité de garant de l'application du droit européen, la Commission au cours de l'examen peut constater au regard des documents qui lui sont fournis, soit à sa demande soit, par renseignements de tiers qu'une infraction à la procédure a pu être constituée. En droit des concentrations, les éléments déterminant cette infraction peuvent être aussi récoltés par le biais de l'article 11 (3) du règlement 139-2004, qui commande à l'entreprise par décision juridiquement motivée et au sein d'un délai préalablement fixé, de transmettre des informations

---

<sup>2324</sup> Les stipulations de la convention d'achat permettaient à Altice d'exercer des droits de veto sur les décisions concernant les activités ordinaires de PT Portugal, telles que des instructions sur la manière de mener une campagne de marketing.

<sup>2325</sup> Altice a recherché et reçu des informations détaillées et commercialement sensibles sur PT Portugal en dehors de tout accord de confidentialité. Voir, Déc. Commission euro., Altice / PT Portugal, 24 avril 2018, Aff. M.7993, OJ C315/11, §43, disponible en ligne : [https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7993\\_849\\_3.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7993_849_3.pdf).

<sup>2326</sup> Confirmé par le TPIUE dans un arrêt du 22 septembre 2021, Altice Europe / Commission (T-425/18). <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=206084&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=202735>.

particulières<sup>2327</sup> ou encore par des inspections sur place en vertu de l'article 13 de ce règlement<sup>2328</sup>. La Commission n'a toutefois pas la capacité d'interroger les parties sous serment comme peuvent le faire les agences américaines de concurrence.

Il n'est pas certain que la Commission européenne avise au cours de ces recherches approfondies les doutes qui induisent ses demandes, *i.e.*, l'existence d'un *gun jumping*<sup>2329</sup>. Néanmoins, comme il est mentionné dans le considérant 41 du règlement 139-2004, si les parties concernées « (...) ne peuvent être contraintes d'admettre qu'elles ont commis des infractions »<sup>2330</sup>, lorsqu'elles se conforment aux décisions de la Commission, elles « sont en tout cas tenues de répondre aux questions concrètes et de produire des documents, même si ces informations peuvent servir à établir contre elles ou contre d'autres entreprises l'existence de ces infractions »<sup>2331</sup>. En outre, la protection contre l'auto-incrimination ne s'applique pas lorsqu'il s'agit de répondre aux questions posées dans le cadre des demandes formulées sur une base volontaire<sup>2332</sup>. En dehors de ce cas, conformément au règlement de base, deux types de questions sont pleinement admis : d'une part, la fourniture de preuves documentaires et d'autre part, les questions visant à obtenir des informations purement factuelles<sup>2333</sup>.

Les demandes d'informations simples ou contraintes qui servent à établir l'existence d'un *gun jumping*, sont suivies d'un *statement of objections* (SO ci-après) qui annonce la notification et la publication d'une décision future « contraire aux intérêts des parties »<sup>2334</sup> et expose le cas échéant les infractions imputées aux parties. Le SO pour objet d'informer les par-

---

<sup>2327</sup> Article 296 TFEU

<sup>2328</sup> Ce qui est parfois appelé « les raids à l'aube » (*dawn raids*). La Commission qui soupçonnait un *gun jumping* entre deux entreprises du secteur du PVC, a effectué une inspection inopinée les 12 et 13 décembre 2007, mais n'a *in fine* pas poursuivi l'affaire. European Commission, *Mergers: Commission has carried out inspections in the S PVC Sector*, 13 décembre 2007, MEMO, 07/573 [2007], disponible en ligne : [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO\\_07\\_573](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_07_573)

<sup>2329</sup> Le rapport du *Hearing Officer* dans l'affaire Altice/PT Portugal, a montré que la Commission européenne avait envoyé à Altice une *request for information* (RFI ci-après) en avril 2015 avant d'avoir rendu sa décision d'autorisation conditionnelle le 20 avril 2015. Par cette RFI la Commission souhaitait s'enquérir des raisons et du contenu d'une visite rapportée dans la presse portugaise des directeurs exécutifs d'Altice au siège de la société cible PT Portugal. Il n'est pas connu si la Commission avait des doutes sur les agissements d'Altice à la date de ce RFI. Néanmoins, après un an d'échanges et après avoir autorisé la concentration, elle requit de nouveau par RFI tous les messages électroniques des employés, les accords et documents relatifs aux interactions des parties avant la date d'autorisation, le 15 mars 2016. Pour aboutir le 18 mai 2017 à la notification d'un *statement of objection*. Voir, *Final Report of the Hearing Officer, Case M. 7993 – Altice/PT Portugal*.

<sup>2330</sup> Considérant 41, règlement 139-2004

<sup>2331</sup> Considérant 41, règlement 139-2004 ; Le droit d'une entreprise de ne pas témoigner contre elle-même a également été reconnu par les tribunaux de l'Union européenne, dont l'arrêt le plus important est *Orkem c. Commission* (Case 374/87, *Orkem c. CCE* [1989] ECR 3283). Voir aussi, C-27/88, *Solvay c. CCE*, [1989] ECR 3355.

<sup>2332</sup> Par analogie avec la procédure administrative applicable aux articles 101 et 102 TFUE, voir European Commission, *Antitrust Procedure Manual. Internal DG Competition working documents on procedures for the application of Articles 101 and 102 TFEU*, 2019, p.73.

<sup>2333</sup> Traduction personnelle, in, *Antitrust Procedure Manual*, 2019, p.73, précité.

<sup>2334</sup> *Antitrust Procedure Manual*, 2019, p.124.



ties concernées des griefs retenus contre elles afin de leur permettre d'exercer leurs droits de la défense par écrit et oralement avant qu'une décision soit prononcée. La Commission procède dans cette optique à la communication du dossier aux parties<sup>2335</sup>. Les entreprises concernées doivent recevoir toutes les informations nécessaires pour se défendre efficacement et commenter les faits et qualifications formulés à leur encontre. Selon le livret de procédure antitrust publié par la Commission, le SO doit dans la mesure du possible produire des faits considérés comme terminés. Si de nouveaux éléments apparaissent ultérieurement, il doit être procédé à un nouveau SO ou à l'envoi d'une *letter of facts*<sup>2336</sup>. Les parties présentent leurs réponses écrites dans les délais imposés par la Commission et peuvent requérir une audition formelle pour partager leurs observations<sup>2337</sup>. Les parties peuvent saisir le conseiller-auditeur (*hearing officer*) s'ils considèrent que les droits de la défense n'ont pas été respectés<sup>2338</sup>. Les infractions en matière de concentrations sont en vertu de l'article 1<sup>er</sup> du règlement CEE N° 2988/74 prescrites par trois années s'agissant des infractions dites « instantanées » telles que celle inscrite à l'article 4 (1) du règlement 139-2004 et de 5 années s'agissant de la violation de l'article 7 (1) qui est une infraction dite « continue », au sein du même règlement<sup>2339</sup> et font l'objet d'une suspension de la procédure de contrôle des concentrations<sup>2340</sup>. Seule la décision administrative finale est susceptible de recours au titre de l'article 263 du TFUE.

#### *iv. La sanction*

Le *gun jumping* sous ses deux formes est sanctionné à l'article 14 §2 du règlement 139-2004. La Commission tend à une application de plus en plus rigoureuse face à la multiplication des cas<sup>2341</sup>. La décision de la Commission peut en vertu de l'article 14 (2) du règlement

---

<sup>2335</sup> Voir, règlement 802-2004 du 7 avril 2004 relatif à la mise en œuvre du règlement (CE) N° 139-2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, Article 17, §1.

<sup>2336</sup> Les éléments présentés dans la *letter of facts* doivent s'inscrire dans la continuité des infractions reprochées aux parties. Voir,

<sup>2337</sup> Voir, articles 13 et 14(3) du règlement 802-2004. Les demandes d'auditions formelles sont limitées au SO et non aux *letters of facts*. Voir, Article 6(1) décision du président de la Commission européenne du 13 octobre 2011, relative à la fonction et au mandat du conseiller-auditeur dans certaines procédures de concurrence, 2011/695/UE.

<sup>2338</sup> Décision du président de la Commission européenne du 13 octobre 2011, relative à la fonction et au mandat du conseiller-auditeur dans certaines procédures de concurrence, 2011/695/UE.

<sup>2339</sup> Conclusions de l'avocat général E. TANCHEV, présentées le 26 septembre 2019, CJUE, Cour, 26 sept. 2019, C-10/18 P, disponible en ligne: <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:62018CC0010&qid=1629653171434&from=FR>.

<sup>2340</sup> Article 9(3) du règlement 802-2004.

<sup>2341</sup> Les entreprises avancent des raisons liées à l'incertitude et au manque de clarté des critères de seuils de notification et des dérogations qui y sont attachées ou des éléments de réalisation qui peuvent constituer d'une concentration au sens des articles 4 et 7 du règlement 139-2004. Le développement des infractions à l'obligation

139-2004 infliger des amendes jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires total réalisé par les entreprises concernées au cours de l'exercice précédant l'infraction ainsi que des astreintes au titre de l'article 15 (1) du même règlement à hauteur de 5 % de leur chiffre d'affaires journalier. Comme les infractions, les sanctions sont autonomes et se cumulent<sup>2342</sup>, la Commission et la CJUE estiment en effet que les violations de l'article 4, paragraphe 1<sup>2343</sup> et l'article 7, paragraphe 1<sup>2344</sup> ne se confondent pas et elles n'ont par ailleurs pas la même base légale. Ces amendes peuvent être imposées nonobstant l'approbation de l'opération proposée puisqu'il s'agit de punir des infractions à la procédure. Le juge européen a fait débiter l'infraction à l'obligation de suspension au moment où l'entreprise « *a eu la quasi-certitude d'obtenir le contrôle lors des assemblées générales futures* »<sup>2345</sup> pour en évaluer la gravité et donc le montant de la sanction<sup>2346</sup>, sans que cela marque juridiquement toutefois le moment de l'existence de l'infraction.

Parmi les concentrations sanctionnées par la Commission, seul le *gun jumping* entre les entreprises GRAIL et Illumina a été déclaré incompatible<sup>2347</sup>. Dans une décision du 12 juillet 2023 la Commission a imposé une amende de 432 millions d'euros à Illumina, celle-ci ayant délibérément clôturé sa transaction lors de l'ouverture d'une phase II par la Commission<sup>2348</sup>

---

de suspension ou au non-respect des règles du contrôle *ex ante* constitue une préoccupation qui s'est généralisée au sein des autorités de concurrence. La manifestation de cette attention internationale a trouvé une expression commune lors de l'organisation par l'OCDE de Tour de table intitulé « *Suspensory Effects of Merger Notifications and Gun Jumping* » les 27-28 novembre 2018. L'*International Competition Network* a de même publié en 2020 un rapport sur les manquements à la procédure de contrôle des concentrations *ex ante*, qui réalise un tour d'horizon sur les régimes des États ayant participé à l'enquête et la réalité de ce phénomène au sein de leur système.

<sup>2342</sup> En 2018, la Commission a infligé à Altice une amende de 124 500 000 €. L'amende se composait de 62 250 000 € pour défaut de notification et d'une seconde amende de 62 250 000 € pour réalisation fautive. Déc. Commission euro., Altice / PT Portugal, 24 avril 2018, Aff. M.7993, OJ C315/11, disponible en ligne : [https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7993\\_849\\_3.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7993_849_3.pdf). Confirmé par le Tribunal de première instance de l'Union européenne, réduit de 10% cependant, en vertu de ses pouvoirs de pleine juridiction. Voir, TPIUE dans un arrêt du 22 septembre 2021, Altice Europe / Commission (T-425/18).

<sup>2343</sup> En vertu de l'article 14, paragraphe 2, point a., du règlement 139-2004.

<sup>2344</sup> En vertu de l'article 14, paragraphe 2, point b., du règlement 139-2004.

<sup>2345</sup> TPIUE, *Electrabel / Commission*, 12 décembre 2012, T-332/09, Point 47, disponible en ligne : <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=131705&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=450912>

<sup>2346</sup> TPIUE, *Electrabel / Commission*, 12 décembre 2012, T-332/09, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=131705&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=450912>, suivi du pourvoi devant la Cour de justice de l'Union européenne (rejeté), CJUE, *Electrabel SA c. Commission européenne*, 3 juillet 2014, C-84/13 P, disponible en ligne : <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=154537&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3360921>

<sup>2347</sup> M10188, 06/09/2022, Grail Illumina.

<sup>2348</sup> L'entreprise déclare sur ce point « *Regulators in the EU are reviewing the transaction, but a decision is projected after the deal expires. GRAIL has no business in the EU, and the company believes that the European Commission does not have jurisdiction to review the merger as the EU merger thresholds are not met, nor are they met in any EU member state. The General Court of the European Union will hear Illumina's jurisdic-*

L'article 8 paragraphe 5a du règlement 139-2004 autorise la Commission à prendre des mesures provisoires pour rétablir ou maintenir la concurrence effective sur le marché dans l'attente de l'évaluation sur la compatibilité de la concentration réalisée en violation de l'article 7 du règlement de base. En cas d'incompatibilité, la Commission pourra prendre toutes les mesures pour rétablir la concurrence<sup>2349</sup>.

#### ***v. La qualification d'entente fondée sur l'article 101 TFUE***

Dans la jurisprudence européenne, le fait qu'un comportement anticoncurrentiel se produise dans un contexte de concentration ne le protège pas de l'application de l'Art. 101 TFUE. Dans l'affaire Ernst and Young, la CJUE a tracé une ligne de démarcation claire entre le comportement constituant un *gun jumping*, qui doit être évalué et sanctionné en vertu du règlement 139-2004 et le comportement qui ressort du droit commun de la concurrence. Comme il l'a été précédemment exposé, un comportement qui « contribue » à un changement de contrôle de la cible constitue une violation du droit des concentrations, qu'il ait ou non un impact sur la concurrence. Appliquant ce principe dans le cadre de la question préjudicielle à la situation de l'espèce, la CJUE a observé que les comportements au cours d'une transaction qui ne contribuent pas à la réalisation d'une concentration au sens du règlement 139-2004, mais qui constituent une coordination ou une concertation illicite du comportement de concurrents peuvent être soumis à l'application du règlement n° 1/2003 et de l'art. 101 DU TFUE. Comme en droit américain la question de savoir quelles communications et actions relèvent du « cours normal des affaires » (*normal course of business*) et celles qui correspondent à un comportement délictueux du point de vue de la concurrence. Pour le déterminer, l'autorité de concurrence procédera à une appréciation *in concreto* des éléments de fait. Dans ce cadre, la Commission examinera le volume et la fréquence des informations échangées, les moyens et leur objet afin de déterminer si elles sont justifiées pour les stricts besoins de l'opération<sup>2350</sup>. La mise en œuvre de l'article 101 TFUE et du règlement 1/2003, paragraphe 1 qui habilite la

---

*tional challenge later this year. By holding GRAIL separate while proceedings are ongoing, Illumina is positioned to abide by whatever final decision is reached in these legal processes »*. Voir, Illumina, Illumina Acquires GRAIL to Accelerate Patient Access to Life-Saving Multi-Cancer Early-Detection Test, Press Release, 18 août 2021, disponible en ligne : <https://investor.illumina.com/news/press-release-details/2021/Illumina-Acquires-GRAIL-to-Accelerate-Patient-Access-to-Life-Saving-Multi-Cancer-Early-Detection-Test/default.aspx>.

<sup>2349</sup> Article 7 paragraphe 4 du règlement 139-2004. Pour une application récente, voir la décision de la Commission : M 10939, 12/10/2023, Grail Illumina.

<sup>2350</sup> Par analogie avec l'analyse de l'Autorité de concurrence française. Voir, I. DA SILVA, Reflections on gun jumpings in mergers, *Concurrences*, N° 3, 2018, p.10.

Commission à rechercher et à sanctionner ces infractions doit alors engager une procédure distincte et indépendante de la procédure de contrôle des concentrations<sup>2351</sup> et appliquer le cas échéant les lignes directrices pour le calcul et l'imposition d'amendes. Jusqu'à présent aucune des décisions européennes examinées n'ont concerné des violations fondées sur l'art. 101 TFUE.

**Conclusion.** Les États-Unis et l'Union européenne recouvrent substantiellement les mêmes infractions, qu'il s'agisse de sanctionner les violations à l'obligation de notification ou de suspension et les comportements qui relèvent du droit des ententes. L'application de la procédure de contrôle *a priori* des concentrations aux États-Unis est fondée exclusivement sur le franchissement de seuils financiers, néanmoins pour le système américain comme dans l'Union européenne, une opération de concentration est « réalisée » dès qu'il est constaté que l'acquéreur peut exercer une influence déterminante sur l'entreprise cible. Les voies de poursuites administratives dans le système européen et judiciaire dans le système américain, ainsi que le cumul des fondements juridiques des infractions au sein d'un même acte de poursuite, possibles aux États-Unis, les éloignent cependant.

Les États-Unis ne sanctionnent pas systématiquement le *gun jumping* et tentent d'identifier le contexte et les réponses apportées par les entreprises tant qu'elles se conforment rapidement à leurs obligations. Effectivement, les « primo notifiants » sont traités avec une certaine tolérance par les autorités américaines de contrôle. Au contraire, la Commission a semblé attacher une importance de plus en plus accrue à ces infractions, les amendes ayant augmenté constamment allant de 33 000 euros dans l'affaire Samsung en 1998 à 20 000 000 euros dans l'affaire Electrabel en 2009, à 124 500 000 euros dans l'affaire Altice en 2018, de 28 millions dans l'opération Canon/Toshiba et enfin 432 millions d'euros pour Illumina<sup>2352</sup>.

---

<sup>2351</sup> Les règles européennes sur l'échange d'informations entre concurrents sont très rigides : les échanges d'informations prévisionnelles, relatives aux clients ou aux prix sont interdits en vertu de l'article 101 TFUE.

<sup>2352</sup> M10483, 12 juillet 2023, Grail Illumina.

## 2. Les effets sur les tiers

Les tiers sont des acteurs obligés dans une procédure de contrôle des concentrations, ils participent à correction de l'asymétrie d'informations existant entre les autorités de contrôle et les parties. Qu'ils soient consommateurs, concurrents, fournisseurs, distributeurs ou grossistes, le changement à venir qu'initie l'opération sur la structure des marchés aura un impact potentiel sur leurs intérêts. Le contrôle des concentrations créé pour garantir le fonctionnement concurrentiel des marchés, et non la protection des concurrents contre les opérations de croissance externe, permet-il aux tiers d'agir sur la procédure ?

**L'Union européenne.** Dans l'Union européenne, les tiers sont principalement sollicités au titre de l'article 11 du règlement de 2004 pour apporter tout élément participant à une meilleure compréhension du cas soumis à la DG concurrence. Ils peuvent intervenir dans la procédure à leur propre initiative avant comme au cours de la procédure<sup>2353</sup>. Définis négativement comme toutes personnes non-parties à la concentration notifiée, tel que les entreprises, les associations d'entreprises, ou les consommateurs<sup>2354</sup>, les tiers peuvent être entendus oralement par la Commission au moment de la prénotification ou *a posteriori* par demandes écrites ou par tout autre moyen.

Au moment de la prénotification, les acteurs du marché contactés pour répondre à des questionnaires ou aux interrogations des équipes de la Commission, auront nécessairement connaissance que des évaluations ont débuté sans que la Commission puisse à ce stade, le confirmer<sup>2355</sup>.

---

<sup>2353</sup> Ce statut de tiers intéressé est reconnu à toute personne ayant un intérêt tangible dans le contrôle des concentrations en cours. Lors de la première phase, celui-ci est établi par la prise de contact informelle auprès des services de la Commission. En Phase II, les tiers doivent faire une demande formelle auprès du *Hearing Officer* pour se voir reconnaître ce statut, qui emporte au demeurant des investissements de temps et d'analyse qui peuvent être lourds.

<sup>2354</sup> D. BOSCO, Introduction au séminaire « Quelle place pour les tiers dans le contrôle des concentrations français et européen? », Revue concurrence, 9 avril 2013, disponible en ligne sur abonnement : <https://www.concurrences.com/fr/conferences/quelle-place-pour-les-tiers-dans-le-contrôle-des-concentrations-français-et-européen/>.

<sup>2355</sup> A. LYLE-SMYTHE, L. CHAMBERS, Operating in a Black Box ? A Comparative Assessment of Transparency Levels In Merger Control, *Antitrust Magazine*, Vol 34, N° 2, Spring 2020, p.60.

Lorsque la concentration est notifiée, le droit à l'information des tiers est garanti par la publication d'éléments sommaires de la procédure sur le site internet de la Commission<sup>2356</sup> et au Journal Officiel de l'Union européenne (JOUE ci-après). Dans ce dernier cas, ils sont expressément appelés à transmettre leurs observations sur la concentration dans les dix jours suivant la publication au Journal officiel<sup>2357</sup>.

**Les questionnaires de marchés.** Les rapports de la Commission européenne avec les tiers peuvent aussi être contraints. Les services de la DG concurrence ont la possibilité en effet, de mobiliser à leur tour les opérateurs économiques pertinents au cours de l'enquête afin qu'ils divulguent certaines informations de marché couvertes ou non par le secret d'affaires. Ces demandes peuvent évoluer au cours du processus de contrôle en fonction de l'avancement de l'enquête et des préoccupations que peut soulever l'opération pour les services de la Commission. Selon la communication sur les règles d'accès au dossier du 22 décembre 2005, le secret est protégé à condition que les tiers fournissent sans délai une version non confidentielle des informations en cause, ainsi qu'une demande motivée de confidentialité<sup>2358</sup>. Ces inquiétudes apparaissent pour les entreprises tierces en particulier lors de la complétion des enquêtes de marché. Aujourd'hui dématérialisées, ces enquêtes sont essentielles à l'équipe en charge du cas pour comprendre d'une part, le fonctionnement du ou des marchés sur lesquels interviennent les parties et d'autre part, conduire l'analyse concurrentielle de la concentration<sup>2359</sup>. La Commission peut obtenir ces informations sur simple demande en application de l'article 11 paragraphe 2 du règlement 139/2004 qui oblige toutefois la Commission au respect de certaines formes. La demande doit indiquer « *la base juridique et le but de la de-*

---

<sup>2356</sup> Les éléments publiés consistent en des renseignements non confidentiels tels que le nom des parties, le code de l'activité économique (le « NACE code » *i.e.*, correspondant à la nomenclature statistique des activités économiques européennes);, la date de dépôt de la notification et le délai provisoire de la décision de la Commission. *Voir.*, le logiciel de recherche de cas fourni par le site internet de la Commission européenne offrant une sélection par date de notification des opérations, disponible en ligne : [https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?clear=1&policy\\_area\\_id=2](https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?clear=1&policy_area_id=2).

<sup>2357</sup> La publication au JOUE intervient environ une semaine après la réception du dossier sous un format standard dont les informations publiées sont un peu plus développées que lors de l'annonce initiale. Apparaissent ainsi : les noms des parties, le numéro de l'affaire précédée de la lettre « M » pour *merger*, la date de notification, une description de l'opération projetée et des marchés sur lesquels interviennent les parties notifiantes.

<sup>2358</sup> II), Point 3.2.3, Communication sur les règles d'accès au dossier de la Commission dans les affaires relevant des articles 81 et 82 du traité CE, des articles 53, 54 et 57 de l'Accord EEE et du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil

(2005/C 325/07), 22 décembre 2005.

<sup>2359</sup> C. BURGAUD, Le statut des tiers dans la procédure de contrôle de l'opération de concentration devant la Commission européenne et la pratique des tests de marché, *in*, « Quelle place pour les tiers dans le contrôle des concentrations français et européen ? » séminaire du 9 avril 2013, Revue concurrence (en ligne) 09/04/2013, disponible sur abonnement : <https://www.concurrences.com/fr/conferences/quelle-place-pour-les-tiers-dans-le-contrôle-des-concentrations-français-et>.

mande, précise [r] les renseignements demandés et fixe [r] le délai dans lequel ils doivent être fournis, ainsi que les sanctions prévues à l'article 14 au cas où un renseignement inexact ou dénaturé serait fourni »<sup>2360</sup>. Les tiers ne sont toutefois pas tenus d'y répondre.

Si les données demandées revêtent une importance stratégique pour l'issue du contrôle, la Commission pourra leur adresser une décision formelle sur le fondement de l'article 11 paragraphe 3 du Règlement 139/2004, les obligeant à se conformer dans des délais précis sous peine des sanctions prévues à l'article 14<sup>2361</sup> et 15<sup>2362</sup> du règlement.

S'il ne possède pas d'accès au dossier<sup>2363</sup> sauf à certains éléments en application du Règlement 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001<sup>2364</sup> au nom du principe de transparence, les tiers ont l'opportunité d'intervenir ou de déposer des plaintes au cours de la procédure. Ces interventions ne prennent pas de formes particulières au contrôle des concentrations. Les tiers intéressés établissent un contact avec l'équipe en charge du cas pour exposer leurs observations, qui selon le considérant 14 du règlement d'application :

---

<sup>2360</sup> Article 11 (2) du Règlement 139/2004.

<sup>2361</sup> L'article 14 du règlement 139/2004 dispose que la Commission peut par décision imposer des amendes jusqu'à 1% du chiffre d'affaires de l'entreprise en cas de manquement délibéré ou négligence, en fournissant en l'occurrence des informations inexactes, incomplètes ou dénaturées ou en dehors des délais prescrits.

<sup>2362</sup> L'article 15 du règlement 139/2004 prévoit des astreintes « jusqu'à concurrence de 5% du chiffre d'affaires journalier ».

<sup>2363</sup> Seules les parties ont accès aux informations non confidentielles transmises par les tiers lors de l'ouverture de la Phase II, après l'envoi de la communication des griefs. Voir, communication sur les règles d'accès au dossier de la Commission dans les affaires relevant des articles 81 et 82 du traité CE, des articles 53, 54 et 57 de l'Accord EEE et du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil (2005/C 325/07), 22 décembre 2005. Les tiers ont accès une version sommaire et non confidentielle de la communication des griefs. Voir, article 17 (2), Chapitre V, Règlement (CE) 2023/914.

<sup>2364</sup> Règlement (CE) no 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001, relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission. Ce règlement est un droit général d'accès aux documents des administrés. Il expose les principes d'accès, les exceptions et la procédure qui régissent ce droit. Concernant l'application des règlements 139/2004 et 1049/2001, la Cour de justice exige une application concordante. La jurisprudence reconnaît que des limites fondées en raison d'intérêt public ou privé soient opposées au droit général d'accès aux documents institutionnels et qu'en matière de droit des concentrations, il existe une présomption générale d'atteinte à ces intérêts lorsqu'ils portent sur des documents transmis par les parties ou par les tiers (voir arrêt de la Cour du 28 juin 2012, *Commission/Éditions Odile Jacob*, C-404/10 P, publié au Recueil : [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P\\_106320/fr/?rec=RG&jur=C&anchor=201206C0121](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_106320/fr/?rec=RG&jur=C&anchor=201206C0121)). En revanche, le refus d'accès aux documents internes de la Commission doit être motivé par « des raisons spécifiques » et « circonstanciées », si la demande intervient alors que sa décision est devenue définitive ou qu'aucun recours portant sur sa légalité n'est envisageable devant les juridictions de l'Union européenne. La Commission ne pouvant, de fait, se prévaloir de la protection du processus décisionnel. Voir, CJUE, 28 juin 2012, *Commission c. Agrofret Holding*,

C-477/10P, points 47-78, disponible en ligne : <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=124461&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3947051>. Pour un cas où la procédure devant les juridictions était toujours pendante, le juge européen a maintenu la protection du processus décisionnel, voir : TUE, *Beninca/Commission*, 25 octobre 2013, T-561/12, publié au Recueil numérique : [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P\\_106319/fr/?rec=RG&jur=T&anchor=201310T2253](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_106319/fr/?rec=RG&jur=T&anchor=201310T2253).)

Sur la concurrence entre le droit général d'accès aux documents des institutions européennes et les droits spéciaux voir, CJUE, *Commission/Bavarian Lager* 29 juin 2010, CJUE, *Commission/Technische Glaswerke Ilmenau*, 29 juin 2010, ainsi que *Suède e.a./API et Commission* du 21 septembre 2010.

*« Il est souhaitable que les différentes personnes admises à présenter des observations le fassent par écrit, tant dans leur propre intérêt que dans celui d'une bonne administration, sans préjudice, le cas échéant, de leur droit de demander une audition formelle pour compléter la procédure écrite. Dans les situations d'urgence, la Commission doit cependant garder la possibilité de procéder immédiatement à l'audition formelle des parties notifiantes, des autres parties intéressées ou des tiers »<sup>2365</sup>.*

Les tiers ont donc le droit à être entendus s'ils justifient d'un « intérêt suffisant »<sup>2366</sup>. La méconnaissance de ce droit peut être sanctionnée par le juge européen comme erreur de procédure<sup>2367</sup>.

**Aux États-Unis.** À la différence du système européen, aux États-Unis, les personnes privées sont dépositaires au même titre que les autorités de concurrence de la mise en œuvre de la Section 7 du Clayton Act. Les tiers peuvent donc s'opposer devant les juridictions judiciaires à une transaction projetée dans leur secteur d'activité, soit de manière autonome en leur nom propre, soit en tentant de mobiliser les autorités antitrust fédérales (ou étatiques). Ce statut de « co-enforceur » de la loi leur accorde-t-il davantage de droits que dans le système européen dans le cadre de la procédure administrative de contrôle ? Rien n'est moins sûr, car ils ne sont pas les maîtres d'œuvre de la loi HSR. Tous les tiers ne sont pas soumis au même régime d'accès au dossier ou d'action. Comme dans l'Union européenne avec l'Association des autorités de concurrence nationales, les États fédérés sont organisés dans un réseau appelé « NAAG ».

À l'origine, la FTC partageait les informations notifiées par les entreprises aux states attorneys general sous réserve de garder ces informations confidentielles et de ne les utiliser qu'aux fins de poursuivre la concentration. Cette pratique fut interdite par les cours jugeant *« that section 7 A(h)'s limitation on the disclosure of premerger information to the 'public' »*

---

<sup>2365</sup> Considérant 14 du Règlement d'exécution (UE) no 2023/914 de la Commission du 20 avril 2023 abrogeant le règlement (CE) no 802/2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

<sup>2366</sup> Article 18(4) du Règlement (CE) 139/2004 ; Article 11 du du Règlement d'exécution (UE) no 2023/914 de la Commission du 20 avril 2023 abrogeant le règlement (CE) no 802/2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

<sup>2367</sup> TPICE, 27 novembre 1997, Kaysersberg SA contre Commission des Communautés européennes, Case T-290/94, disponible en ligne : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:61994TJ0290&from=en#MO>.



*precludes confidential disclosure to state law enforcement officials* »<sup>2368</sup>. Dès lors, ni la FTC ni le DOJ ne sont autorisés, sans le consentement des parties, à partager les documents confidentiels de notification préalable à la fusion avec les États ou avec d'autres tiers. Cette interdiction est inscrite dans la loi HSR à la Section 7 A(h) qui dispose que « *Any information or documentary material filed with the Assistant Attorney General or the Federal Trade Commission pursuant to this section shall be exempt from disclosure under section 552 of title 5, and no such information or documentary material may be made public, except as may be relevant to any administrative or judicial action or proceeding. Nothing in this section is intended to prevent disclosure to either body of Congress or to any duly authorized committee or subcommittee of the Congress* »<sup>2369</sup>. L'interdiction de communiquer les informations transmises est donc absolue. Les États fédérés doivent requérir par la procédure civile particulière des *subpoenas*<sup>2370</sup>, les documents nécessaires à une analyse substantielle.

Afin d'éviter une complexification, plusieurs outils ont été développés par les États pour obtenir les données nécessaires au contrôle des concentrations. Lorsque plusieurs États sont concernés, ils peuvent choisir de s'associer au sein d'un lieu unique la *Multistate Antitrust*

---

<sup>2368</sup> Lieberman v. FTC, 771 F.2d 32, 37. Le paragraphe 18a (h) dispose en effet « Any information or documentary material filed with the Assistant Attorney General or the Federal Trade Commission pursuant to this section shall be exempt from disclosure under section 552 of title 5, and no such information or documentary material may be made public, except as may be relevant to any administrative or judicial action or proceeding. Nothing in this section is intended to prevent disclosure to either body of Congress or to any duly authorized committee or subcommittee of the Congress ». Voir, 15 USC §.18a (h). Dans l'affaire Liberman, la FTC avait renversé sa doctrine et refusé de son propre chef de fournir les données de l'entreprise aux states Attorneys General. La politique antitrust en matière de concentrations durant la présidence Reagan était notoirement plus laxiste, les États avaient donc tenté de parer à l'inertie des agences fédérales. Voir, W.F. MUELLER, Antitrust in the Reagan administration, Revue française d'études américaines, N° 21/22, Novembre 1984, pages 427-434.

<sup>2369</sup> Codifié, 15 U.S.C. §18a(h), disponible en ligne (2022): <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=15+usc+18a%28h%29&f=treesort&fq=true&num=6&hl=true&edition=prelim&granuleId=USC-prelim-title15-section18a> ; La section 552 du titre 5 dont il est question concerne la grande loi sur la transparence appelée « *Freedom of Information Act* » de 1967 modifié par le *FOIA Improvement Act* (Public Law 114-185, 30 juin 2016 ) permettant aux individus d'accéder aux archives de toutes agences fédérales (à l'exception de neuf dispenses : les informations classées secret défense par un *Executive order* (1), les règles et pratiques internes en matière de personnel (2), les informations protégées par une autre loi (3), les secrets commerciaux ou financiers confidentiels (4), les documents échangés entre les agences dans le cadre d'une *civil discovery* (5), les informations liées au secret médical (6), les informations compilées dans le but de l'application de la loi par une agence (7), préparées dans le cadre d'une réglementation, de la surveillance des institutions financières (8), les données géologiques et géophysiques (9). Voir le site internet « FOIA.gov » : <https://www.foia.gov/>. S'agissant de la procédure HSR, l'interdiction de transmission des informations fournies lors de la notification est rappelée dans le formulaire de notification. Voir, *The Federal Trade Commission, The Forms and Instructions*, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program/form-instructions>.

<sup>2370</sup> Le *subpoena* est un instrument de récolte de preuves ouvert aux avocats dans le cadre de la défense ou du traitement d'une affaire. Il l'est de même, aux chefs d'agences et ou d'administrations. (Codifié au titre 15 U.S.C. Sec. 49).

*Task Force*<sup>2371</sup> (ATF ci-après) créée en 1983 par le NAAG, qui centralise les informations. Les États concernés par l'examen *a priori* d'une concentration formeront un « *state working group* » pour enquêter conjointement sur les entreprises et partager les coûts non négligeables d'experts économistes. Un État sera désigné pour procéder pour le groupe aux demandes de *subpoenas* ou de *civil investigative demands* (CID) sous ses propres lois. Il informera le cas échéant les parties que les documents recueillis seront partagés entre les États<sup>2372</sup>, la confidentialité des informations répondant à différentes règles, chaque État appliquant les règles de protection locales en matière de *discovery*<sup>2373</sup>.

Le NAAG a créé une procédure de notification volontaire appelée le *Voluntary Pre-Merger Disclosure Compact* ou « *NAAG compact* », qui ne constitue, en revanche, qu'un modèle de direction lors d'un contrôle multiétatique. Selon cette procédure, les États adhérents s'obligent à ne pas engager de procédures individuelles de *subpoenas* et les parties à la concentration transmettront volontairement tous les documents requis par le HSR Act à l'État agent de liaison, ce qui comprend aussi des documents fournis en *second request*. Les États ne peuvent se servir de ces informations en dehors de la procédure particulière de contrôle des concentrations. Depuis 1995, les États peuvent cependant aller au-delà, ce qui peut pousser les entreprises à préférer négocier avec les États au cas par cas, pour ne pas divulguer trop d'informations. De plus, le *NAAG compact* implique que tous les États adhérents auront à leur disposition les documents de notification, attirant peut-être l'attention d'États qui ne l'auraient pas été sans cette procédure<sup>2374</sup>.

Les États peuvent accéder aux documents confidentiels transmis pour le contrôle fédéral à condition que les parties l'autorisent expressément par convention. Un protocole entre les agences fédérales et les *Attorneys General* des États<sup>2375</sup> a été conclu afin que les équipes fédérales et étatiques puissent coordonner leur action sur le plan stratégique si le cas le requiert,

---

<sup>2371</sup> National Association of Attorneys General, <https://www.naag.org/issues/antitrust/multistate-task-force/#:~:text=The%20Multistate%20Task%20Force.coordinating%20multistate%20antitrust%20litigation%20efforts>.

<sup>2372</sup>W. ARENDS, V. DOMEN, Optimizing Multistate Merger Reviews : Cooperation, Communication, and Coordination, *The Antitrust Source*, Août 2019, p.1- 6 ; AMC, Report and Recommendation, p.199-200.

<sup>2373</sup> Selon l'ABA, aucune des réglementations locales n'est aussi protectrice que la procédure de HSR. Voir, ABA, *The Merger Review Process. A Step-by-Step Guide to U.S. and Foreign Merger Review*, Fourth Ed., ABA publishing, 2012, p. 100.

<sup>2374</sup> Tous les États ne sont pas membres de ce pacte, le plus important étant la Californie.

<sup>2375</sup> Voir, *Protocol for coordination in merger investigations between the federal enforcement agencies and state attorneys general*, disponible en ligne (2022) : <https://www.ftc.gov/advice-guidance/competition-guidance/protocol-coordination-merger-investigations>.

éventuellement par une enquête conjointe, les autorités demeurent toutefois pleinement indépendantes et souveraines dans leurs décisions de poursuivre ou de conclure un accord<sup>2376</sup>.

Les tiers, personnes privées, peuvent comme dans l'Union européenne être contactés au cours de l'enquête pour fournir des informations sur le marché. Les tiers concurrents, consommateurs ou fournisseurs apportent en effet, des informations cruciales sur le produit, sa fabrication et la manière dont il est vendu (notamment, sur l'identification des clients potentiels, les marchés géographiques, les barrières existantes ou non à l'entrée de ce produit). Le DOJ et la FTC ont l'interdiction de divulguer des informations confidentielles, seule la transaction sur laquelle ils enquêtent est portée à la connaissance des tiers interrogés. Comme dans l'Union européenne, des entretiens sont menés au cours de la première phase et/ou de la seconde phase et sont en mesure de soumettre des propositions proactives aux agences<sup>2377</sup>. Cependant, il n'existe pas d'orientations publiées dans le processus HSR sur le moment où les agences contacteront les tiers, la nature des questions qui peuvent être posée ou lesquels seront contactés.

Les agences de concurrence américaines ont intérêt au cours des entretiens à récolter des déclarations sous serment (*sworn affidavit*) volontaires, pour préparer un éventuel recours judiciaire. Toutefois, les équipes ont aussi un pouvoir par des *Civil Investigative Demands* (CID) ou des *subpoenas* afin de récolter des données concrètes sur les ventes, la production et les capacités des entreprises sur les marchés en question. Prévu par *l'Antitrust Civil Process*

---

<sup>2376</sup> Dans ce cas, des *memoranda* seront échangés, à la fois sur les fondements juridiques et économiques que soulèvent *prima facie* l'affaire, la formation d'une équipe avec des fonctions attitrées, l'élaboration d'un travail d'identification des données et de témoignages à obtenir et s'assurer de leur autorisation à divulguer ces informations, surtout dans le champ des territoires géographiques des *attorneys general*. La conclusion d'accord (*settlement*) obéit à des règles de bienséance entre les agences : les négociations engagées avec les parties à la concentration sont menées dans la mesure du possible, de manière unifiée et coordonnée. Les autorités doivent se consulter sur les conditions de l'accord avant toute réunion avec les parties à la fusion au cours de laquelle le règlement est susceptible d'être discuté. Dans la mesure du possible, des représentants de l'État fédéral et de l'État fédéré doivent y assister. En outre, chaque autorité doit tenir les autres organismes informés des communications concernant l'accord de règlement avec une partie à la concentration. Si un organisme fédéral ou étatique antitrust estime que les circonstances l'obligent à adopter une stratégie de négociation ou de règlement différente de celle des autres organismes d'enquête, ou s'il décide de clore son enquête, il doit le faire savoir immédiatement. Voir, *Protocol for coordination in merger investigations between the federal enforcement agencies and state attorneys general*, disponible en ligne (2022) : <https://www.ftc.gov/advice-guidance/competition-guidance/protocol-coordination-merger-investigations>.

<sup>2377</sup> Les tiers peuvent choisir de communiquer très tôt leur opinion sur une transaction dans le processus de contrôle. Voir, A.H. GOLDSTEIN, P.J. SIRKIS, Raising Antitrust Merger Challenges, Third-party Strategies, *Practical Law The Journal*, Mars 2013, p.53 ; ABA, *The Merger Review Process, A Step-by-step Guide to US and Foreign Merger Review*, Fourth Ed., ABA Edition, 2012, p.324

Act (ACPA ci-après) de 1962 et 1976 pour les concentrations<sup>2378</sup>, les CID sont utilisés par le *Department of Justice* et la FTC lorsque les tiers sont récalcitrants à fournir des données ou documents<sup>2379</sup>. Cette procédure administrative peut être imposée à toute personne physique ou morale, s'il existe une « *reason to believe* » que la personne peut détenir des documents ou des informations « *relevant to a civil antitrust investigation* »<sup>2380</sup> pour déterminer « *any person is or has been engaged in any antitrust violation or in any activities in preparation for a merger, acquisition, joint venture, or similar transaction, which, if consummated, may result in an antitrust violation* »<sup>2381</sup>. Le CID est donc un instrument en principe utilisé au cours d'une enquête civile ou criminelle<sup>2382</sup>. Ses caractéristiques sont variables et peuvent consister en des demandes de production de documents précis, de questionnaires écrits, ou des interrogatoires oraux<sup>2383</sup>. Le danger pour les entreprises est que les informations récoltées pourront être utilisées contre elles par le *Department of Justice* dans d'autres cas ou procédures d'ordre civil ou criminel<sup>2384</sup>.

La FTC qui peut aussi recourir aux CID depuis 1994<sup>2385</sup>, utilise traditionnellement depuis sa création en 1914, un autre moyen de récolte d'informations, au champ d'action toutefois plus restreint<sup>2386</sup> : le *subpoena*<sup>2387</sup>. La Section 9 du FTC Act autorise la FTC de « *require*

---

<sup>2378</sup> Antitrust Civil Process Act, Pub. L. 87-664, § 3, 19 septembre 1962 (modifiés), codifié au titre 15 U.S.C. §§ 1311-14 et suivants.

<sup>2379</sup> Le manuel de la division Antitrust du *Department of Justice* évoque des situations « inadéquates » ou « inappropriées » au regard de ses besoins, Voir, United States Department of Justice, Antitrust Division, Antitrust Division Manual, Chapter III, Investigation and Case Development, 5th Ed., page III-45.

<sup>2380</sup> 15 U.S.C. § 1312(a). Il n'est pas nécessaire de détenir une « probable cause » pour penser qu'une violation particulière a été commise. Voir, par exemple, *Australia/Eastern U.S.A. Shipping Conference v. United States*, 1982-1 Trade Cas. (CCH) ¶ 64,721, à 74,064 (D.D.C. 1981), modifié, 537 F. Supp. 807 (D.D.C. 1982), annulé comme étant sans objet, Nos. 82-1516, 82-1683 (D.C. Cir. 27 août 1986).

<sup>2381</sup> 15 U.S.C. § 1311(c).

<sup>2382</sup> ABA, *The Merger Review Process A Step-by-step Guide to US and Foreign Merger Review*, ABA Editions, 4th, 2012, p.326.

<sup>2383</sup> Voir, United States Department of Justice, Antitrust Division, Antitrust Division Manual, Chapter III, Investigation and Case Development, 5th Ed., page III-50 et s.

<sup>2384</sup> Department of Justice, Office of Public Affairs, Antitrust Division Announces Updates To Civil Investigative Demand Forms And Deposition Process, 10 septembre 2020, disponible en ligne : <https://www.justice.gov/opa/pr/antitrust-division-announces-updates-civil-investigative-demand-forms-and-deposition-process>.

<sup>2385</sup> Amendement au FTC Act du 26 août 1994, 108 Stat. 1693, disponible en ligne : <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-108/pdf/STATUTE-108-Pg1691.pdf#page=3>.

<sup>2386</sup> Une CID peut également exiger que le destinataire « *file written reports or answers to questions* » (Voir., 15 U.S.C. Sec. 57b-1(c)(1)). En outre, la Section 20 du FTC Act autorise expressément la délivrance de CID exigeant la production de choses tangibles et prévoit la signification de CID à des entités ne se trouvant pas dans la juridiction territoriale d'un tribunal des États-Unis. 15 U.S.C. Sec. 57b-1(c)(7)(B).

<sup>2387</sup> Aux termes du dictionnaire *Black's Laws*, le subpoena est « *A process to cause a witness to appear and give testimony, commanding him to lay aside all pretenses and excuses, and appear before a court or magistrate therein named at a time therein mentioned to testify for the party named under a penalty therein mentioned* ». Il existe plusieurs catégories juridiques de subpoena : des subpoena administratifs et judiciaires (pour l'organisation de Grand Jury). Le droit des concentrations américain n'est concerné que par les subpoena admi-

by subpoena the attendance and testimony of witnesses and the production of all such documentary evidence relating to any matter under investigation »<sup>2388</sup>. Le subpoena est signé par tout membre de la Federal Trade Commission donne obligation au destinataire, personne morale ou physique, de produire les documents demandés ou de témoigner sous serment<sup>2389</sup>.

Ces instruments d'enquête sont d'application directe. Leur non-respect peut être forcé par le dépôt devant « [a] ny of the district courts of the United States within the jurisdiction of which such inquiry is carried on. »<sup>2390</sup>. Le tribunal rendra alors un *order* de mise en conformité avec l'acte administratif, son non-respect est passible de sanctions pécuniaires pour outrage à la cour (*contempt of court*)<sup>2391</sup>.

Des recours peuvent être opposés à ces instruments dits de *compulsory process*, par une *petition to limit or quash* dans les vingt jours suivants leur notification. De tels recours venant circonscrire (*limit*) ou annuler l'acte (*quash*), seront examinés par la FTC dans sa formation plénière et pourront faire l'objet d'un appel suspensif devant l'*U.S district court*<sup>2392</sup>. Le recours contre un CID produit par le *Department of Justice* s'exerce directement devant la *district court*<sup>2393</sup> dans les mêmes délais que ceux de la FTC. Le caractère administratif des CID et des *subpoena* rend ces recours peu fructueux, les juges exerçant un contrôle pouvant être qualifié de « restreint », n'annulant que si l'agence a dépassé les limites de son pouvoir en émettant l'acte de procédure.

Selon l'ABA, les déclarations sous serment obtenues constituent des éléments importants à la fois pour la prise de décision des agences et dans l'évaluation stratégique du succès devant les cours pour l'obtention d'un TRO ou d'une *preliminary injunction* ; l'accumulation ces dépositions ayant tendance à démontrer *prima facie* au juge l'existence d'une viola-

---

nistratifs, signés et délivrés par le personnel d'agences ou de commission administratives. Qu'ils soient judiciaires ou administratifs, les subpoena sont de deux types « ad testificandum » obligeant une personne désignée dans l'acte, à témoigner et le subpoena duces tecum, qui oblige une personne à produire des documents identifiés dans l'acte. Voir. Subpoena (occurrence), in Black Laws .

<sup>2388</sup> 15 U.S.C. Sec. 49 ainsi que 16 C.F.R Sec. 2.5, disponible en ligne : <https://www.ecfr.gov/current/title-16/chapter-I/subchapter-A/part-2/subpart-A>.

<sup>2389</sup> 16 C.F.R. Sec. 2.5.

<sup>2390</sup> 15 U.S.C. Sec. 49 s'agissant des *subpoena* et 15 U.S.C. § 57b-1(e) et (h) pour les CID.

<sup>2391</sup> 15 U.S.C. Sec. 49 ainsi que 15 U.S.C. § 57b-1(e) et (h),

<sup>2392</sup> 16 C.F.R. § 2.10. Sur l'épuisement du recours administratif Voir, R.B NEWMAN, FTC CID'S Motions to Quash and Properly Preserving Objections, 7 juillet 2019, in *The National Law Review*, disponible en ligne : <https://www.natlawreview.com/article/ftc-cids-motions-to-quash-and-properly-preserving-objections> .

<sup>2393</sup> 15 U.S. Code § 1314.

tion<sup>2394</sup>.

## §2. Les phases administratives de contrôle

Aux États-Unis et dans l'Union européenne, l'examen administratif peut s'étendre en deux phases, une phase préliminaire obligatoire et une phase approfondie en cas d'indices élevant cette nécessité<sup>2395</sup>.

En Europe, le contrôle administratif a beaucoup évolué depuis sa création par le règlement du conseil du 21 décembre 1989<sup>2396</sup>. À l'origine dans un rapport *pseudo* hiérarchique avec les entreprises<sup>2397</sup>, le règlement sur les concentrations 139/2004 a offert quelques avancées sur le plan de la transparence pour les parties, notamment pour un droit d'accès au dossier dans un délai rapproché et l'institutionnalisation des « *state-of-play meetings* » au sein des deux phases<sup>2398</sup>.

L'organisation du contrôle administratif américain ne souffre pas quant à lui des mêmes critiques sur le plan des droits de la défense en raison de la forme nécessairement juridictionnelle que prendra une contestation par l'autorité administrative de l'opération de concentration. Les parties bénéficiant de toutes les garanties attachées à la procédure accusatoire qu'elle se porte devant le juge de droit commun ou devant le tribunal administratif de la FTC.

Les premiers stades du contrôle administratif restent enserrés dans des délais stricts ga-

---

<sup>2394</sup> ABA, *The Merger Review Process*, ABA Publishing, 2012, p.326-327.

<sup>2395</sup> Nous utilisons le terme de « phase » de manière générique pour se référer au stade d'évolution de la procédure *ex ante*.

<sup>2396</sup> Règlement du Conseil 4064/1989 du 21 décembre 1989 (abrogé au 30 avril 2004), sur le contrôle des concentrations entre entreprises, 1990 J.O. L257/90 P13, consultable en ligne : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=celex:31989R4064>.

<sup>2397</sup> Mario Monti, commissaire à la concurrence reconnu à la suite d'une série de revers devant les juridictions européennes, la nécessité d'opérer une réforme substantielle, mais aussi de la procédure décisionnelle de la Commission européenne. Voir, M. MONTI, *Merger Control in the European Union: A Radical Reform*, discours prononcé à Bruxelles, 7 novembre 2002 (SPEECH/02/545), disponible en ligne : [https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:09edWcPN4NYJ:https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/en/speech\\_02\\_545/SPEECH\\_02\\_545\\_EN.pdf+&cd=1&hl=fr&ct=clnk&gl=us](https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:09edWcPN4NYJ:https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/en/speech_02_545/SPEECH_02_545_EN.pdf+&cd=1&hl=fr&ct=clnk&gl=us). Le règlement 139/2004 a apporté de nombreuses améliorations telles que le droit d'accès au dossier et a introduit des réunions sur l'état des lieux.

<sup>2398</sup> D.G. Competition, Best Practices on the conduct of EC merger proceedings, publié le 20 janvier 2004, p.7, disponible en ligne : <https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2021-03/proceedings.pdf>.

rantissant aux parties — une fois sortie toutefois de la phase de prénotification dans l’Union européenne — une visibilité sur la durée d’examen de leur projet de concentration, toute réalisation au cours de ces phases demeurant interdite. Le deuxième stade des procédures peut s’étendre dans l’Union européenne jusqu’à 125 jours et au-delà aux États-Unis.

## **A. Les paliers du contrôle *ex ante***

Aux termes d’un délai de 25 jours à 35 jours ouvrables à compter de la notification dans l’Union européenne et de 30 ou 15 jours aux États-Unis, les équipes en charge du contrôle procède à une appréciation de l’opération proposée<sup>2399</sup> (1) si des doutes apparaissent sur la comptabilité ou si la concurrence peut être substantiellement atteinte par la concentration, les autorités ouvriront le second palier du contrôle pour un examen en profondeur de l’opération (2).

### ***1. Le premier palier : la phase I ou part 1***

Une fois qu’une concentration a été notifiée, les autorités administratives débutent un premier examen préliminaire dite, de « phase I » dans l’Union européenne ou « Part 1 » aux États-Unis. Cette séquence procédurale dans chacun des systèmes constitue une première évaluation de l’opération de croissance externe. Les procédés de traitement de ces affaires sont néanmoins loin d’être comparables.

#### **a. Dans l’Union européenne**

Dans l’Union européenne si une concentration est considérée comme relevant de la compétence des réglementations sur les concentrations (et qu’elle n’est pas appelée par un État membre) trois procédures distinctes se présentent : une procédure de droit commun de 25 à 35 jours ouvrables en cas d’engagements, une procédure simplifiée entre 15 jours et 25 jours

---

<sup>2399</sup> Article 10, paragraphe 1, du règlement 139/2004, sur les concentrations.

et une procédure « super-simplifiée » limitée à certaines joint-ventures<sup>2400</sup>. La Commission effectue le triage entre ces trois procédures au stade de la prénotification, seule la charge de la documentation à fournir varie pour les entreprises. Une fois la notification traitée, la procédure sera menée à bien dans les mêmes délais jusqu'à l'édiction d'une décision particulière : la pleine compatibilité, la compatibilité sous conditions ou l'incompatibilité de l'opération projetée.

Au cours de cette phase, les services opèrent de manière cloisonnée et le rôle des parties et des tiers se borne à répondre aux demandes de l'administration. La raison est que cet examen exploratoire consiste à étudier la compatibilité de l'opération projetée au regard du règlement sur les concentrations de 2004 et des règles de fonds substantiels qui le soutiennent<sup>2401</sup>. Des réunions « d'état des lieux » (*state-of-play meetings*) sont toutefois organisées où les parties pourront dans les deux semaines suivant leur notification, avoir un échange informel avec l'équipe en charge du contrôle<sup>2402</sup>. Les décisions d'autorisation en phase I de droit commun ne peuvent être adoptées que par le commissaire chargé de la concurrence, sous réserve de l'approbation préalable du service juridique de la Commission et de la consultation par la DG concurrence des autres DG responsables des domaines d'action en question<sup>2403</sup>. Au sein de la procédure simplifiée, le directeur général de la DG concurrence peut prendre au contraire des décisions d'autorisation ou imposer toute mesure nécessaire pour assurer le respect des engagements pris par les parties, des décisions de renvoi, des décisions de prolongation des délais, de notification incomplète, d'allongement de la période d'examen, des demandes formelles d'information et des inspections.

Les statistiques sur les concentrations au 31 mars 2023 indiquent un nombre total de 379 notifications en 2022, selon une valeur légèrement inférieure à l'année 2021, la plus élevée depuis 2013<sup>2404</sup>. Parmi elles 291, soit 76,78 %, ont été déclarées compatibles avec le marché intérieur sur la base de l'article 6, paragraphe 1, b du règlement 139/2004 à la fin de

---

<sup>2400</sup> Commission notice on a simplified procedure for the treatment of certain concentrations under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings 2023 (OJ 2023 / C 160/01).

<sup>2401</sup> Ces règles substantielles sont développées au sein des lignes directrices.

<sup>2402</sup> European Commission, Directorate-General for Competition, Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings, 20 janvier 2004, disponible en ligne : <https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/proceedings.pdf>.

<sup>2403</sup> *Idem*.

<sup>2404</sup> Selon le tableau récapitulatif des concentrations notifiées de 2013 à 2022. Voir, European commission DG Competition, Annual activity report 2023 competition, p.33.



l'enquête de phase I, toutes procédures (de droit commun et simplifié) confondues<sup>2405</sup>.

## b. Aux États-Unis

Aux États-Unis, il existe deux procédures : une destinée aux concentrations telles que définies par la Section 7A du Clayton Act, à laquelle s'applique un délai de traitement de 30 jours en Part 1 et une procédure accélérée, réservée aux *cashs tender offers* et aux opérations concernées par les lois sur les faillites, de 15 jours. Ces voies intègrent toutes deux une procédure de *clearance* entre les autorités de contrôle fédérales dont la durée varie selon l'ABA entre 7 et 9 jours ouvrables pour les dossiers HSR conventionnels et 3 jours dans les procédures accélérées<sup>2406</sup>. À la réception d'une notification par le PNO, la FTC et le DOJ instruisent simultanément le cas afin de s'accorder d'abord sur la pertinence de poursuivre un examen en *Part 1* et ensuite sur leur compétence respective si une enquête (*preliminary investigation*) est nécessaire. Un premier « tri » est donc effectué à cette étape et les concentrations sans impact évident au cours de cette analyse préliminaire feront l'objet d'un « *no-interest memorandum* » dans lequel l'autorité exposera les raisons de ne pas entreprendre d'investigations<sup>2407</sup>. Lorsqu'une des agences a exprimé un intérêt pour le traitement du cas, elle a la possibilité d'adresser une « *access letter* » aux parties pour qu'elle fournisse volontairement des informations, telles que les noms des clients et des concurrents, les informations sur les ventes, les informations sur le marché géographique, les informations sur les parts de marché et les plans de marketing stratégique<sup>2408</sup>.

L'équipe en charge de l'affaire ne dispose toutefois pas de la totalité du délai d'examen alloué. Quelques jours ouvrables seront nécessaires pour préparer une recommandation en vue de l'émission d'une deuxième demande, et plusieurs autres jours pour que cette recommanda-

---

<sup>2405</sup> *Idem*;

<sup>2406</sup> Si le temps des discussions de *clearance* est théoriquement encadré par des accords internes ceux-là ne lient pas légalement les deux institutions. Ainsi, en matière de notification HSR, les agences déterminent en deux jours la compétence. Il n'existe pas de statistique officiel concernant la durée de la procédure de *clearance* entre les deux autorités en charge du contrôle. L'American Bar Association a déterminé au regard de la pratique, une durée moyenne. Voir, ABA, *FTC Practice and Procedure Manual*, ABA Publishing 2014, 2d Ed., 2014, p. 257. Il est important de rappeler qu'elles n'ont pas le droit de communiquer avec les parties notifiantes et requérir d'informations complémentaires tant que le dossier ne leur a pas été attribué.

<sup>2407</sup> United States Department of Justice, *Antitrust Division Manual*, Chapter III. Investigation and Case development, 5<sup>e</sup> Ed., 2018, p.36.

<sup>2408</sup> FTC, Guidance for Voluntary Submission of Documents During the Initial Waiting Period, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program/hsr-resources/guidance-voluntary-submission-documents>.

tion soit examinée par les chaînes hiérarchiques internes et la *Second request* émise<sup>2409</sup>. La *Chairwoman* Lina Khan à la tête de la FTC<sup>2410</sup> a déclaré que ce délai était « *ripe for revisiting by Congress* »<sup>2411</sup>.

Si la première période d'examen est très lourde pour l'autorité en charge, bien que spécialisée, elle possède des outils permettant la fluidification des notifications qu'elle reçoit. Outre le tri initial effectué au moment de la *clearance*, les agences avaient la possibilité de délivrer à la demande des parties des « *early termination notices* »<sup>2412</sup> pour clore la procédure avant le terme du délai d'examen. Le DOJ et la FTC ont suspendu « temporairement » cette pratique au cours de la pandémie du SARS COVID 19 face à l'important afflux de notifications et au risque de laisser des opérations susceptibles de présenter un danger pour la concurrence passer au travers du contrôle<sup>2413</sup>.

## ***2. Le second palier du contrôle ex ante : la phase II ou second request***

Lorsque les autorités de concurrence considèrent que l'opération en cours d'examen requiert un approfondissement, la poursuite de la procédure ne constitue pas une bonne nouvelle pour les parties à la concentration qu'elle se déroule dans l'Union européenne ou aux États-Unis. Outre les coûts et les délais, l'amorce du second palier de la procédure entraîne pour les parties des conséquences non négligeables dues aux potentiels retards et à l'incertitude pour l'avenir de leur transaction. Une inquiétude qui se porte à la fois chez leurs employés avec

---

<sup>2409</sup> A.L. WAIT, A. W. EKLUND, Nothing to See Here ! Clearing the Deal in the Initial HSR Waiting Period, *The Antitrust Source*, Février 2019, p. 6.

<sup>2410</sup> Lina Kahn a prêté serment en tant que *Chair* de la Federal Trade Commission, le 15 juin 2021.

<sup>2411</sup> FTC, Statement of Chair Lina M. Khan Joined by Commissioner Rebecca Kelly Slaughter Regarding the FY 2020 Hart-Scott-Rodino Annual Report for Transmittal to Congress, 8 novembre 2021, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/public-statements/statement-chair-lina-m-khan-joined-commissioner-rebecca-kelly-slaughter-regarding-fy-2020-hart-scott>.

<sup>2412</sup> 16 CFR 803.11(c).

<sup>2413</sup> Le nombre de soumissions en novembre 2021 était de 607 notifications contre 206 en novembre 2020. Cette augmentation drastique a provoqué plusieurs interventions. Voir, FTC/DOJ, HSR Annual Report, Fiscal Year 2020, Appendix B, table 1, disponible en ligne : [https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/hart-scott-rodino-annual-report-fiscal-year-2020/fy2020\\_hsr\\_annual\\_report\\_final.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/hart-scott-rodino-annual-report-fiscal-year-2020/fy2020_hsr_annual_report_final.pdf) et la publication des transactions notifiées mois par mois sur le site de la FTC (les nombres sont non définitifs), voir : <https://www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program>. Le rapport annuel sur la loi HSR de l'année fiscale 2020 révèle que 74,2 % des notifications ont fait l'objet d'une *early termination notice*. La FTC et le DOJ précisent que cet outil est encore applicable au stade de *second request*. voir, FTC, HSR Early Termination After a Second Request Issues, 12 mars 2021, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/enforcement/competition-matters/2021/03/hsr-early-termination-after-second-request-issues>.

l'éventuel départ de hauts potentiels, et pour leurs clients effrayés par le manque de certitude que représente une procédure de contrôle antitrust pour les affaires. Les marchés financiers prompts à réagir peuvent diminuer la valeur des actions des entreprises et affecter la transaction bien que la *second request* ne soit pas publique. Les tiers en ont connaissance s'ils sont contactés au cours de l'investigation, de même pour l'Union européenne. Les sociétés cotées aux États-Unis peuvent être dans l'obligation de le déclarer publiquement comme « évènement majeur » aux actionnaires<sup>2414</sup>. Mais surtout, l'une des parties peut perdre au cours des prolongations tout intérêt pour la transaction.

Les secondes demandes augmentent également le risque qu'une opération non publique ou d'autres informations confidentielles des parties à la fusion soient divulguées.

### **a. Dans l'Union européenne**

Si la Commission a des doutes quant à la compatibilité du projet de concentration avec le marché intérieur, des réunions d'états des lieux seront organisées dans un délai de 20 jours ouvrables à partir de la notification de la concentration. Les parties seront alors informées de la nature et de l'étendue des problèmes de concurrence<sup>2415</sup>. Elles pourront à cette occasion soumettre des propositions d'engagements. Le délai en phase I est alors prolongé de 10 jours ouvrables<sup>2416</sup>. Elle se termine soit par une décision de compatibilité<sup>2417</sup> soit par l'ouverture d'une procédure approfondie si aucune mesure corrective n'a pu être trouvée ou en raison d'une complexité particulière. Les consultations de marché se poursuivront au cours de la phase d'enquête approfondie appelée « phase II » sur le fondement de l'article 6 paragraphe 1 point (c) du règlement CE 139/2004. La décision d'entrée en phase II est prise par la DG Concurrence après approbation du Service juridique et du Président de la Commission<sup>2418</sup>. La

---

<sup>2414</sup> Voir, SEC office of Investor Education and Advocacy, Investor Bulletin : How to Read an 8-K , May 2012, disponible en ligne : <https://www.sec.gov/investor/pubs/readan8k.pdf>.

<sup>2415</sup> Best practice, paragraphe 33 a).

<sup>2416</sup> Article 10 (1) Règlement 139/2004.

<sup>2417</sup> Article 6 (1)(b) du règlement CE 139/2004.

<sup>2418</sup> La décision d'entrée en phase II en tant qu'acte principalement préparatoire ne peut constituer un acte faisant grief susceptible de recours devant les juridictions de l'Union européenne en vertu de l'article 263 du TFUE consolidé qui dispose que « *La Cour de justice de l'Union européenne contrôle la légalité des actes législatifs, des actes du Conseil, de la Commission et de la Banque centrale européenne, autres que les recommandations et les avis, et des actes du Parlement européen et du Conseil européen destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers* ». L'arrêt de la Cour de justice IBM c/ Commission de 1981 précise en effet que tout acte « *binding on, and capable of affecting the interests of, the applicant by bringing about a distinct change in his legal position* ». CJCE, 11 novembre 1981, IBM c/ Commission, affaire 60/81, paragraphe 9. En matière

Commission dispose alors d'un délai de base de 90 jours ouvrables pour achever son enquête et parvenir à une conclusion sur la concentration<sup>2419</sup>.

Plusieurs motifs peuvent justifier un prolongement de ce délai :

- 15 jours peuvent être ajoutés à la procédure si au cours de la phase II les parties proposent des engagements ;
- 20 jours supplémentaires peuvent être ajoutés, sur demande des parties dans les quinze jours suivant l'ouverture de la phase II ou agrément des parties au-delà<sup>2420</sup>.

Ce qui tend à un délai de 125 jours.

### ***1) La communication des griefs (Statement of Objections)***

La Commission européenne, *via* la DG Concurrence, délivre une communication des griefs aux parties après avoir confronté leur analyse à la révision de leurs pairs (*peer review*) qui sont agents de la DG concurrence et extérieurs à l'affaire. La communication des griefs est ensuite soumise à l'approbation du Service juridique<sup>2421</sup> et du président de la Commission. Celle-ci doit être précise et détaillée<sup>2422</sup> car elle ne pourra fonder sa décision que sur les objections sur lesquelles les intéressés ont été auditionnés<sup>2423</sup>. Dans l'affaire *Schneider Electric I*, la requérante a fait valoir avec succès que la Commission avait fondé sa décision d'interdiction sur un argument qu'elle n'avait pas inclus dans la communication des griefs. Selon le Tribunal, les droits de la défense de *Schneider Electric* avaient donc été violés, n'ayant pas eu la

---

de contrôle des concentrations, le juge européen eut l'occasion de s'exprimer sur la recevabilité d'un recours contre une décision d'entrer en phase II dans le contentieux abondant engagé par *Schneider Electric* lors de sa tentative d'acquisition de *Legrand*. CJCE, 5<sup>e</sup> Ch., 9 mars 2007, *Schneider Electric SA c. Commission* (rejet du pourvoi) contre l'arrêt du Tribunal de première instance du 31 janvier 2006, *Schneider Electric SA/Commission* (T-48/03), rejetant comme irrecevable une demande d'annulation, d'une part, de la décision de la Commission, du 4 décembre 2002 d'ouvrir la phase II de la procédure et d'autre part de clore la procédure de contrôle de cette opération. Voir, TPICE, 31 janvier 2006, *Schneider Electric SA c. Commission des Communautés européennes*, affaire T-48/03.

<sup>2419</sup> Article 10, paragraphe 4, du règlement 139/2004 sur les concentrations, TPICE, 31 janvier 2006, *Schneider Electric SA c. Commission des Communautés européennes*, affaire T-48/03, points 79 et s.

<sup>2420</sup> Article 10 (3) du Règlement 139/2004.

<sup>2421</sup> Le Service juridique, on le rappelle, est un service indépendant de la DG Concurrence placé sous l'autorité du Président de la Commission européenne permettant la garantie du respect de la qualité des raisonnements juridiques ou de la bonne application de la *theory of harm*.

<sup>2422</sup> La CJUE définit la communication des griefs par analogie à la jurisprudence sur les articles 101 et 102 du TFUE, comme « *document de caractère procédural et préparatoire qui, en vue d'assurer l'exercice efficace des droits de la défense, circonscrit l'objet de la procédure administrative engagée par la Commission, empêchant ainsi cette dernière de retenir d'autres griefs dans sa décision mettant fin à la procédure* » point 63. Voir, Article 18 (1) et (2) du Règlement 139/2004.

<sup>2423</sup> Article 18 (3), Règlement 139-2004.

possibilité de contester les préoccupations de la Commission sur ce point ou de soumettre une mesure corrective pour y répondre<sup>2424</sup>. Le juge européen rappelle cependant qu'une violation des droits de la défense ne peut conduire à l'annulation de la décision que s'il est démontré que la procédure administrative aurait pu avoir un résultat différent si les règles avaient été respectées<sup>2425</sup>. Les parties disposent alors de 10 jours ouvrables pour répondre.

La DG Concurrence permet aux parties l'accès au dossier sur demande<sup>2426</sup>. Ils peuvent aussi requérir des « auditions orales formelles »<sup>2427</sup> et qu'il soit procédé à l'examen entier de tous les engagements proposés. Le conseiller-auditeur (*Hearing officer*) indépendant préside ces auditions et veille à l'équité procédurale<sup>2428</sup>.

Le conseiller-auditeur arbitre aussi l'accès au dossier constitué et notamment aux secrets d'affaires sur lesquels est fondé l'argumentaire de l'institution. Ces données sensibles agrégées provenant de tiers, principalement d'ordre économique, sont utilisées pour créer des modèles et des projections des marchés affectées. Considérées comme essentielles par les parties pour leur défense afin de contrôler la fidélité des données brutes et les méthodes utilisées par la Commission lors de leurs modélisations, il pourra être organisé des *data-room* si les circonstances l'imposent<sup>2429</sup>. Dans cette procédure très particulière, les données sont rassemblées physiquement au sein d'une pièce et seuls les experts économiques et juridiques ont accès sous réserve de signer un accord de confidentialité<sup>2430</sup>.

---

<sup>2424</sup> TPICE (première chambre) du 22 octobre 2002, *Schneider Electric SA contre Commission des Communautés européennes*, Affaire T-310/01, Recueil de jurisprudence 2002 page II-04071, point : 441 et s., disponible en ligne : <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=47796&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2520374>.

<sup>2425</sup> TPICE, 14 décembre 2005, *General Electric Company c. Commission des Communautés européennes*, point 632.

<sup>2426</sup> Article 17, Règlement d'exécution (UE) no 2023/914 de la Commission du 20 avril 2023 abrogeant le règlement (CE) no 802/2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

<sup>2427</sup> *Id.*

<sup>2428</sup> Article 15 du Règlement 802-2004. Détaillées dans les bonnes pratiques publiées par la DG Concurrence, *DG Competition Best Practices on the conduct of EC merger proceedings*, p. 12.

<sup>2429</sup> Best Practices for the Submission of Economic Evidence and Data Collection in Cases Concerning the Application of Articles 101 and 102 TFEU and in Merger Cases (DG Competition Staff Working Document, Oct. 2011), disponible en ligne : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011SC1216&from=EN>.

<sup>2430</sup> M. Gotlieb et G. Van Gerven expose l'exemple de l'affaire Universal/EMI dans laquelle Universal demandait au conseiller-auditeur un élargissement de l'accès aux données brutes et la levée de l'anonymisation des données qui empêchaient les conseillers économiques de comprendre le contexte factuel spécifique dans lequel celles-ci avaient été générées. Le conseiller-auditeur a fait droit aux demandes d'Universal sauf s'agissant de la levée de l'anonymat des données qui contenaient des secrets d'affaires sensibles. En outre, l'accès intégral aux analyses quantitatives défavorables et l'admission des conseillers juridiques d'Universal dans la *data room*

Le commissaire-auditeur traite les demandes de délais ou de renseignements de la Commission en cas de contestation<sup>2431</sup>. Il répond aussi aux demandes d'accès et aux droits d'observations des tiers intéressés<sup>2432</sup>. Il publie un rapport final électronique au sein du dossier de procédure et au Journal officiel de l'Union européenne avec la décision de la Commission européenne.

Le règlement 139/2004 sur les concentrations requiert une consultation des États membres qui peuvent présenter leurs observations à tout moment sur le déroulement de la procédure. En vertu de l'article 19 (3) du Règlement précité, un « comité consultatif » (*Advisory committee*) doit être consulté préalablement à toute décision. Composé de représentants des États membres le comité doit être réuni pour rendre un avis sur le projet de décision par vote. La Commission est tenue de « tenir le plus grand compte » de ses avis rendus<sup>2433</sup>.

Il est reproché à la procédure administrative européenne d'établir à l'issue de la phase II après la notification de la communication des griefs « *un renversement de la charge de la preuve* » où les parties se trouveraient dans la position « *d'accusés* » devant prouver l'innocuité de leur opération<sup>2434</sup>. Cette analyse semble contraire à la notion de communication des griefs qui constitue l'un des éléments vecteurs des droits de la défense des entreprises notificantes. C'est par cet acte préliminaire que les parties obtiennent des indications détaillées sur les doutes que soulèvent le projet et le déroulement des arguments et des preuves qui les soutiennent. Ainsi, l'autorité administrative dont le rôle consiste à examiner dans quelle mesure une concentration entraverait de manière significative la concurrence expose son raisonnement. Les auditions orales et les communications écrites sont là comme le confirme la Cour

---

ont été refusés. Voir, *European Commission*, Final report of the Hearing Officer Universal Music Group /EMI Music (COMPETITION/M.6458) 11 septembre 2012, disponible en ligne : [https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/additional\\_data/m6458\\_10631\\_3.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/additional_data/m6458_10631_3.pdf), M. GOTLIEB, G. VAN GERVEN, Data Gathering and Analysis : The Anatomy of Merger Investigation in Europe, *Fordham International Law Journal*, Vol. 39, Issue 1, Art. 1, 2015, p.23.

<sup>2431</sup> Paragraphe 17 du préambule et article 6, Decision of the president of the European commission of 13 October 2011, on the function and terms of reference of the hearing officer in certain competition proceedings (Text with EEA relevance) (2011/695/EU).

<sup>2432</sup> Article 6(2), Decision of the president of the European commission of 13 October 2011, on the function and terms of reference of the hearing officer in certain competition proceedings (Text with EEA relevance) (2011/695/EU).

<sup>2433</sup> Article 19(6), du règlement 139/2004 sur les concentrations.

<sup>2434</sup> G. VALLINDAS, Droit européen des concentrations, paragraphe 246, p. 96 ; voir aussi, ANCA D. CHIRITA, Procedural Rights in EU Administrative Competition Proceedings : Ex Ante Mergers, in., C. CAUFFMAN, QIAN HAO (sous la direction de), *Procedural Rights in Competition Law in the UE and China*, Springer, Vol. 3, 2016,

de justice, pour permettre aux parties de réfuter ces griefs et « *amener celle-ci à autoriser leur opération de concentration proposée* »<sup>2435</sup>. La Commission pouvant se saisir de ces arguments et modifier ses conclusions provisoires<sup>2436</sup>. Il n’y a donc pas, à notre sens de renversement de la charge de la preuve, mais l’établissement d’une dialectique sur des positions qui ne sont pas figées.

Toutefois, la Commission européenne mesure le risque lié à la nature intégrée de ses procédures est l’associe à une augmentation potentielle des contentieux devant le juge européen. Des dysfonctionnements processuels et une application inadéquate des règles sur les concentrations se traduiraient par des « *Challenges before courts potentially leading to significant reputational risks, excessive legal costs, annulments of decisions and (monetary) compensation claims of high value* »<sup>2437</sup>. Les interventions du chef économiste au sein de la direction générale, du service juridique, du conseiller-auditeur et du contrôle interne par les pairs participent au management des risques de l’organisation structurelle de la Commission européenne.

Dans environ 3,4 % des cas à ce jour, la Commission européenne a ouvert une procédure approfondie en phase II. De 1990 jusqu’en 2023, une période significative de trente-trois ans, 33 opérations des 8990 soit 0,36 %, ont été bloquées sur la base de l’article 8 (3) du Règlement 139/2004. Sur la même période de temps 1,65 %, ont fait l’objet d’autorisation après engagements. Ces chiffres ne sont pas suffisants pour constituer une indication d’une mise en œuvre réussie des concentrations proposées, la Commission européenne comme ses homologues américains se fondent sur des calculs d’estimation des économies réalisées par les consommateurs résultant directement de l’intervention européenne. La Commission européenne déclare selon une analyse<sup>2438</sup> avoir permis une économie aux consommateurs en 2022 variant

---

<sup>2435</sup> CJCE, grande ch., 10 juillet 2008, *Bertelsmann et Sony Corporation of America / Impala*, point 89. Voir aussi, ordonnance du 18 juin 1986, *British American Tobacco et Reynolds Industries/Commission*, 142/84 et 156/84, Rec. p. 1899, points 13 et 14.

<sup>2436</sup> CJCE, grande ch., 10 juillet 2008, *Bertelsmann et Sony Corporation of America / Impala*, point 93. Dans cette affaire, Sony corporation et Bertelsmann AG demandaient l’annulation de l’arrêt du Tribunal de première instance du 13 juillet 2006 *Impala contre Commission*, qui annulait la décision d’agrément de leur concentration.

<sup>2437</sup> DG Competition, Annual Activity report 2021 Annexes, disponible en ligne: [https://ec.europa.eu/info/publications/annual-activity-report-2021-competition\\_en](https://ec.europa.eu/info/publications/annual-activity-report-2021-competition_en).

<sup>2438</sup> La DG concurrence explique son approche par un calcul tenant compte de l’augmentation probable des prix évitée évaluée entre 3% et 5%, de la taille totale (en valeur) du marché de produits concerné et enfin de la durée prévue de l’augmentation des prix évitée, *i.e.*, avant que le marché puisse s’autocorriger. Voir, DG Competition, *Annual activity report competition 2021*, 2021, Note bas de page 15, p. 10, disponible en ligne : [https://ec.europa.eu/info/publications/annual-activity-report-2021-competition\\_en](https://ec.europa.eu/info/publications/annual-activity-report-2021-competition_en).

entre 16,1 et 26,8 milliards d'euros en fonction de l'hypothèse faite sur le niveau de la hausse des prix évitée<sup>2439</sup>. Ce qui correspond pour la DG Concurrence à la moyenne enregistrée au cours des cinq années précédentes<sup>2440</sup>.

## b. Aux États-Unis

La *Request for Additionnal Information and Documentary Materiels*, ou plus communément appelé « *second request* » permet d'une part, l'obtention d'informations sur les effets anticoncurrentiels potentiels et d'autre part, le maintien du *statu quo* jusqu'à ce que la décision de déposer une demande d'*injunction* soit prise. Les autorités de concurrence fournissent alors aux entreprises visées une liste standardisée de documents à transmettre<sup>2441</sup> qui pourra être modifiée par accord. La *second request* ouvre un délai de suspension de 30 jours (ou dans le cas d'une offre publique d'achat, il est de 15 jours)<sup>2442</sup>. La Section 15 U.S.C. 18a, dispose que le délai ne commence à courir qu'au moment où les parties se seront « conformées substantiellement » à la demande d'informations.

Les parties devront fournir à titre liminaire, les documents relatifs aux ventes, aux parts de marché, la production et les capacités de production, les pratiques de marketing, les enchères et contrats, la liste des concurrents, la recherche et développement, les frais de communication au cours des trois à quatre années<sup>2443</sup>. Les autorités de contrôle recherchent l'état du marché à l'entrée, les futurs entrants les plus probables et le temps et coût requis pour établir une ligne de production. Les raisons de la concentration sont disséquées et les entreprises devront fournir leur organigramme, leurs plans stratégiques, leurs fiches de prix et leurs analyses concurrentielles pour chaque ligne de produits<sup>2444</sup>. Depuis 2021, les parties doivent désormais fournir des informations sur les employés responsables des secteurs d'activité con-

---

<sup>2439</sup> DG Competition, *Annual activity report competition 2022*, 2022, p. 10, disponible en ligne : [https://ec.europa.eu/info/publications/annual-activity-report-2021-competition\\_en](https://ec.europa.eu/info/publications/annual-activity-report-2021-competition_en).

<sup>2440</sup> En 2016, la Commission a réalisé entre 18,3 milliards et 30,4 milliards, en 2017 entre 2,4 et 4,1 milliards, en 2018, entre 15 et 25 milliards, en 2019 entre 5,7 et 9,4 milliards, en 2020 entre 13,8 et 23 milliards. Voir, Rapport annuel de la DG Concurrence 2021, p.10 précité.

<sup>2441</sup> FTC / United States Department of Justice, Request for additional information and documentary material issued to [company], Octobre 2021, p. 16, disponible en ligne : [https://www.ftc.gov/system/files/attachments/hsr-resources/model\\_second\\_request\\_-\\_final\\_-\\_october\\_2021.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/attachments/hsr-resources/model_second_request_-_final_-_october_2021.pdf).

<sup>2442</sup> 15 U.S.C. 18a (2).

<sup>2443</sup> FTC / United States Department of Justice, Request for additional information and documentary material issued to [company], Octobre 2021, p. 16, disponible en ligne : [https://www.ftc.gov/system/files/attachments/hsr-resources/model\\_second\\_request\\_-\\_final\\_-\\_october\\_2021.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/attachments/hsr-resources/model_second_request_-_final_-_october_2021.pdf).

<sup>2444</sup> ABA, *The Merger Review Process*, ABA Publishing, 2012, p. 280.



cernés et/ou de la négociation de la transaction, mais aussi « fournir des informations de base sur la manière dont elles conservent les données qui répondent aux spécifications de la deuxième demande »<sup>2445</sup>. La *second request* est ressentie comme extrêmement lourde par les entreprises notifiantes en termes de coûts temporels, humains et pécuniaires<sup>2446</sup>, même si la *ediscovey* et les outils d'intelligence artificielle permettent de faciliter cette récolte de données, mais non encore à moindres coûts<sup>2447</sup>. Le coût d'une *second request* atteignait selon une étude de 2014 une valeur médiane de 4,3 millions de dollars, le montant le plus bas étant de 2 millions de dollars et le plus haut, 9 millions de dollars<sup>2448</sup>. La conformité aux demandes de la FTC ou du DOJ, doit être en principe « substantielle », ce qui signifie que les parties ont l'obligation de fournir tous les documents requis, mais que par exception, des discussions avec l'agence en charge<sup>2449</sup> peuvent permettre de circonscrire le contrôle.

La Section 15 U.S.C 18 a), encadre le pouvoir discrétionnaire des agences en la matière, en obligeant la désignation d'un haut fonctionnaire qui n'a pas de responsabilité directe dans l'examen pour recevoir et entendre les contestations déposées par les parties afin de détermi-

---

<sup>2445</sup> (traduction personnelle) Voir, H. VEDOVA (Bureau of Competition, FTC), Making the Second Request Process Both More Streamlined and More Rigorous During this Unprecedented Merger Wave, 28 septembre 2021, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/enforcement/competition-matters/2021/09/making-second-request-process-both-more-streamlined-more-rigorous-during-unprecedented-merger-wave>.

<sup>2446</sup> A. L. WAIT, A. W. EKLUND, Nothing to See Here! Clearing the Deal in the Initial HSR Waiting Period, *The Antitrust Source*, février, Vol. 1, Issue 4, 2019, 1-12 ; K. KAZMERZAK, J. W. LOWE, J. V. CONGLIO, *Antitrust*, Antitrust Covenants in the Spotlight Following Recent Failed Mergers, *Antitrust Magazine*, Vol. 34, N°2, 2020 p. 68-74 ; M. S. BAILEY, The Hart-Scott-Rodino Act : Needing a Second Opinion About Second Requests, *Ohio State Law review*, Vol. 67, pp. 433-468. Une étude menée par l'ABA par questionnaire en 2014 a évalué le coût d'une *second request* à 4,3 millions de dollars par parties et par affaire. Voir, P. BOBERG, A. DICK, Findings from the Second Request Compliance Burden Survey, *The Threshold* (Aba Section Of Antitrust Law Newsletter), 2014, p. 3, disponible en ligne : <https://media.crai.com/wp-content/uploads/2020/09/16164357/Threshold-Summer-2014-Issue.pdf>.

<sup>2447</sup> Ce marché né de la complexification et de la multiplication des données agrégées numériquement est appelé « *ediscovey market* » lorsqu'il s'agit de les produire aux fins d'un contentieux ou d'une procédure de contrôle de concentrations. Les entreprises technologiques offrent des solutions nées de l'IA comme le *natural Langague processing (NLP)* afin de faciliter la délivrance de ces données. Des solutions plus globales sont aussi proposées comme le *design* d'organisation des données. Il soulève ainsi le recul de l'implication du corps des avocats au profit des ingénieurs, comme interface avec les entreprises. Cette participation des entreprises spécialisées en nouvelles technologies intervient aussi sur le marché européen pour les mêmes raisons. La FTC et le DOJ, requiers depuis 2021 la communication « des informations sur la manière dont elle va utiliser les outils de *e-discovey* » avant de les appliquer. Voir, FTC (H. VEDOVA), *Making the Second Request Process Both More Streamlined and More Rigorous During this Unprecedented Merger Wave*, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/enforcement/competition-matters/2021/09/making-second-request-process-both-more-streamlined-more-rigorous-during-unprecedented-merger-wave>.

<sup>2448</sup> P. BOBERG, A. DICK, Findings from the Second Request Compliance Burden Survey, *The Threshold* (ABA Section of Antitrust Law Newsl.), No. 14 Issue 3, at 26, 33 (2014) cité in J.B. JACOBSON, Tackling the Time and Cost of Antitrust Litigation, *Antitrust*, Vol. 32, N° 1, Fall, 2017, p.4.

<sup>2449</sup> FTC (H. VEDOVA), *Making the Second Request Process Both More Streamlined and More Rigorous During this Unprecedented Merger Wave*, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/enforcement/competition-matters/2021/09/making-second-request-process-both-more-streamlined-more-rigorous-during-unprecedented-merger-wave>.

ner, d'une part, « *si la demande d'information ou de matériel documentaire supplémentaire est déraisonnablement cumulative, indûment contraignante ou duplicative* »<sup>2450</sup> ; ou « *si la demande d'informations ou de documents supplémentaires a été substantiellement satisfaite par la personne requérante* »<sup>2451</sup>. Un appel est possible devant le *General counsel*<sup>2452</sup>, qui est le principal responsable et conseiller juridique de la Commission.

La section 15 paragraphe 18 a (g) de l'United States Code dispose ainsi que « *(ii) Internal review procedures for petitions filed pursuant to clause (i) shall include reasonable deadlines for expedited review of such petitions, after reasonable negotiations with investigative staff, in order to avoid undue delay of the merger review process* ». Le paragraphe 18a(e) (2) prévoit une limite à la prolongation de ce délai d'examen qui ne pourra dépasser 30 jours ou 10 jours dans le cas d'une offre publique d'achat, à partir de la réception « *all the information and documentary material required to be submitted pursuant to such a request* ». En l'absence de motivation d'une non-conformité à une demande de production volontaire ou face à une production incomplète, l'autorité administrative en charge pourra requérir devant l'*United States District Court* la mise en conformité des entreprises et prolonger le délai d'attente de 30 jours sauf dans le cas d'offre publique d'achat où le manquement proviendrait de la personne morale acquise. Le juge a la possibilité de prononcer tout *equitable remedy* approprié à la situation<sup>2453</sup>. Une amende civile de 10 000 dollars par jour en cas de manquements à ces demandes pourra être réclamée par une action civile de l'Attorney General<sup>2454</sup>.

Au cours de l'année 2021, 65 *second requests* ont été émises (42 par la FTC et 23 par le DOJ), contre 48 enquêtes au cours de l'exercice 2020 (23 émises par la FTC et 25 émises par le DOJ)<sup>2455</sup>. Le DAMITT<sup>2456</sup> créé par le cabinet d'avocats Dachert en 2015 a établi grâce à

---

<sup>2450</sup> 15 U.S.C. § 18a(e)(1).

<sup>2451</sup> 15 U.S.C. § 18a(e)(1).

<sup>2452</sup> Une conférence entre le demandeur et l'équipe investigatrice est organisée dans les 7 jours ouvrables suivant la réception. Le General Counsel rendra une décision dans les trois jours suivant la conférence. Voir, FTC, *Requests for Additional Information: Appeal Procedure*, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program/hsr-resources/requests-additional-information-appeal-procedure>.

<sup>2453</sup> 15 U.S.C. § 18a(g)(2)(A)(B). Voir, *Complaint FTC v. Third Point Offshore Fund LTD*, Case 1:19-cv-02593, (D.D.C. 28/08/2019), disponible en ligne : [https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/181\\_0087\\_tp\\_complaint.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/181_0087_tp_complaint.pdf).

<sup>2454</sup> 15 U.S.C. § 18a (g)(1).

<sup>2455</sup> FTC-DOJ, Hart Scott Rodino Report, 44<sup>e</sup> 2021, publié le 10 février 2023.

<sup>2456</sup> Antitrust Merger Investigation Timing Tracker (DAMITT) est une étude trimestrielle réalisée par le cabinet d'avocats Dechert LLP. Le DAMITT ne rend compte que des enquêtes américaines et européennes « significatives » selon leur définition. Ne sont prises en compte que les affaires aboutissant soit à une mesure corrective de phase I, soit à l'adoption d'une mesure corrective de phase II dans l'Union européenne, soit une pro-

des données publiques que la durée moyenne était de 15,4 mois en 2022<sup>2457</sup>. La FTC et le DOJ ont annoncé vouloir rendre le processus de 2<sup>e</sup> demande plus rigoureux et ouvrir leur analyse à une « plus large éventail de réalités pertinentes de marché, notamment au regard du marché du travail »<sup>2458</sup>.

### 3. Les accords et remèdes

Les accords et remèdes constituent l'un des éléments essentiels de la procédure *ex ante*. Ils permettent d'introduire de la souplesse dans la procédure administrative et d'autoriser des concentrations qui ne pourraient l'être sans aménagement préalable à l'opération<sup>2459</sup>. Le contrôle des concentrations qui suit de manière endogamique l'application des préceptes de la rationalité managériale, a l'obligation « *de coller au réel* », selon l'expression du professeur Jacques Chevallier, nécessitant des « *ajustements incessants* »<sup>2460</sup> aux résultats de l'analyse substantielle de la transaction, ce que les remèdes ou engagements peuvent rendre possible, surtout lorsque les concentrations ont « des effets statiques » et « dynamiques » contradictoires : en restreignant la concurrence par les prix, mais en favorisant les investissements en recherche et développements<sup>2461</sup>. Les problèmes de concurrence sont alors éliminés tout en permettant de réaliser d'importants gains d'efficacité.

Les remèdes ont joué dès les origines de la loi Clayton aux États-Unis, un rôle prépondérant. La négociation de remèdes constitue en effet l'issue la plus courante de la procédure en *second request* et parfois au-delà<sup>2462</sup>. Les États-Unis ont reçu de 2011 à 2021 la notification de 18 239 transactions<sup>2463</sup>. Parmi celles-ci, 233 affaires ont été réglées par un accord formel de

---

procédure mise fin par un *consent order*, le dépôt d'une requête judiciaire pour empêcher la concentration, un abandon des parties ou une clôture effectuée par déclaration officielle. Est alors mesurée la durée de ces enquêtes « significatives ». Cet outil a été créé orienté vers les entreprises.

<sup>2457</sup> Voir, <https://www.dechert.com/knowledge/publication/2022/7/damitt-q2-2022--is-merger-enforcement-taking-a-conservative-turn.html>.

<sup>2458</sup> (traduction personnelle), FTC (H. VEDOVA), *Making the Second Request Process Both More Streamlined and More Rigorous During this Unprecedented Merger Wave*, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/enforcement/competition-matters/2021/09/making-second-request-process-both-more-streamlined-more-rigorous-during-unprecedented-merger-wave>.

<sup>2459</sup> Voir en général, F. LEVÊQUE, H. SHELANSKI (sous la direction de), *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*, Edward Elgar, 2003.

<sup>2460</sup> J. CHEVALLIER, La juridicisation des préceptes managériaux, *Politiques et management publics*, Vol. 11, N° 4, 1993, p.19

<sup>2461</sup> OECD, *Merger control in dynamic markets*, 2020, p. 31.

<sup>2462</sup> J. SIMS, M. MCFALLS, Negotiated Merger Remedies : How Well Do They Solve Competition Problem ?, *Georges Washington Law reviews*, Vol. 69, 2001, p. 931.

<sup>2463</sup> Voir, les statistiques cumulés des années 2011 à 2021 publiés par la FTC *in.*,

restructuration (*settlement*) qui peut être conclu à tout moment de la procédure *ex ante*, par *consent decree* ou *consent order*<sup>2464</sup>. Au cours de la même période, la Commission européenne a traité 3776 affaires<sup>2465</sup>, 182 d'entre elles ont fait l'objet d'engagements en phase I ou en phase II<sup>2466</sup>.

Il semble que chacun des systèmes, accusatoire/judiciaire ou administratif/intégré incite par leurs mécanismes propres, les parties à privilégier la négociation plutôt que l'affrontement judiciaire<sup>2467</sup>.

Politique qui, pour le DOJ pourrait s'inverser. Au cours de la 70<sup>e</sup> rencontre annuelle sur la concurrence sise à Washington D.C, organisée par l'*American Bar Association*, Jonathan Kanter<sup>2468</sup>, Assistant Attorney General à la direction de l'Antitrust Division, conclu qu'il pourrait chercher à « *faster access to the courts* » dans certaines affaires où la conclusion de

---

<sup>2464</sup> Seules les transactions notifiées sont ici incluses. Le système américain permet le contrôle d'opérations en dehors du cadre de la procédure HSR. Voir, FTC/DOJ, Hart-Scott-Rodino Annual Report, Fiscal Year 2020, Forty-third Annual report, disponible en ligne : [https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/hart-scott-rodino-annual-report-fiscal-year-2020/fy2020\\_-\\_hsr\\_annual\\_report\\_-\\_final.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/hart-scott-rodino-annual-report-fiscal-year-2020/fy2020_-_hsr_annual_report_-_final.pdf).

<sup>2465</sup> Ce nombre représente la somme des affaires effectivement traitées par la Commission *i.e.*, le nombre de notifications soustrait des opérations retirées et des renvois aux États membres en vertu des articles 4(4) et 9 du règlement, additionnée des renvois à la Commission au titre des articles 4(5) et 22 du Règlement 139/2004 sur la période allant de 2011 à 2021, voir le tableau des statistiques publiées par la Commission européenne mise à jour chaque mois et disponible en ligne : [https://competition-policy.ec.europa.eu/mergers/statistics\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/mergers/statistics_en).

<sup>2466</sup> *Idem*.

<sup>2467</sup> Le professeur Andreea Cosnita-Langlais soutient que d'un point de vue économique, le choix du mode d'action optimale pour les autorités de concurrence dépend de deux paramètres principaux : la qualité de l'examen *ex ante* par les autorités de concurrence et l'impact des remèdes sur la conception *ex ante* de l'opération de concentration. En effet, la concentration n'améliore le bien-être que si des gains d'efficacité peuvent être dégagés. Les autorités de concurrence doivent prendre en principe en compte de tels gains d'efficacité. Néanmoins cela n'est pas toujours le cas. Elle dégage ainsi trois régimes d'application possible. Dans un premier cas, la décision dépend à la fois des gains d'efficacité et des remèdes proposés par les parties. Selon Andreea Cosnita-Langlais, ce régime encourage les parties à révéler *a priori* les informations sur les gains d'efficacité. L'autorité de concurrence n'aura probablement pas à fournir d'efforts pour la conception et la négociation de remèdes, mais pourra y recourir en cas de concentration anticoncurrentielle avérée. Dans le deuxième régime, seuls les gains d'efficacité perçus au cours de l'examen de contrôle *ex ante* sont pris en compte. Les entreprises ne peuvent pas proposer de remèdes. Les parties seront alors poussées à proposer des concentrations dégageant des gains d'efficacité. Ce type de régime est pour l'auteur optimal si elle possède un excellent niveau d'information sur l'opération projetée. Enfin, le troisième régime convient aux situations dans lesquelles les autorités de concurrence ne disposent pas d'une qualité d'information optimale. Ainsi, quelle que soit l'existence de gains d'efficacité, les entreprises sont contraintes de fournir des remèdes pour l'approbation de leur concentration. C'est ce dernier régime qui, préviendrait tous les types d'erreurs. Voir, C. A. COSNITA-LANGLAIS, Enforcement of Merger Control : Theoretical Insights for Its Procedural Design, *Revue économique*, Hors-Série : Nouveaux regards en économie et politique de concurrence, Sciences-Po University Press, Vol. 67, février 2016, p. 48.

<sup>2468</sup> Jonathan Kanter a été confirmé au poste Assistant Attorney General à l'Antitrust Division (DOJ) par le Congrès le 16 novembre 2021. L'Attorney General, Thurman Arnold (1938-1943) avait 84 années auparavant fait un constat similaire en liant son ineffektivité dans l'application du droit de la concurrence par le DOJ et un trop grand recours au *consent decree*. Voir, *infra* (p.).

remèdes et accords ne pourrait être que « *flimsy* » et « *risky* »<sup>2469</sup>. Le DOJ déclare ne pas voir d'intérêt pour les parties de « *wait a year or two* » de se conformer à une *second request*<sup>2470</sup>. La *Deputy Assistant Attorney General* Doha Mekki a annoncé qu'ils ouvraient la voie à la contestation des fusions avant l'ouverture de secondes demandes afin d'empêcher les parties de se livrer à un « *regulatory arbitrage* » en donnant la priorité aux examens des agences internationales plutôt qu'au DOJ<sup>2471</sup>.

Que les parties se placent aux États-Unis ou dans l'Union européenne, les types de remèdes offerts sont les mêmes, bien qu'une tendance à l'ingénierie dans leur conception complexifie leur recours et leur contrôle<sup>2472</sup>. Ils pourront s'engager soit par la conclusion de remèdes comportementaux<sup>2473</sup> soit par des remèdes structurels ou encore par des composants hybrides des deux précédentes formes<sup>2474</sup>. Les mesures correctives structurelles consistent en des engagements sur l'agencement et la composition des entreprises ou par des mesures de cession où les entreprises vendent une partie de leurs actifs à un ou plusieurs tiers<sup>2475</sup>. Il est le

---

<sup>2469</sup> J. KANTER, Assistant Attorney General, 70th ABA Antitrust Law Spring Meeting, Agency Update with the Department of Justice (6 April 2022), disponible en ligne : <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-jonathan-kanter-delivers-opening-remarks-2022-spring-enforcers>.

<sup>2470</sup> Le DOJ pourrait donc orienter sa politique en termes de remèdes vers le deuxième type de régime dérogé par Andreea Cosnita-Langlais dans l'article précité.

<sup>2471</sup> Doha Mekki avance avoir déjà utilisé ce type de pression sur une opération qui a conduit les parties à abandonner leur transaction. Voir. B. KOENIG, DOJ Willing To Challenge Mergers Before Investigations End, *Law360*, 6 avril 2022, <https://www.law360.com/articles/1481559/doj-willing-to-challenge-mergers-before-investigations-end> (article sous abonnement).

<sup>2472</sup> L. IDOT, C. MOMÈGE, Le rôle clef des engagements en matière de contrôle des concentrations : réflexions sur l'évolution de la pratique », *Revue Lamy droit des affaires*, suppl., avril 2001, p. 5.

<sup>2473</sup> Les remèdes comportementaux sont aussi appelés « non structurels » par exemple dans la Communication de l'Union européenne, ou par la FTC. Le DOJ parle de « *conduct relief* ». Voir, European Commission, *Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004*, (2008/C 267/01) ; DOJ, *Merger Remedies Manual*, 2020 ; FTC, *Merger Remedies* 2012.

<sup>2474</sup> U.S., et al. v. Ticket master Entertainment, Inc. et al., Case : 1:10-cv-00139, (DDC, 2010), <https://www.justice.gov/atr/case/us-et-al-v-ticketmaster-entertainment-inc-et-al> et General Electric/Alstom, affaire M.7278, décision de la Commission du 08/09/2015, [https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7278\\_6808\\_3.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7278_6808_3.pdf).

<sup>2475</sup> Ces cessions peuvent comprendre des actifs corporels et incorporels constituant un ensemble autonome viable, où ne concerner que certains éléments d'actifs (installation industrielle, laboratoire, personnels etc.). Les autorités de concurrence veillent à ce que la situation concurrentielle soit rétablie par ces cessions à la suite de la fusion. Voir par exemple pour une *joint-venture* : Case M.7758-*Hutchison 3g Italy/ Wind / Jv*, 1.9.2016, C(2016) 5487. En septembre 2016, la Commission européenne a autorisé sous conditions la création d'une *joint-venture* entre les quatrièmes et troisièmes plus grands opérateurs de réseaux mobiles italiens. Face aux préoccupations de la Commission européenne, les parties se sont engagées à céder suffisamment d'actifs pour permettre à un quatrième opérateur de réseau mobile d'entrer sur le marché italien. Voir, pour la FTC : *In the Matter of Medtronic plc, a public limited company; Medtronic, Inc., a corporation; and Intersect ENT, Inc., a corporation*, FTC Matter/File Number 211018, Docket Number C-4763, 30 juin 2022. Medtronic, s'est obligé à céder une filiale clé de l'entreprise Intersect comme condition d'acquisition de cette entreprise ; United States Of America, State Of New Hampshire, vs., Harvard Pilgrim Health Care, Inc., And Health Plan Holdings, Inc, 14 décembre 2020. Le *consent decree* du DOJ et de l'État du New Hampshire, exigeait que Harvard Pilgrim et

remède favorisé par les autorités de concurrence européenne et américaine, car il est presque instantané<sup>2476</sup>, efficace et ne demande pas de surveillance de leur part<sup>2477</sup>. Au contraire des remèdes comportementaux qui visent à réglementer le comportement des entreprises qui fusionnent par des obligations de faire ou de ne pas faire des comportements allant à l'encontre de leurs intérêts économiques<sup>2478</sup> et devant donc faire l'objet de contrôle à long terme<sup>2479</sup>.

---

Health Plan Holdings cèdent Tufts Health Freedom Plan, l'activité d'assurance maladie commerciale de Health Plan Holdings dans le New Hampshire pour pouvoir fusionner.

<sup>2476</sup> Les remèdes structurels ont leurs propres limites notamment selon les professeurs Katz et Shalanski dans le choix stratégique de cessions des droits de propriété intellectuelle, Voir, M. KATZ, and H. SHELANSKI, Mergers and Innovation, *Antitrust Law Journal*, Vol. 74/1, 2007, p.11, disponible en ligne : [http://www.gis.larsen.org/pdf/lecture4\\_Katz\\_Shalanski\\_Mergers\\_Innovation\\_Final.pdf](http://www.gis.larsen.org/pdf/lecture4_Katz_Shalanski_Mergers_Innovation_Final.pdf). Il peut être difficile de trouver un acquéreur intéressé possédant les fonds suffisants. Voir en général, OCDE, Remedies in Merger Cases, 2011, disponible en ligne : <https://www.oecd.org/daf/competition/RemediesinMergerCases2011.pdf> ; Voir aussi l'étude rétrospective publiée par la FTC montrant l'efficacité des mesures correctives structurelles : FTC, The FTC's Merger Remedies 2006-2012 A Report of the Bureaus of Competition and Economics, Janvier 2017, disponible en ligne : [https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/ftcs-merger-remedies-2006-2012-report-bureaus-competition-economics/p143100\\_ftc\\_merger\\_remedies\\_2006-2012.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/ftcs-merger-remedies-2006-2012-report-bureaus-competition-economics/p143100_ftc_merger_remedies_2006-2012.pdf). À comparer avec, J. KWOKA, *Mergers, Merger Control, and Remedies, A Retrospective Analysis of U.S. Policy*, The MIT Press, 2015, dont les résultats sur l'efficacité des remèdes négociés sont plus mitigés. Voir, la réplique des économistes de la FTC, Michael Vita et F. David Osinski, critiquant les données utilisées, la méthodologie et les conclusions de Kwoka, in, M. VITA, F. D. OSINSKI, John Kwoka's Mergers, Merger Control, and Remedies: A Critical Review, *Antitrust Law Journal*, Vol. 82, Issue 1, 2018, p.361, disponible en ligne : [https://www.ftc.gov/system/files/documents/biographies/michael-g-vita/10\\_vita\\_osinski\\_alj\\_82-1\\_final\\_pdf.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/biographies/michael-g-vita/10_vita_osinski_alj_82-1_final_pdf.pdf). Voir l'article en duplique de John Kwoka en 2019, in., J. KWOKA, Mergers, Merger Control, And Remedies: A Response To The Vita-Osinski Critique, *Antitrust Law Journal*, Vol. 82, Issue 2, 17 avril 2019.

Celle de la Commission européenne est un peu plus ancienne. European Commission, Directorate-General for Competition, *Merger remedies study : public version*, Publications Office, 2006, disponible en ligne : <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/f7587298-1d1f-4396-8cca-4735b7efab97/language-en>.

<sup>2477</sup> Selon les lignes directrices de la Commission européenne « *Accordingly, commitments which are structural in nature, such as the commitment to sell a business unit, are, as a rule, preferable from the point of view of the Merger Regulation's objective (...)* ». Voir, European Commission, Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004, (2008/C 267/01), point 17. Aux États-Unis, « *Most merger cases involve horizontal mergers, and the Commission prefers structural relief in the form of a divestiture to remedy the anticompetitive effects of an unlawful horizontal merger* ». Voir, FTC, Merger Remedies 2012, p. 5. Pour le DOJ, « *Structural remedies are strongly preferred in horizontal and vertical merger cases because they are clean and certain, effective, and avoid ongoing government entanglement in the market. A carefully crafted divestiture decree is 'simple, relatively easy to administer, and sure' to preserve competition* ». United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co., 366 U.S. 316, 331 (1961); California v. Am. Stores Co., 495 U.S. 271, 280-81 (1990).

<sup>2478</sup> Beaucoup de remèdes comportementaux consistent en des accès à des ressources laissés aux concurrents (des infrastructures de réseaux, à une technologie ou une ressource), Dans une affaire Ticketmaster Entertainment, les parties ont convenu d'accorder une licence pour une copie de leur logiciel de billetterie à deux concurrents pendant cinq ans. Cette mesure corrective permettait aux concurrents d'offrir un système de billetterie plus attrayant, renforçant la concurrence à court et à long terme. Voir, U.S., et al. v. Ticket master Entertainment, Inc. et al., Case : 1:10-cv-00139, (DDC, 2010), <https://www.justice.gov/atr/case/us-et-al-v-ticketmaster-entertainment-inc-et-al>.

<sup>2479</sup> Les mesures correctives comportementales sont plus flexibles que les remèdes structurels et peuvent s'adapter plus facilement aux dynamiques du marché. Les autorités de concurrence incluent des clauses de révisions selon des paramètres prédéterminés. F. BURE, L. BARY, Disruptive Innovation and Merger Remedies: How to Predict the Unpredictable ?, *Concurrences*, N° 3, 2017, pp. 1-9, disponible en ligne : <https://www.concurrences.com/fr/review/issues/no-3-2017/articles/disruptive-innovation-and-merger-remedies-how-to-predict-the-unpredictable-84408>.

Les procédures et les usages ne sont pas unifiés aux États-Unis, chacune des agences possède des lignes directrices propres en fonction de leurs caractéristiques institutionnelles. La Commission européenne (c) et la FTC (b) jouissent du pouvoir d'approbation unilatérale d'une mesure corrective alors que le Department of Justice doit rechercher une « homologation » judiciaire (a).

### a. La conclusion d'accords et remèdes devant le DOJ

À mesure de l'écoulement de la période de *second request*, le *Department of Justice*, autorité de concurrence, mais aussi autorité de poursuite, récolte les preuves nécessaires à la préparation d'une éventuelle action d'interdiction de la concentration devant le juge judiciaire.

Face à cette probabilité, les parties peuvent entrer en négociations avec les équipes de l'Antitrust division à tout moment de l'instruction de l'opération de concentration pour négocier un *consent decree*<sup>2480</sup> et même au-delà<sup>2481</sup>. Le DOJ a une longue tradition dans la pratique puisque dès 1906 il en avait déjà fait l'usage dans l'affaire *United States vs. Otis Elevator Company*<sup>2482</sup>. Suivant la logique juridictionnelle qui s'applique au DOJ et qui encadre son action, le Tunney Act de 1974 confia au juge le rôle de mener la procédure dans l'intérêt public avant d'accorder une validation (*approval*) au *settlement*<sup>2483</sup>. Pour cela et dans un but de transparence, les éléments au fonds justifiant la conclusion du *consent agreement* seront exposés (*disclosed*) au juge et le projet soumis aux commentaires du public pendant une période d'attente de 60 jours<sup>2484</sup> avant le rendu de la décision de la *court*<sup>2485</sup>. La démonstration repose

---

<sup>2480</sup> Les lignes directrices publiées par le DOJ définissent le *consent decree* comme « *an agreement between the Division and defendants that is filed publicly in federal district court and, upon entry, becomes a binding court order* ». Voir, DOJ, Merger Remedies Manual, 2020, p.1. La nature du *consent decree* est donc mixte, il est à la fois un contrat passé entre les parties et le DOJ, qui les engagent mutuellement, l'un à ne pas poursuivre la concentration (sauf pour des pratiques anticoncurrentielles ultérieures), les autres à exécuter leurs obligations selon les termes de l'accord et un acte judiciaire, car il fait l'objet d'un examen puis d'une validation par le juge qui lui donne sa force contraignante.

<sup>2481</sup> Voir *supra*. La pratique du « *litigating to fix* » par laquelle les entreprises réservent la présentation des remèdes au juge judiciaire afin d'apparaître concéder des mesures correctives. Cette technique a prospéré dans un cas récent, T-Mobile/Sprint, où les parties ont pu démontrer au juge qu'elle pouvait créer un troisième opérateur concurrent Dish, Voir, *State of New York v. Deutsche Telekom*, No. 19-5434, Decision and order, at 110 (S.D.N.Y. Feb. 11, 2020).

<sup>2482</sup> Washington Government Printing Office, Decrees and Judgements in Federal Antitrust Cases. July 2, 1890—January 1, 1918, 1918, p. 107.

<sup>2483</sup> *Antitrust Procedures and Penalties Act*, appelé « Tunney Act » du 21 décembre 1974, P.L.93-528, 88 Stat. 1706 (1974), codifié au 15 U.S.C. § 16 (e). Les dispositions du Tunney Act s'appliquent à tous les accords civils en matière de concurrence que peut conclure le DOJ. IL n'est pas appliqué aux décisions de ne pas poursuivre une concentration.

<sup>2484</sup> En vertu du titre 15 U.S.C. § 16(C), les formalités de publicités doivent intervenir dans des journaux communément dans le district où l'affaire est traitée, au moins 60 jours avant la date du jugement fixé par le

largement sur le DOJ qui doit compléter le *Competitive Impact Statement* (CIS ci-après) qui détaille les tenants et les aboutissants de l'affaire pour le juge et le public<sup>2486</sup>.

Après la période de commentaires publics, le tribunal peut approuver le règlement proposé<sup>2487</sup> s'il estime qu'il est dans l'intérêt public. Dans le cadre, la portée de l'examen du tribunal se limite à s'assurer que le *consent decree* proposé est une « *reasonably adequate remedy [y] for the alleged harm* » contenu dans la plainte<sup>2488</sup>. L'examen du juge en *equity*<sup>2489</sup>, vérifie l'absence d'abus de pouvoir et de *failure to discharge duties* qui correspond à une faute grave d'une autorité dans l'accomplissement de ses obligations<sup>2490</sup>. Il est tenu d'apprécier toutefois l'adéquation des remèdes au regard des violations alléguées, les dispositions relatives à leurs exécutions et à leurs modifications, leurs durées, la clarté des engagements envisagés et les effets projetés. Le juge examine aussi l'impact sur le public et les tiers alléguant un préjudice<sup>2491</sup>.

Les tiers intéressés sur autorisation de la cour peuvent avoir une participation active durant les audiences, « *by reviewing the pertinent documents, examining witnesses, filing briefs and requesting that the court take testimony of government officials or expert witnesses* »<sup>2492</sup>.

La procédure d'examen du Tunney Act n'est donc pas une simple formalité pour le DOJ et les parties à la concentration<sup>2493</sup>. En 2019, les remèdes négociés lors du rachat CVS/Aetna ont vu

---

tribunal, pour une durée de 7 jours sur une période de deux semaines. Le DOJ formule des réponses individualisées dans les dix jours sur le *Federal Register*. Voir, Department of Justice, Manual Antitrust Division, 5th Edition, page IV-54 (en révision au ).

<sup>2485</sup> 15 U.S.C. § 16(b).

<sup>2486</sup> 15 U.S.C. § 16(b)–(h). Voir par exemple, Competitive Impact Statement at 14, *United States v. Dairy Farmers of America, Inc.*, No. 1:20-cv-02658, (E.D. Ill. 2020), disponible en ligne : <https://www.justice.gov/atr/case-document/file/1279541/download>.

<sup>2487</sup> Pour des rejets de mesures correctives par le juge judiciaire voir, *United States v. Microsoft Corp.*, 56 F.3d (D.C. Cir. 1995) ; *United States v. Thompson Corp.*, No.96-1415,1997, WL 90992 (D.D.C.Feb.27,1997).

<sup>2488</sup> *United States v. Iron Mountain, Inc.*, 217 F. Supp. 3d 146, 152-53 (D.D.C. 2016) (citant *United States v. Newpage Holdings, Inc.*, 2015 WL 9982691, au \*7).

<sup>2489</sup> Le juge peut ordonner dans ce cadre des mesures supplémentaires. Dans l'affaire Comcast/NBC, le juge Leon a requis pour s'assurer de l'effectivité du *consent decree*, l'organisation d'audiences et de rapports annuels pendant deux ans ; voir, *United States v. Comcast Corp.*, 808 F. Supp.2d145,147–48(D.D.C.2011).

<sup>2490</sup> *United States v. Microsoft Corp.*, 56 F.3d (D.C. Cir. 1995), 149-150.

<sup>2491</sup> 15U.S.C.§16(b)–(d). *United States v. Microsoft Corp.*, 56 F.3d 1448, 1461-62 (D.C. Cir. 1995).

<sup>2492</sup> W. V. LUNEBURG, T. M. SUSMAN, *The Lobbying Manual : A Complete Guide to Federal Law Governing Lawyers and Lobbyists*, American Bar Association Ed., 3d Ed., 2005p. 298 ; L. M. FRANKEL, *Rethinking the Tunney Act: A Model for Judicial Review of Antitrust Consent Decrees*, *Antitrust Law Journal*, N° 75, 2008, p.549.

<sup>2493</sup> L'*U.S District Court du District of Columbia* avait refusé d'avaliser le *decree* proposé par le DOJ jugeant les infractions alléguées lacunaires et redéfinissant au-delà les pratiques anticoncurrentielles de Microsoft. Ce conflit, a mené le Congrès à préciser le rôle du juge judiciaire dans l'application du Tunney Act en 2004, en intégrant l'évaluation de l'impact concurrentiel des remèdes et engagements comme critère d'appréciation essen-



s'exprimer une forte opposition, conduisant le juge Richard Leon de la *district court* du *district of Columbia*, à permettre pour la première fois la tenue d'une audience probatoire avec témoins pour déterminer si le *consent decree* était d'intérêt du public, rallongeant fortement les délais de la conclusion de la concentration, dont les remèdes furent finalement autorisés<sup>2494</sup>.

### 1) La pratique du *fix-it-first*

Les contraintes du Tunney Act a pu inciter le DOJ à recourir à des alternatives comme l'arbitrage, utilisé pour la première (et unique fois) en 2020<sup>2495</sup> et une pratique plus commune appelée « *fix-it first* »<sup>2496</sup>, où les parties sont invitées à restructurer leur transaction si des problèmes de concurrence ont été soulevés au cours de la procédure du contrôle. La transaction n'ayant pas été conclue, il n'est pas nécessaire de déposer une demande de *consent decree* devant les juridictions judiciaires<sup>2497</sup>.

Pour être efficaces, les parties doivent élaborer leurs remèdes en concertation avec les équipes antitrust, sinon à supporter le risque d'un rejet total ou partiel du projet par l'autorité de concurrence, malgré les ressources engagées<sup>2498</sup>. Le *fix-it-first* ne peut consister qu'en des mesures correctives structurelles et doit éliminer entièrement la menace du dommage concurrentiel, dès lors les simples engagements à ne pas faire ne sont pas pris en compte<sup>2499</sup>. La crainte réside dans l'asymétrie d'informations où les parties pourraient être tentées selon l'expression

---

tielle de l'intérêt public. Voir, Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004, PUB. L. NO. 108-237, tit. II, § 221, 118 Stat. 665 (2004).

<sup>2494</sup>United States And Plaintiff States V. Cvs Health Corp., And Aetna, Inc., voir : <https://www.justice.gov/atr/case/united-states-and-plaintiff-states-v-cvs-health-corp-and-aetna-inc>.

<sup>2495</sup> Voir *supra*.

<sup>2496</sup> Voir par exemple, U.S. Department of Justice (Antitrust Division), Justice Department Requires Divestitures in Order for BB&T and SunTrust to Proceed with Merger (8 novembre 2019), disponible en ligne : <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-requires-divestitures-order-bbt-and-suntrust-proceed-merger#:~:text=The%20Department%20of%20Justice%20announced,BB%26T's%20proposed%20merger%20with%20SunTrust.>

<sup>2497</sup> Le Tunney Act qui organise la procédure de *consent decree* ne vise que « *[a] proposed consent judgment submitted by the United States for entry in any civil proceeding brought by or on behalf of the United States under the antitrust laws* ». Voir, 5 U.S.C. § 16(b).

<sup>2498</sup> La FTC prévient les entreprises qu'une action unilatérale de leur part est à leur risque et péril : <https://www.ftc.gov/enforcement/competition-matters/2019/06/unpacking-divestiture-packages>.

<sup>2499</sup> Les lignes directrices donnent l'exemple, de parties renonçant à l'application de clauses de non-concurrence. Le DOJ précise que le *fix-it first* ne doit pas faire l'objet de mesures de surveillance de l'autorité publique. Voir, DOJ, Merger Remedies Manual, 2020, p.17.

de l'ancien commissaire Thomas Rosch, « *gives up the sleeves out of the respondent's vest* »<sup>2500</sup>.

Il s'agira le plus souvent pour les entreprises de céder une filiale, une division ou des actifs spécifiques de l'une ou des deux parties à la concentration<sup>2501</sup>. L'administration doit alors vérifier l'adéquation de ces mesures par des moyens d'instructions afin d'avoir une vision optimale des marchés en cause et des effets de ces mesures sur la concurrence. Si elles sont acceptées, l'autorité de concurrence publiera une *early termination notice* si celle-ci intervient lors de la *second request*<sup>2502</sup>.

La pratique du *fix-it first* ne semble pas avoir été formalisée par la FTC. Les lignes directrices sur les remèdes publiées en 2020<sup>2503</sup> sont silencieuses et semble d'abord dépendre de l'initiative des parties<sup>2504</sup>.

## **b. La conclusion de remèdes devant la FTC**

La conclusion de remèdes prend une forme administrative au sein de la FTC. Les négociations sont menées par le *Bureau of Competition* et le *Bureau of Economics* et peuvent être proposés à tout moment de la procédure *ex ante*. Lorsque le projet de *consent order* (*proposed consent order*) est achevé, il est renvoyé au *board* des Commissaires pour révisions<sup>2505</sup>. Les parties reconnaissent « *all jurisdictional facts and an express waiver of the requirement that the Commission's decision contains a statement of findings of fact and conclusions of law* ». Les parties s'engagent à renoncer à contester l'*order*<sup>2506</sup> une fois émis.

---

<sup>2500</sup> De l'expression anglaise « *sleeves out one's vest* ». Dans ce cas, les parties acceptent de céder ou d'accorder des licences / brevets représentant une partie non significative de leurs actifs au regard de la concentration projetée. Voir, J.T. ROSCH, *Consent Decrees: Is the Public Getting Its Money's Worth?*, *Remarks before the XVIIIth St. Gallen International Competition Law Forum*, 7 avril 2011, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/news-events/news/speeches/consent-decrees-public-getting-its-moneys-worth>.

<sup>2501</sup> DOJ, *Merger Remedies Manual*, 2020, p.17.

<sup>2502</sup> La FTC et le DOJ ont décidé de suspendre pour une durée indéterminée le recours aux *early termination notices* afin de contrôler avec rigueur les vagues de notification reçues par les deux autorités. Les deux agences précisent que cet outil est encore applicable au stade de *second request*. Voir, FTC, *HSR Early Termination After a Second Request Issues*, 12 mars 2021, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/enforcement/competition-matters/2021/03/hsr-early-termination-after-second-request-issues>

<sup>2503</sup> DOJ, *Merger Remedies Manual*, 2020, p.17.

<sup>2504</sup> La pratique de la FTC selon Balto, a changé au début des années 1980 acceptant les arrangements en dehors de tout accord formel. Voir par exemple, FTC, *Mediq Informs FTC that It Will Abandon Merger with UHS in Face of Challenge*, Press Release, 22 septembre 1997, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/1997/09/mediq-informs-ftc-it-will-abandon-merger-uhs-face-challenge>.

<sup>2505</sup> 16 C.F.R. §2.31 (a) et (b), disponible en ligne : <https://www.ecfr.gov/current/title-16/chapter-I/subchapter-A/part-2/subpart-C>.

<sup>2506</sup> 16 C.F.R. §2.32, disponible en ligne : <https://www.ecfr.gov/current/title-16/chapter-I/subchapter-A/part-2/subpart-C>.

La FTC insiste sur le caractère collectif de l'élaboration de remèdes. Les parties devant communiquer et renseigner les demandes du *Bureau of competition*. Les commissaires qui voteront *in fine* sur les recommandations du Bureau peuvent poser des questions sur le contenu des remèdes et sur les autres acheteurs proposés, le Bureau devant être en mesure de justifier<sup>2507</sup>.

Après l'acceptation par la FTC de l'*agreement*, l'accord (*consent agreement*) sera publié pour recevoir les commentaires du public pendant une période de 30 jours sur le site internet du *Federal Register*<sup>2508</sup> et sur le site de la FTC<sup>2509</sup>. Contrairement au DOJ, la FTC prend en compte les commentaires,<sup>2510</sup> mais a rarement modifié ou révoqué un *proposed order* sur cette base<sup>2511</sup>. L'équipe devra alors produire un *memorandum* et peut décider de réviser en toute hypothèse les remèdes proposés. La FTC par un vote des commissaires à la majorité n'est pas liée par ses commentaires.

Le *consent order* est en principe définitif et obligatoire pour les parties dès sa conclusion<sup>2512</sup> son traitement et son contrôle sera alors renvoyé à la *Compliance division*. Il est accompagné d'un « *hold separate order* » qui garantit que les actifs faisant l'objet d'une cession resteront hors du champ de la concentration et des parties afin de préserver leur intégrité<sup>2513</sup>. La FTC exige en principe que les remèdes structurels s'effectuent dans un délai de 3 à 6 mois à compter de la date de signature de l'accord préliminaire (*proposed order*) qui précède le *final consent order*<sup>2514</sup>. S'il y a un *buyer up-front*<sup>2515</sup> identifié, les cessions seront requises presque immédiatement après la réalisation de la fusion en question<sup>2516</sup>.

---

<sup>2507</sup>A. ANDRINOPOULOS MINA, FTC Bureau of Competition, Unpacking Divestiture Packages, 13 juin 2019, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/enforcement/competition-matters/2019/06/unpacking-divestiture-packages>.

<sup>2508</sup> Voir par exemple, Notice de la FTC, Broadcom Incorporated; Analysis of Agreement Containing Consent Order To Aid Public Comment, le 09/08/2021.

<sup>2509</sup> Rubrique « submit a public comment » : <https://www.regulations.gov/search?agencyIds=FTC&documentTypes=Notice&sortBy=commentEndDate&sortDirection=desc&withinCommentPeriod=true>.

<sup>2510</sup> Voir, FTC, Frequently Asked Questions About Merger Consent Order Provisions, Q.40, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/advice-guidance/competition-guidance/guide-antitrust-laws/mergers/frequently-asked-questions-about-merger-consent-order-provisions#Crown%20Jewels>.

<sup>2511</sup> Voir, Decision and order, Nestlé Holdings, No. 011-0083 (FTC 8 février 2000) ; Decision and order, The British Petroleum Company, No. 981-0345 (FTC 22 avril 1999).

<sup>2512</sup> 16 CFR 2.32(f), disponible en ligne : [https://www.ecfr.gov/current/title-16/chapter-I/subchapter-A/part-2#p-2.32\(d\)](https://www.ecfr.gov/current/title-16/chapter-I/subchapter-A/part-2#p-2.32(d))

<sup>2513</sup> DOJ, Merger Remedies Manual, 2020, p.27.

<sup>2514</sup> Voir, FTC, Frequently Asked Questions About Merger Consent Order Provisions, Q.29-30, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/advice-guidance/competition-guidance/guide-antitrust-laws/mergers/frequently-asked-questions-about-merger-consent-order-provisions#Crown%20Jewels>.

La violation du *consent order* dans les délais fixés constitue engendrer des sanctions civiles (*civil penalties*) pouvant atteindre 11 000 dollars par jour et par violation, en plus d'autres mesures, aux termes de la Section 5 du FTC Act<sup>2517</sup>. Au-delà des sanctions pécuniaires, sur *order* spécifique un *trustee* pourra être nommé afin de procéder à la cession en lieu et place des parties, y compris les « joyaux de la couronne »<sup>2518</sup> des parties, non pas par punition, mais afin de garantir l'attractivité de la cession<sup>2519</sup>. Pratique qui n'est pas partagée par le DOJ. Après l'avoir en effet, expressément rejeté dans ses lignes directrices de 2004<sup>2520</sup>, le DOJ n'en fait plus aucune mention.

En tout état de cause, face à un manquement avéré aux remèdes structurels, la FTC peut aussi choisir d'accorder un délai aux parties.

### 1) L'usage du *prior approval* comme contrôle adjacent

Dans une notice publiée le 25 octobre 2021, les opérations ayant fait l'objet de *consent orders* pourront intégrer une clause de *prior approval* obligeant les parties à demander à la FTC une autorisation pour toutes les opérations subséquentes sur les marchés concernés (sans obligation de seuil), et parfois sur des marchés plus vastes en fonction des circonstances, pendant au moins dix ans<sup>2521</sup>. Sont évalués un certain nombre de facteurs, notamment la nature de la transaction, le niveau de concentration du marché et la portée de la transaction sur l'augmentation de la concentration du marché, le degré de pouvoir de marché avant la fusion, l'historique d'acquisition des parties et les preuves de la dynamique anticoncurrentielle du marché. Ce *prior approval* peut être demandé quand bien même les parties auraient abandonné une tran-

---

<sup>2515</sup> Le *buyer up-front* est l'acheteur déterminé et accepté par l'autorité de contrôle avant que la cession soit effectuée.

<sup>2516</sup> FTC, Frequently Asked Questions About Merger Consent Order Provisions, Q.29-30, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/advice-guidance/competition-guidance/guide-antitrust-laws/mergers/frequently-asked-questions-about-merger-consent-order-provisions#Crown%20Jewels>.

<sup>2517</sup> 15 U.S.C. § 45(l). Voir, *United States v. Papercraft Corp.*, 540 F.2d 131 (3d Cir. 1976); *United States v. Beatrice Foods Co.*, 344 F. Supp. 104 (D. Minn. 1972).

<sup>2518</sup> Les « *joyaux de la couronne* » correspondent à des actifs spécifiques souvent précieux, intégrés dans le paquet de cessions lorsque les parties n'ont pas trouvé d'acheteur dans le délai requis.

<sup>2519</sup> FTC, *Merger Remedies* 2012, p.20.

<sup>2520</sup> « *Crown Jewel Provisions Are Strongly Disfavored* » ajoutant « *because generally they represent acceptance of either less than effective relief at the outset or more than is necessary to remedy the competitive problem. (...) considered* ». Voir, DOJ, *Antitrust Division Policy Guide To Merger Remedies*, octobre 2004, p.36-37, disponible en ligne : <https://www.justice.gov/atr/page/file/1189221/download>.

<sup>2521</sup> FTC, *Remarks of Chair Lina M. Khan Regarding the Proposed Rescission of the 1995 Policy Statement Concerning Prior Approval and Prior Notice Provisions*, FTC File No. P859910, 21 juillet 2021, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/public-statements/remarks-chair-lina-m-khan-regarding-proposed-rescission-1995-policy-statement-concerning-prior> ; FTC, *Statement Of The Commission On Use Of Prior Approval Provisions In Merger Orders*, 25 octobre 2021, disponible en ligne : [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/1597894/p859900priorapprovalstatement.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1597894/p859900priorapprovalstatement.pdf).

saction. En requérant une approbation préalable auquel la loi ne lui donne pas accès, la FTC exerce à moindres frais un contrôle contraignant sur les entreprises dans le cadre juridique particulier des *consent orders*<sup>2522</sup>. Les entreprises trouveront alors davantage d'intérêts en cas de problème concurrentiel localisé à une zone géographique, de se séparer des actifs correspondants avant leur notification HSR au lieu de recourir au *consent order*. Le DOJ, ne s'est pas joint à la déclaration de la FTC du 25 octobre 2021, mais se donne la possibilité d'y recourir selon les lignes directrices de 2020 « (. . . ) *when there are competitors to the parties whose acquisition would not be reportable under the Hart-Scott-Rodino Act, and when market conditions indicate that there is reason to believe their acquisition may be competitively significant in the wake of the transaction* »<sup>2523</sup>.

### c. La conclusion d'engagements devant la Commission européenne

L'article 6 (2) du Règlement 139/2004 sur les concentrations dispose que,

*« Si la Commission constate que, après modifications apportées par les entreprises concernées, une concentration notifiée ne soulève plus de doutes sérieux au sens du paragraphe 1, point c), elle déclare la concentration compatible avec le marché commun, conformément au paragraphe 1, point b).*

*La Commission peut assortir la décision qu'elle prend en vertu du paragraphe 1, point b), de conditions et de charges destinées à assurer que les entreprises concernées respectent les engagements qu'elles ont pris à son égard en vue de rendre la concentration compatible avec le marché commun ».*

---

<sup>2522</sup> Les premières applications du nouveau système de *prior approval* sont intervenues dans le secteur des cliniques. DaVita spécialisé dans les centres de dialyses, se voyait face à un problème de concurrence dans la ville de Provo en Utah. L'accord contenant le *consent order* oblige l'entreprise DaVita à l'obligation de demander un agrément préalable de la FTC avant toute nouvelle acquisition ou toute nouvelle participation dans une clinique de dialyse sur l'entier territoire de l'Utah pour une durée de 10 ans. Voir, FTC, In the matter of Davita Inc., Total Renal Care, Inc., File No. 211-0013, 10 novembre 2021, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/2110013-davita-inc-total-renal-care-inc-matter>. Les fonds de capitaux investissements sont aussi visés par le dispositif : le 13 juin 2022, les cinq commissaires de la FTC ont approuvé un *consent order* concernant l'acquisition de SAGE Veterinary Partners, par le fonds d'investissement privé JAB Consumer Partners de 55 milliards de dollars dont les investissements se sont récemment étendus aux soins et aux services de santé pour animaux de compagnie (Compassion-First Pet Hospitals et NVA Parent Inc). L'acquisition de SAGE Veterinary Partners, amenait les avoirs de JAB sur le marché des soins aux animaux de compagnie à détenir 100 cliniques spécialisées et d'urgence aux États-Unis. Le *consent order* a requis la cession de cliniques vétérinaires sur plusieurs marchés locaux (Austin, Texas et dans la région de la baie de Californie), mais a ordonné l'approbation préalable de la FTC de toute nouvelle acquisition de JAB dans le domaine de la santé et des services pour animaux de compagnie, quelle que soit sa taille, sa portée ou sa localisation. Voir, In the Matter of, JAB Consumer Partners/VIPW/Ethos Veterinary Health, 29 juin 2022, (pending) ; In the Matter of ARKO Corp ; GPM Investments ; GPM Southeast ; and GPM Petroleum, LLC, a limited liability company, File Number 211 0187 , 9 août 2022 (pending).

<sup>2523</sup> DOJ, Antitrust Division Policy Guide To Merger Remedies, septembre 2020, p.31

C'est la Commission européenne en tant qu'autorité de contrôle qui administre la conclusion des remèdes avec les parties<sup>2524</sup>. Ils sont toutefois en principe à l'initiative et la Commission ne peut les imposer unilatéralement<sup>2525</sup>.

Ces propositions d'engagements peuvent être soumises au cours de la phase I sur le fondement de l'article précité comme en phase II du contrôle administratif, en raison de l'article 8 (2) du Règlement. À la différence du système américain, les équipes de la DG concurrence possèdent déjà aux termes de la prénotification et de la notification, de nombreux éléments d'analyse sur les marchés touchés par la concentration, notamment des chevauchements de marchés dans le cas des concentrations horizontales. Les statistiques de la Commission montrent que les conclusions d'engagements s'opèrent en large majorité lors de la première phase d'examen<sup>2526</sup>, c'est-à-dire lors de la procédure de droit commun au cours des 20 premiers jours ouvrables à compter de la date de notification. Le délai d'examen est alors porté à 35 jours ouvrables pour permettre à la Commission d'examiner les remèdes proposés. En cas de procédure simplifiée, il s'étend de 15 jours à 25 jours<sup>2527</sup>. En proposant des engagements en première phase, les parties évitent d'une part, l'ouverture d'une enquête prolongée en phase II et d'autre part, l'application du critère d'appréciation de la Commission reposant sur « *l'entrave significative à la concurrence effective* » de la phase II<sup>2528</sup>. La Commission examinera la capacité des engagements à lever clairement et sans ambiguïté les « *doutes sérieux* » quant à la compatibilité de la concentration avec le marché intérieur<sup>2529</sup> ou prouver que les engagements proposés sont inadéquats<sup>2530</sup>.

Le Tribunal de l'Union européenne a confirmé dans une affaire du 3 avril 2003, *Babyliiss*, la possibilité pour la Commission d'accepter des engagements au-delà du délai est imposée aux

---

<sup>2524</sup> Voir, Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004, OJ C 267, 22/10/2008.

<sup>2525</sup> Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004, OJ C 267, 22/10/2008, point 6 ; OECD, Remedies in merger cases, p. 233.

<sup>2526</sup> Voir, DG Competition, Competition report, 2022.

<sup>2527</sup> Commission notice on a simplified procedure for the treatment of certain concentrations under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings 2023.

<sup>2528</sup> Article 2(3) du Règlement 139/2004 sur les concentrations.

<sup>2529</sup> Article 10(2) du règlement 139/2004.

<sup>2530</sup> TPICE, 21 septembre 2005, *Energias de Portugal v Commission*, Affaire -87/05, EDP [2005] EU:T:2005:333.

parties<sup>2531</sup>, à condition toutefois que les engagements résolvent entièrement les problèmes de concurrence en étant clairs et complets<sup>2532</sup> et ne demandant pas d'investigations supplémentaires des marchés. Dans l'affaire Airtours/First Choice, au contraire, la Commission a refusé de prendre en considération l'ensemble révisé d'engagements proposés par les parties, car ils avaient été proposés hors délai sans laisser suffisamment de temps à la Commission pour les examiner dans les conditions dictées par l'article 10 (3) du Règlement sur les concentrations<sup>2533</sup>.

Lorsque la conclusion d'engagement n'est pas ou plus possible en phase I, elles pourront être discutées lors de la phase d'approfondissement lors de la communication des griefs. Suivant la même logique identique à la phase I, les parties sont obligées de soumettre leurs propositions d'engagements au plus tard le 65e jour ouvrable après l'ouverture de la procédure de phase II. Si ceux-là interviennent dans les 10 jours ouvrables précédant le 65e jour, le délai global de la procédure de phase II sera de 105 jours ouvrables afin que puissent être consultés les acteurs du marché sur les mesures correctives proposées. Cette consultation ne revient pas à publier comme aux États-Unis les remèdes proposés et les tiers n'ont pas de droit à se voir communiquer les engagements définitifs pour lesquels ils ont été consultés<sup>2534</sup>.

Les parties tentent alors d'éviter l'interdiction. Les remèdes proposés modifieront la concentration afin qu'elle soit compatible. Les engagements acceptés par la Commission seront attachés à la décision de comptabilité en annexe<sup>2535</sup>.

---

<sup>2531</sup> Le jugement précise que « *whilst the parties to a concentration cannot oblige the Commission to take account of commitments and modifications to them submitted after the three-week time-limit for notification prescribed in Article 18(1), the Commission must nevertheless be able, where it considers that it has the time necessary to examine them, to authorise the concentration in light of those commitments, even if modifications are made to them after that time-limit* ». TPICE, 3 avril 2003, Babyliiss/Commission, T-114/02, 2003, point 2, disponible en ligne : [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62002TJ0114\\_SUM&from=DA](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62002TJ0114_SUM&from=DA) ; TPICE, du 3 avril 2003, Royal Philips Electronics NV contre Commission des Communautés européennes, Affaire T-119/02, points 235-241, disponible en ligne : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62002TJ0119>.

<sup>2532</sup> TPICE, du 3 avril 2003, Royal Philips Electronics NV contre Commission des Communautés européennes, Affaire T-119/02, points 235-241, disponible en ligne : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62002TJ0119>.

<sup>2533</sup> Affaire Airtours/First Choice COMP/M.1524 du 22 septembre 1999, point 196. La décision d'incompatibilité sera annulée par le TPICE par un jugement du 6 juin 2002, pour erreur de droit sur la considération de la position dominante collective. Voir, J-M. Thouvenin, L'arrêt Airtours du 6 juin 2002: l'irruption du juge dans le contrôle des concentrations entre entreprises», *RMCEU*, 2002, p.482-485.

<sup>2534</sup> TPICE, 27 novembre 1997, Kaysersberg SA contre Commission des Communautés européennes, Case T-290/94, point 120, disponible en ligne : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:61994TJ0290&from=en#MO>.

<sup>2535</sup> Article 8(2) du Règlement 139/2004 sur les concentrations.

La commission ne connaît pas le remède « *fix-it first* » (*règlement préalable*) tel qu’il est entendu aux États-Unis, où la cession est effectuée parallèlement à la procédure de contrôle. Dans l’Union européenne, si les parties trouvent un acquéreur et signent un accord pour une cession, cet acte sera soumis à la Commission qui pourra donner son aval et rendre une décision d’autorisation conditionnelle assortie des engagements constitués par l’accord contractuel de cession<sup>2536</sup>. La cession ne sera donc pas effectuée *a priori* de la décision d’autorisation fondée sur les articles 6 (2) ou 8 (2) du règlement sur les concentrations. Le *fix-it first* européen correspond donc davantage à un *up-front buyer* américain où l’acquéreur est déterminé dans la conclusion du *consent agreement* et la cession sera effectuée immédiatement après la consommation de la concentration. Il est évident que les parties n’ont aucun gain tactique, même temporel, à céder leurs actions ou actifs avant la décision de la Commission, car celle-ci n’éteindrait par la procédure de contrôle, qui doit rendre une décision de compatibilité de la concentration avec le marché commun dans les délais prévus par le règlement.

L’*up-front buyer* (*acquéreur initial*) européen doit être identifié, mais aucun accord n’est conclu entre le cessionnaire et le cédant<sup>2537</sup>. Contrairement à l’*up-front buyer* américain, la Commission autorisera la concentration avec engagements à la condition que les parties reportent leur concentration jusqu’à l’acceptation d’un acquéreur approprié par la Commission.

Selon Carles Esteva Mosso « *around 45% of the divestitures we accepted were up-front buyer or fix-it-first divestitures. The remaining 55% of divestitures were regular divestitures, meaning the parties could close the main transaction as soon as they obtained the Commission’s clearance decision and they then had to find a suitable purchaser in the months following that clearance decision* »<sup>2538</sup>.

---

<sup>2536</sup> Commission notice on a simplified procedure for the treatment of certain concentrations under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (2023), paragraphe 57 ;OCDE, Remedies in merger cases, European Union, p.240. Carles Esteva Mosso, expose l’exemple de l’acquisition d’Alstom Energy par General Electric, où des cessions dans le secteur des turbines à gaz se sont effectuées par un *fix-it-first* au sens européen du terme. Voir, C. ESTEVA MOSSO (Deputy Director General – Mergers Directorate General for Competition European Commission), *EU merger control: how to remove anti-competitive effects ?*, Discours, Paris, 5th Global Merger Control Conference, 8 décembre 2017, p.7, disponible en ligne : [https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2017\\_23\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2017_23_en.pdf)

<sup>2537</sup> Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004, paragraphes 53-55.

<sup>2538</sup> C. ESTEVA MOSSO (Deputy Director General – Mergers Directorate General for Competition European Commission), *EU merger control: how to remove anti-competitive effects ?*, Discours, Paris, 5th Global Merger Control Conference, 8 décembre 2017, p.7, disponible en ligne : [https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2017\\_23\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2017_23_en.pdf)



Enfin, lorsque l'acquéreur n'est pas identifié, la Commission pourra intégrer une clause dite « joyaux de la couronne » lorsque l'engagement structurel initialement convenu et qui permettait de résoudre entièrement les problèmes de concurrence contient malgré tout un risque de ne pas trouver preneur en raison de l'existence de droit de préemption détenu par des tiers ou diverses autres incertitudes de marché. Aux engagements initiaux, la Commission peut ajouter une cession « subsidiaire » d'actifs aussi attractifs et viables que la première pour attirer les acquéreurs<sup>2539</sup>. On le voit, la mise en œuvre d'une telle clause est bien différente de celle utilisée par la FTC, qui procédera à la vente de *crown jewels* en cas de dépassement des délais contenus dans le *consent order*.

Les parties proposeront généralement la nomination d'un mandataire (*monitoring trustee*) rémunéré par elles, chargé de surveiller le respect par les parties de tout engagement de cession ou autre<sup>2540</sup>. Outre la surveillance des obligations des parties de maintenir la viabilité de l'entreprise avant la vente des actifs, le mandataire chargé du contrôle supervise également le processus de cession et soumet un rapport à la Commission sur l'aptitude de l'acheteur proposé<sup>2541</sup>.

En revanche, les États-Unis ne font appel à des *monitors* que pour contrôler l'application effective des *consent agreements*, ou pour intervenir à la place des parties pour réaliser la cession dès qu'un non-respect des délais est constaté.

En tout état de cause, le non-respect des remèdes par les parties à la concentration autorisée sous conditions constitue une violation. La communication de la Commission sur les mesures correctives tend à distinguer le non-respect des « charges », des « conditions ». Les charges constituant toutes les actions nécessaires à la réalisation du remède. La Commission peut alors infliger par décision des amendes sous astreintes en vertu de l'article 14 (2) d) et de l'article 15 (1) c) du règlement sur les concentrations et révoquer la décision d'autorisation.

Si la condition de l'autorisation de comptabilité n'a pas été exécutée par les parties, la décision d'autorisation est selon la communication, caduque. La Commission pourra prendre toutes « *les mesures provisoires appropriées pour maintenir les conditions d'une concurrence*

---

<sup>2539</sup> Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004, paragraphes 44-45-46.

<sup>2540</sup> Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004, paragraphes 111-112.

<sup>2541</sup> Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/, paragraphe 102.

*effective* »<sup>2542</sup>. Elle pourra ensuite, dans les conditions de l'article 8, paragraphe 4, point b), ordonner toute mesure appropriée pour la dissolution de la concentration concernée ou prendre toutes les mesures visant à rétablir la situation antérieure à la réalisation de la concentration comme dans les cas appliqués aux *gun jumpings* et donc également appliquer des amendes en vertu de l'article 14, paragraphe 2, point d). Les manquements aux conditions des autorisations sont rares, la Commission évalue si la dissolution est possible. Par pragmatisme, les solutions alternatives sont le plus souvent adoptées. C'est le cas récemment dans l'affaire Novaltis qui s'était engagé à céder un actif, malgré plusieurs prolongations du délai de cession<sup>2543</sup>. La Commission refusa une 5<sup>e</sup> prolongation du délai et prononça une décision au titre de l'article 8 (4) du Règlement sur les concentrations, suivi d'une communication des griefs, le jour même où Novaltis finit par céder l'actif en question.

**Conclusion.** Bien que la Commission européenne n'ait que 25 jours, dans les cas complexes pour examiner la dangerosité d'une concentration, contre 30 jours pour les autorités de contrôle américaines, elle détient un plus large nombre d'informations en amont pour identifier les problèmes de concurrence. La FTC et le DOJ, ne peuvent réclamer auprès des parties aucun document complémentaire tant que leur compétence n'a pas été déterminée par le *clearance process*. Parce que dans les premiers moments du contrôle *ex ante*, les autorités de contrôle américaines se consacrent à la même affaire et tentent d'identifier si l'opération justifie l'ouverture d'une enquête approfondie, puis négocier avec l'agence rivale son affectation, *a fortiori* si elle est à fort impact politique et médiatique, ce système laisse moins de temps à un traitement optimal du cas. Confinant selon la Chair de la FTC Lina Khan, « à un examen plus superficiel » des opérations<sup>2544</sup> en phase 1.

## B. Le pouvoir d'action des autorités au sein du contrôle *ex ante*

Les autorités de contrôle peuvent procéder à la prolongation du délai d'examen (1) et

---

<sup>2542</sup> Article 8(5), point b), du règlement sur les concentrations.

<sup>2543</sup> Case M.9076 – NOVELIS / ALERIS, 18/02/2021, points 14-26, disponible en ligne : [https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/202229/M\\_9076\\_8414684\\_5964\\_3.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/202229/M_9076_8414684_5964_3.pdf).

<sup>2544</sup> FTC, Statement of Chair Lina M. Khan Joined by Commissioner Rebecca Kelly Slaughter Regarding the FY 2020 Hart-Scott-Rodino Annual Report for Transmittal to Congress, 8 novembre 2021, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/public-statements/statement-chair-lina-m-khan-joined-commissioner-rebecca-kelly-slaughter-regarding-fy-2020-hart-scott>

mener de véritables enquêtes (2).

### *1. La prolongation du délai d'examen*

**Dans l'Union européenne.** La durée d'examen peut être prolongée en raison d'un manquement par les parties à leur obligation d'information, si celles-ci sont incorrectes ou incomplètes. Le délai de 25 jours ne commencera alors à courir qu'à partir de la réception des informations requises.

La commission a la possibilité de solliciter des informations complémentaires sur simples demandes en vertu de l'article 11 du Règlement 139-2004, à condition de respecter certaines formes, en indiquant « *la base juridique et le but de la demande, précise [r] les renseignements demandés et fixe [r] le délai dans lequel ils doivent être fournis, ainsi que les sanctions prévues à l'article 14 au cas où un renseignement inexact ou dénaturé serait fourni* »<sup>2545</sup>. Le destinataire n'est pas tenu de répondre. En revanche, si les renseignements demandés revêtent une importance stratégique pour l'issue du contrôle, la Commission pourra adresser une décision formelle sur le fondement de l'article 11 paragraphe 3 du Règlement 139/2004, obligeant les parties à répondre dans des délais précis sous peine des sanctions prévues à l'article 14<sup>2546</sup> et 15<sup>2547</sup> du règlement. La réception d'une demande formelle entraînera la suspension du délai d'examen<sup>2548</sup>. Si au cours des demandes de la Commission il apparaît aux parties que leur concentration soulève de sérieux doutes, elles ne pourront pas abandonner la procédure de concentration aussi facilement qu'aux États-Unis. Les entreprises notifiantes devront en effet, prouver « *à la satisfaction de la Commission qu'elles ont abandonné la concentration* »<sup>2549</sup>. Le simple retrait de la notification n'est pas considéré comme suffisant ; des modifications mineures d'une concentration qui ne concerne pas le changement de contrôle ne constituera pas un abandon de la concentration initiale<sup>2550</sup>.

---

<sup>2545</sup> Article 11 (2) du Règlement 139/2004.

<sup>2546</sup> L'article 14 du règlement 139/2004 dispose que la Commission peut par décision imposer des amendes jusqu'à 1% du chiffre d'affaires de l'entreprise en cas de manquement délibéré ou négligence, en fournissant en l'occurrence des informations inexactes, incomplètes ou dénaturées ou en dehors des délais prescrits.

<sup>2547</sup> L'article 15 du règlement 139/2004 prévoit des astreintes « *jusqu'à concurrence de 5% du chiffre d'affaires journalier* ».

<sup>2548</sup> Article 10 (4) du Règlement 139/2004.

<sup>2549</sup> Article 6, 1) c) du Règlement 139/2004.

<sup>2550</sup> Paragraphe 120

**Aux États-Unis.** Au contraire, les États-Unis pratiquent volontiers le « *withdraw and refile process* ». Les agences autorisent les parties à déposer à nouveau leur dossier HSR sans avoir à payer les frais de dépôt<sup>2551</sup> pour renouveler les délais d'examen légaux. Cette re notification intervient à la demande des parties ou sur suggestion des autorités administratives afin d'éviter l'émission d'une *second request*. La FTC et le DOJ disposeront alors d'une période de 30 jours ou de 15 jours supplémentaires à la condition que la concentration ne subisse aucun changement important, sinon des frais de notification devront être versés. Le *withdraw and refile* ne s'appliquera pas si une *early termination notice* a été accordée ou si une *second request* a été ouverte à l'encontre de la concentration.

Après l'ouverture d'une *second request*, la FTC et le DOJ ne disposent que de 30 jours pour décider de contester une transaction, une fois les parties en conformité avec la demande. Pour permettre aux agences d'obtenir plus de temps, un « *timing agreement* » peut être conclu avec les parties afin de prévoir un report de la conclusion de la transaction de 30 à 60 jours après la période d'examen légale sans que les agences déposent de demandes auprès d'une cour. En échange de tels accords, le DOJ et la FTC réduisent en général le volume de renseignements requis<sup>2552</sup>.

## 2. Les pouvoirs d'enquête des autorités de contrôle

**Dans l'Union européenne.** Sous réserve de respecter le principe de proportionnalité dans l'exercice de ses pouvoirs<sup>2553</sup>, la Commission européenne peut comme nous l'avons vu, exiger par simple demande ou sur décision formelle en vertu de l'article 11 du Règlement sur les concentrations, la communication de toute information qu'elle jugera nécessaire pour mettre en œuvre le règlement, et ce, au-delà des documents déjà soumis lors de la notification. Le Tribunal de première Instance de l'Union européenne a confirmé cette exigence au nom de l'efficacité de l'action de l'autorité de contrôle. Les informations doivent impérativement être

---

<sup>2551</sup> C.F.R., § 803.9.

<sup>2552</sup> K. KAZMERZAK, J. W. LOWE, J. V. CONIGLIO, *Antitrust Covenants in the Spotlight Following Recent Failed Mergers*, *Antitrust*, Vol. 34, N° 2, 2020, p. 68-74.

<sup>2553</sup> Selon ce principe « les actes des institutions communautaires ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs poursuivis ». Voir, TPICE, 4 juillet 2006, *easyJet/Commission*, T-177/04, Rec. p. II-1931, point 133, cité *in.*, TUE, 4 février 2009, *Omya /Commission*, T-2009/27, point 34.

correctes et complètes sous peine de se voir infliger une amende au titre de l'article 14 (1) du règlement 139/2004<sup>2554</sup>.

La Commission européenne a sanctionné trois fois au cours des cinq dernières années<sup>2555</sup> la transmission d'informations incorrectes ou trompeuses. La dernière affaire concernait la concentration entre Merck et Sigma Aldrich dont la fusion avait été autorisée sous conditions d'engagements structurels<sup>2556</sup>. Par une décision du 3 mai 2021<sup>2557</sup>, l'entreprise Sigma Aldrich a été sanctionnée par une amende de 7,5 millions d'euros en application de l'article 14 du règlement, pour avoir dissimulé et communiqué des informations tronquées, en omettant l'existence d'une technologie appelée « iCap », étroitement liée à l'activité faisant l'objet des engagements de cession. Ce projet technologique avait été tu lors de deux demandes explicites de la Commission fondées sur l'article 11 (2) du Règlement, mais aussi dans le formulaire final RM soumis en vertu de l'article 20 (1 a) du règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission et le règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission<sup>2558</sup>, dans le but de l'exclure du projet de cession d'actifs.

En 2019, la Commission a prononcé contre General Electric une amende de 52 000 000 d'euros pour avoir enfreint l'article 14 (1) (a) du Règlement 139/2004, et fourni des informations inexacts dans le formulaire de notification CO lors de son opération avec LM Wind.

---

<sup>2554</sup> Article 14(1) du Règlement 139/2004 qui dispose « *La Commission peut, par voie de décision, infliger aux personnes visées à l'article 3, paragraphe 1, point b), et aux entreprises et associations d'entreprises, des amendes jusqu'à concurrence de 1 % du chiffre d'affaires total réalisé par l'entreprise ou association d'entreprises concernées au sens de l'article 5 lorsque, de propos délibéré ou par négligence (...)* » ; La Commission sanctionne alors les informations « incorrectes » ou « trompeuses » dans le sens où, ces informations sont « *à leur connaissance, sincères, exactes et complètes, (...), que toutes les estimations sont présentées comme telles et constituent leurs estimations les plus précises des faits en cause, et que tous les avis exprimés sont sincères.* ». Voir la section 11 de l'Annexe I, du règlement 2023/914, ainsi que le point 5 et l'article 4 du même Règlement. Le délai de prescription des infractions relatives aux concentrations d'entreprises ou aux demandes d'informations est de trois ans, sachant que toute action d'enquête préliminaire concernant l'infraction suspend le délai de prescription en vertu de l'article 2 du Règlement du Conseil 2988/74 du 26 novembre 1974.

<sup>2555</sup> Case M.8228, Facebook/Whatsapp, 17/05/2017, disponible en ligne : [https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8228\\_493\\_3.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8228_493_3.pdf) ; Case M.8436 – General Electric Company / LM Wind Power Holding, 08/04/2019, disponible en ligne : [https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8436\\_627\\_3.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8436_627_3.pdf) ; European Commission, Merck /Sigma Aldrich, Case M.8181, 03/05/2021, disponible en ligne : [https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/202212/M\\_8181\\_8229077\\_2373\\_3.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/202212/M_8181_8229077_2373_3.pdf).

<sup>2556</sup> European Commission, Merck /Sigma Aldrich, Case M.8181, 03/05/2021, point 1, disponible en ligne : [https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/202212/M\\_8181\\_8229077\\_2373\\_3.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/202212/M_8181_8229077_2373_3.pdf).

<sup>2557</sup> Le 15 juin 2015, la Commission a approuvé le projet d'acquisition sous réserve. Voir, European Commission, Merck /Sigma Aldrich, Case M.8181, 03/05/2021, disponible en ligne : [https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/202212/M\\_8181\\_8229077\\_2373\\_3.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/202212/M_8181_8229077_2373_3.pdf).

<sup>2558</sup> Le règlement 802/2004 est abrogé et remplacé par le règlement d'exécution (UE) 2023/914 de la Commission du 20 avril 2023, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2023.

concernant la mise en œuvre du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

GE avait omis l'existence de plan de recherche en développement sur les activités concernées par la concentration<sup>2559</sup>.

Enfin, lors de la très controversée opération de concentration entre *Facebook/Whatsapp*, autorisée par la Commission, il a été mis à jour *a posteriori* de l'autorisation de concentrations des manquements à l'obligation d'information par Facebook, commise d'abord dans le formulaire CO final et ensuite, lors d'une demande de renseignement complémentaire. Ces manquements furent sanctionnés par une décision 17 mai 2017, d'une amende de 110 millions d'euros<sup>2560</sup>.

Le refus de se soumettre aux demandes, qu'il soit soutenu par des questions de charges administratives excessives ou répétées, ou de corriger des renseignements déjà communiqués, est difficilement soutenable pour les parties. Dans un arrêt *Omya AG* contre Commission de 2009, le Tribunal de l'Union européenne a rappelé que l'appréciation d'une erreur substantielle était laissée à la discrétion de la Commission européenne sous réserve de la vérification par le juge du respect des règles de motivation, de procédure, de la matérialité des faits ainsi que d'absence d'erreur manifeste d'appréciation et de détournement de pouvoir<sup>2561</sup>. Le Tribunal rappelle que l'allégation du défaut de la nécessité d'une demande de renseignement par la Commission doit être prouvée par la partie requérante et que l'appréciation des demandes de la Commission devait se faire au moment de l'adoption de la demande<sup>2562</sup>.

La Commission peut aussi procéder à des interrogatoires et mener des inspections sur site via les autorités compétentes des États membres<sup>2563</sup> ou par ses propres moyens. Dans ce cas, ses agents sont autorisés à pénétrer dans les locaux, examiner les documents ciblés, apposer des scellés et obtenir des explications de tout membre de l'entreprise<sup>2564</sup>.

---

<sup>2559</sup> ; Case M.8436 – *General Electric Company / LM Wind Power Holding*, 08/04/2019, disponible en ligne : [https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8436\\_627\\_3.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8436_627_3.pdf).

<sup>2560</sup> Case M.8228, *Facebook/Whatsapp*, 17/05/2017, disponible en ligne : [https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8228\\_493\\_3.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8228_493_3.pdf).

<sup>2561</sup> TUE, 4 février 2009, *Omya c. Commission*, point 32, disponible en ligne : <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=77295&pageIndex=0&doclang=fr&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=9318578>.

<sup>2562</sup> TUE, 4 février 2009, *Omya c. Commission*, point 47, disponible en ligne : <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=77295&pageIndex=0&doclang=fr&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=9318578>.

<sup>2563</sup> Article 12 du Règlement 139/2004.

<sup>2564</sup> Article 13 du Règlement 139/2004.

Plus exceptionnelle en matière de concentrations, la Commission européenne peut intervenir par surprise par des « *dawn raids* » dans les entreprises. Ce type d'action n'est utilisé toutefois que lorsqu'une infraction au Règlement sur les concentrations est suspectée. Il suit le régime des inspections exécutées dans le cadre du Règlement 1/2003 qui met en œuvre les articles 101 et 102 TFUE. Ces interventions sont prises sur décision de la Commission avec l'autorisation des autorités judiciaires des États membres<sup>2565</sup>. Les 12 et 13 décembre 2007, la Commission a procédé à des inspections inopinées de deux producteurs de PVC au Royaume-Uni en vertu de l'article 13 du règlement sur les concentrations. Les inspections ont été menées au motif que la Commission avait des raisons de croire que les entreprises avaient peut-être violé l'article 7, paragraphe 1, du règlement sur les concentrations. La concentration fut finalement autorisée sans condition après un examen approfondi de phase II<sup>2566</sup>.

**Aux États-Unis.** En l'état actuel du droit, les États-Unis ne requièrent pas encore à ce jour des parties notifiantes un effort d'analyse poussée des marchés sur lesquels elles interviennent dès la première phase d'examen. La documentation fournie peut être volumineuse, mais les données restent globalement brutes. Les entreprises peuvent toutefois être sollicitées pour préciser certains éléments du dossier en fonction des questions spécifiques soulevées par la transaction par des « productions volontaires » dans un premier temps<sup>2567</sup>. Dans ce cas, les autorités ont l'obligation de nommer un agent non engagé dans la procédure d'examen pour recevoir les réclamations pouvant résulter de ces demandes<sup>2568</sup>.

L'*Antitrust division* donne une série d'exemples non exhaustives comprenant, « *une liste et une description de tous les produits où les marchés se chevauchent et des autres produits potentiellement pertinents ; des brochures de produits/marketing ; des business plans, études de marché, plans stratégiques et des informations sur les parts de marché et le positionnement des concurrents ; la liste de concurrents, de fournisseurs et de clients ; des don-*

---

<sup>2565</sup> Par exemple, Commission européenne (déc.), 19 octobre 2011, affaire *Caterpillar/MWM*, M.6106.

<sup>2566</sup> European Commission, Mergers: Commission has carried out inspections in the S PVC sector, Memo 07/573, Bruxelles, 13 décembre 2007 ; OCDE (Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee), *Suspensory Effects of Merger Notifications and Gun Jumping – Note by the European Union*, 27 Novembre 2018, p.5.

<sup>2567</sup> Par opposition aux demandes obligatoires dites de « *compulsory process* » consistant en la délivrance de CID ou de *subpoena*. Les autorités ont toujours la possibilité d'utiliser ces outils, mais afin d'obtenir plus rapidement les informations recherchées et éviter d'établir un rapport de type contentieux avec les parties les demandes volontaires sont privilégiées au sein de la première phase.

<sup>2568</sup> 15 U.S.C §18a(e)(B)(i).

nées non spécifiques concernant les ventes, la production et les marges ; des analyses ou des études concernant la transaction ; et des rapports périodiques récents envoyés aux cadres supérieurs et ceux qui sont communiqués entre eux »<sup>2569</sup>. Les parties sont encouragées à transmettre au plus vite les renseignements demandés pour ne pas déclencher l'ouverture d'une *second request*, qui entraîneraient pour elles des charges considérablement plus lourdes et l'application de délais procéduraux incertains. Une fois la *second request* émise, les parties comme nous l'avons vu, devons se conformer à des interrogatoires et à la communication « substantielle » de millions de pages de documents<sup>2570</sup>.

Des rencontres informelles sont organisées avec les parties « aussitôt que possible » — sans qu'il s'agisse d'une obligation pour l'autorité administrative — pour entendre leur point de vue sur l'opération et sur les secteurs susceptibles d'être affectés lors de la concentration. Elles devront alors se munir des documents pertinents pour étayer leurs affirmations. Le *Department of Justice* comme la FTC n'ont pas l'obligation de soulever toutes les questions au cours de ce processus car tous les protagonistes se trouvent d'ores et déjà placés dans un rapport précontentieux.

## Section 2. L'issu du contrôle

L'efficacité du contrôle des concentrations repose aussi sur l'efficacité du procédé juridique qui *in fine* clora la phase administrative : l'acte qui en résulte devant posséder en lui-même la force nécessaire pour produire des effets contraignants sur les parties. Sur ce point, l'Union européenne est mieux dotée que la FTC (**§1. La décision administrative européenne porteuse d'effets juridiques contraignants**). Pour aboutir à une décision administrative, la procédure américaine adopte la forme du procès accusatoire à doubles niveaux. Lors de l'*initial decision* du

---

<sup>2569</sup> Traduction personnelle. Voir, Department of Justice, *Merger Review Process Initiative*, 12 octobre 2001, révisé le 4 août 2004 et 15 décembre 2006, mis à jour le 25 juin 2015, disponible en ligne : <https://www.justice.gov/atr/merger-review-process-initiative-poli-cv#:~:text=The%20objective%20of%20the%20merger,review%20burdens%20by%20offering%20substantial>.

<sup>2570</sup> « In a recent *Second Request* production, at the behest of the client, we successfully identified and addressed the concerns of the FTC — and overcame our own resistance to change — ultimately making possible the production of approximately 3.3 million pages of documents in electronic format instead of on paper. The production included both documents originally in electronic format and documents originally in paper format, which were scanned and converted into electronic format for review and production ». Voir, le témoignage de Robert N. Cook, The « paperless » *second request*, ABA Antitrust Section, FTC Committee Newsletter, été 2002, document en ligne : <https://corpora.tika.apache.org/base/docs/govdocs1/154/154737.pdf> ;



juge administratif, suspensive immédiatement par appel devant les commissaires de la FTC, puis lors de la décision de la FTC, elle-même suspensive devant la *District court of Appeal*. Ce cheminement sinueux amène très souvent les parties à préférer la procédure devant le DOJ, dont l'issue consiste à une saisine directe du juge judiciaire (§2. **La procédure d'opposition à une concentration en droit américain**).

### *§1. La décision administrative européenne porteuse d'effets juridiques contraignants*

Lorsque la procédure de contrôle s'achève, la Commission européenne rend une décision administrative, qui s'incarne soit en une décision de compatibilité simple<sup>2571</sup> ou conditionnée à l'exécution d'obligations structurelles ou comportementales<sup>2572</sup>, soit en une décision d'incompatibilité revenant à l'interdiction pure et simple de la concentration<sup>2573</sup>. Cette interdiction administrative délivrée à l'issue d'une procédure réglementée permet à la Commission de s'assurer que le projet de concentration envisagée ne portera pas atteinte à la concurrence sur le marché intérieur (A). L'acte présentant un caractère décisionnel faisant grief, il est susceptible de recours devant les juridictions compétentes (B).

#### **A. Le processus décisionnel de la Commission européenne**

Le système européen de contrôle des concentrations suit un modèle appelé « intégré » revêtant les défauts attribués à la fonction administrative de rassembler à la fois les fonctions de recherches et de poursuites au sein de la même autorité.

---

<sup>2571</sup> Règlement CE 139/2004, Article 8(1).

<sup>2572</sup> Règlement CE 139/2004, Article 8(2).

<sup>2573</sup> Règlement CE 139/2004, Article 8(3).

## ***1. La procédure de production d'une décision administrative individuelle***

L'aboutissement de la procédure de phase II d'une opération « *soulev[ant] des doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun* »<sup>2574</sup> qui se déroule dans les délais stricts de quatre-vingt-dix jours ou de cent cinq à cent-vingt-cinq jours en cas d'engagements ou de demande de prolongation<sup>2575</sup>, inclue la période d'examen réservée à la consultation préalable des États membres via le comité consultatif de deux semaines et celle destinée à la décision du collège des commissaires, qui s'étend sur deux à trois semaines, avec, il semblerait une autre semaine pour la consultation de services associés<sup>2576</sup>.

L'appréciation des services de la DG Concurrence et des commissaires sur la nocivité des effets anticoncurrentiels d'une opération de concentration doit donc être formée bien en amont. Selon Kovacic, Mavroidis et Neven, le processus de consultation et de prise de décision très formalisée au sein de la Commission réduit le temps disponible pour l'analyse de fond. Ian S. Forrester, ancien juge au Tribunal de Première Instance de l'Union européenne, rapporte que face aux « masses » d'informations que génèrent les concentrations d'importances, les commissaires ne peuvent être les décisionnaires éclairés de ces dossiers et s'en rapportent, selon cet auteur, à l'avis du Directeur Général à la concurrence<sup>2577</sup>.

La décision d'incompatibilité est prise au cours de la réunion hebdomadaire du collège où les commissaires peuvent débattre et échanger leurs points de vue, avec comme but commun la poursuite de l'intérêt général de l'UE<sup>2578</sup>. La décision est prise de manière collégiale, ce qui signifie que l'ensemble du collège des commissaires endosse la responsabilité de l'acte et chaque commissaire porte un vote identique. Leur présence est obligatoire sauf dispense accordée sur demande écrite à le ou la président(e) de la Commission<sup>2579</sup>. Le quorum appli-

---

<sup>2574</sup> Règlement CE 139/2004, article 6(1)(c).

<sup>2575</sup> Règlement CE 139/2004, article 10(3).

<sup>2576</sup> E. KOVACIC, P. C. MAVROIDIS, D. J. NEVEN, Merger control procedures and institutions : A comparison of EU and U.S. practice, *The Antitrust Bulletin*: Vol. 59, No. 1, 2014, p. 98.

<sup>2577</sup> I.S. FORRESTER, Due Process in EC Competition Cases: A Distinguished Institution with Flawed Procedures, *EUR. L. Rev.* N° 34, 2009, p.817, 840.

<sup>2578</sup> Commission européenne, Les méthodes de travail de la Commission européenne, Communication, 01/12/2019, [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/working\\_methods\\_fr.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/working_methods_fr.pdf).

<sup>2579</sup> Commission européenne, Les méthodes de travail de la Commission européenne, Communication, Bruxelles, 01/12/2019, p.5, [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/working\\_methods\\_fr.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/working_methods_fr.pdf).

cable aux réunions est de quinze membres et le vote est à la majorité des membres<sup>2580</sup>.

## 2. Nature de la décision administrative

Lorsque la Commission européenne rend, en vertu de sa compétence exclusive<sup>2581</sup>, une décision de compatibilité, l'acte ne produit pas d'effets obligatoires pour les parties, il est une autorisation administrative à réaliser la concentration et donc une simple autorisation de faire<sup>2582</sup>. Il est toutefois induit que les efforts des entreprises notifiantes tendent *in fine* à ce résultat et la notification d'une concentration exige l'existence d'un projet suffisamment avancé.

À l'opposé, lorsque la concentration est déclarée incompatible, car elle « *entraverai [t] 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 (...)* »<sup>2583</sup> cette constatation emporte l'interdiction du projet de concentration qui en principe n'est pas réalisé. Depuis l'entrée en vigueur du contrôle des concentrations dans l'Union européenne, 32 décisions d'incompatibilité ont été prononcées<sup>2584</sup>.

Ce pouvoir n'est pas discrétionnaire, car il doit recueillir comme l'impose l'article 19 (3) du règlement 139/2004, l'avis non contraignant du comité consultatif qui représente les États membres<sup>2585</sup>. En outre, l'autorisation administrative prend la forme d'une décision motivée en vertu de l'article 296 du TFUE qui dispose que « *Les actes juridiques sont motivés et visent les propositions, initiatives, recommandations, demandes ou avis prévus par les trai-*

---

<sup>2580</sup> Commission européenne, Les méthodes de travail de la Commission européenne, Communication, 01/12/2019, p.5, [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/working\\_methods\\_fr.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/working_methods_fr.pdf); F.LAFARGE, M. MANGENOT, E. NEFRAMI, Chronique de l'administration européenne [1], *Revue française d'administration publique*, Vol. 155, N° 3, 2015 p. 833-862, disponible en ligne: <https://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2015-3-page-833.htm>.

<sup>2581</sup> Règlement CE 139/2004, Point 16.

<sup>2582</sup> L'obligation de faire dans le cas d'autorisation conditionnelle porte sur les engagements. La décision de compatibilité avec le marché intérieur est une reconnaissance de l'innocuité de l'opération de croissance externe avec la concurrence.

<sup>2583</sup> Règlement CE 139/2004, article 2, paragraphe 3.

<sup>2584</sup> Les décisions sont consultables sur le site internet de la Commission européenne, par la sélection des items « mergers » et « Article 8(3) » : <https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm>.

<sup>2585</sup> Règlement CE 139/2004, Article 19, paragraphes 3 à 7. L'avis du comité consultatif est requis pour les affaires ayant fait l'objet d'un contrôle en phase II et il est publié aux côtés de la décision administrative.

tés »<sup>2586</sup>. La motivation dépend de la nature de l'acte en cause<sup>2587</sup>, les décisions d'incompatibilité en raison de leurs effets sur les parties et les tiers, doivent faire l'objet d'un exposé précis. Le raisonnement de la Commission et les motifs qui l'ont amené à prendre cette décision sont donc dans ces cas particulièrement développés à la fois en droit et en faits, où les aspects économiques prennent une place prépondérante<sup>2588</sup>. C'est en effet, comme le souligne Georges Vallindas, la légalité de l'acte qui sera contrôlée par les juridictions européennes et ce contrôle s'étend aujourd'hui sur l'appréciation de l'analyse économique de la Commission<sup>2589</sup>. Le juge européen porte de même au point de vue formel, une attention particulière à la motivation en vertu de l'article 296, deuxième alinéa, du TFUE. En effet, selon le Tribunal dans un arrêt récent du 22 juin 2022, Thyssenkrupp/Commission précise les exigences pesant sur la Commission et rappelle que « *la motivation d'une décision consiste à exprimer formellement les motifs sur lesquels repose cette décision* ». Il indique que celle-ci « *doit être adaptée à la nature de l'acte en cause et doit faire apparaître de façon claire et non équivoque le raisonnement de l'institution, auteur de l'acte, de manière à permettre aux intéressés de connaître les justifications de la mesure prise et à la juridiction compétente d'exercer son contrôle.* »<sup>2590</sup> Toutefois, le juge européen exclut une violation à l'obligation de motivation « *( ...) si, lorsqu'elle exerce son pouvoir de contrôle des opérations de concentration, elle n'inclut pas dans sa décision de motivation précise quant à l'appréciation d'un certain nombre d'aspects de la concentration qui lui semblent manifestement hors de propos, dépourvus de signification ou clairement secondaire* »<sup>2591</sup>.

---

<sup>2586</sup> J-L AUTIN, La motivation des actes administratifs unilatéraux, entre tradition nationale et évolution des droits européens, *Revue française d'administration publique*, N° 137-138, 2011, p.85-99.

<sup>2587</sup> CJCE, 25 septembre 2003, Schlusselferlag J.S. Moser GmbH, aff. C-170-02P.

<sup>2588</sup> Dans l'affaire UPS/TNT, la décision d'incompatibilité prononcée par la Commission a été annulée en intégralité par le Tribunal de l'Union européenne dans un arrêt du 7 mars 2017 (Trib. UE, 7 mars 2017, aff. T-194/13, UPS c/ Commission, ECLI:EU:T:2017:144), confirmé par la Cour de justice le 16 janvier 2019 (CJUE, 16 janv. 2019, aff. C-265/17) car, en fondant sa décision sur un modèle économétrique différent de celui utilisé avec les parties au cours de la procédure sans lui communiquer le nouveau modèle économétrique, elle avait méconnu les droits de la défense de la requérante (Déc. Comm., no COMP/M.6570, 30 janv. 2013, UPS/TNT Express, JOUE 7 mai 2014, no C 137). Suite à l'annulation de la décision d'incompatibilité (le concurrent FedEx acquis TNT grâce à une autorisation conditionnelle de la Commission européenne. Voir. Affaire M.7630 – FedEx/TNT Express – ), UPS a formé une demande en dommages et intérêts d'un montant de 1,7 milliard d'euros, rejetée par un arrêt du Tribunal du 23 février 2022, l'entreprise n'ayant pas réussi à démontrer qu'elle aurait obtenu l'approbation de l'opération avec TNT sans l'absence de violation de ses droits procéduraux. Un appel devant la Cour de justice de l'Union européenne est en cours.

<sup>2589</sup> G. VALLINDAS, *Droit européen des concentrations*, Bruylant, 2017, paragraphe 792, pages 294-295 (version numérique).

<sup>2590</sup> Tribunal de l'Union européenne, arrêt du 22 juin 2022, Thyssenkrupp / Commission (T-584/19), points- 937-938). Voir aussi, Tribunal de l'Union européenne, arrêt du 23 mai 2019, KPN/Commission, T-370/17, EU:T:2019:354, point 138.

<sup>2591</sup> Tribunal de l'Union européenne, arrêt du 22 juin 2022, Thyssenkrupp / Commission (T-584/19), Point 939,

La décision est notifiée aux parties<sup>2592</sup> et est publiée au Journal officiel de l'Union européenne<sup>2593</sup> dans le respect du secret des affaires<sup>2594</sup>.

## B. Le régime juridique des décisions d'incompatibilité

Les décisions d'incompatibilité prononcées par la Commission européenne se fondent sur l'appréciation de critères substantiels<sup>2595</sup>. Il convient d'examiner les effets de ces décisions, dont la portée est fondamentale pour garantir son effectivité et donc l'efficacité du système de contrôle des concentrations européen (1) ainsi que les voies de recours des parties (2).

### 1. Les effets contraignants

La décision administrative européenne déclarant l'incompatibilité d'une concentration fait grief aux parties dès sa notification<sup>2596</sup> et est opposable aux tiers dans le même temps. Par cette décision, les parties ont interdiction de consommer leur opération de concentration. Elle n'équivaut cependant pas, comme le rappelle le professeur Berlin, à une sanction de nullité et ne rétroagira pas à la date de conclusion de l'opération incompatible si elle a été réalisée<sup>2597</sup>. La décision d'incompatibilité est la constatation administrative que la concentration, en l'état de la concurrence, serait la cause d'une entrave significative à une concurrence effective sur le marché commun. La décision vient donc prévenir l'entrave, mais aussi l'empêcher. Le Règlement 139/2004 sur les concentrations offre à la Commission de nombreux moyens de contraintes pour faire appliquer ses décisions.

Il est important de souligner qu'aucune des 31 décisions d'incompatibilité n'a été violée *a posteriori* de leur édicton à ce jour.

---

<sup>2592</sup> Article 254, paragraphe 3 du TUE.

<sup>2593</sup> Règlement CE 139/2004, article 20.

<sup>2594</sup> Règlement CE 139/2004, article 17.

<sup>2595</sup> CJCE, 15 février 2005, Commission/Tetra Laval, C-12/03 P, Rec. p. I-987, point 43. La base matérielle de la décision doit être complète et correcte de nature à étayer ses conclusions.

<sup>2596</sup> La suspension des effets de la décision n'est possible que par le dépôt d'une demande de sursis à exécution ou de mesure provisoire en parallèle au dépôt du recours juridictionnel sur le fondement de l'article 178 du TFUE.

<sup>2597</sup> D. BERLIN, *Contrôle des concentrations*, Edition des Universités de Bruxelles, 3<sup>e</sup> Ed. 2009, p. 320.

À cet égard, les violations d'une condition d'une autorisation compatible et d'une décision d'incompatibilité suivent un régime juridique similaire lorsque la Commission « *à déjà conclu que le non-respect de la condition rendrait la concentration incompatible* »<sup>2598</sup>. Dès lors, si en vertu de l'article 8 (4) la Commission constate que la concentration a été réalisée en ayant été jugé incompatible avec le marché intérieur ou si la condition de l'autorisation rendant la décision compatible n'a pas été respectée, elle peut d'une part, ordonner aux entreprises de dissoudre « *par la séparation des entreprises* » ou « *la cession de la totalité des actions ou des actifs acquis afin de rétablir la situation antérieure* ». Si la déconcentration est impossible, la Commission « *peut prendre toute mesure appropriée* » pour rétablir la situation antérieure. Au demeurant « *toute autre mesure appropriée afin que les entreprises concernées dissolvent la concentration ou prennent des mesures visant à rétablir la situation antérieure à la réalisation de la concentration, comme requis dans sa décision* »<sup>2599</sup>.

Seules cinq décisions de déconcentration ont été prononcées sur le fondement de l'article 8 (4) du règlement depuis la création du contrôle européen des concentrations<sup>2600</sup>. Deux avaient été réalisées en vertu de l'exception à l'obligation de suspension prévue à l'article 7 (2) qui vise les opérations financières (OPA et OPE) ou toutes transactions sur titres par lesquelles le contrôle est acquis par l'intermédiaire de plusieurs vendeurs<sup>2601</sup> et les deux premières avaient été soumises à l'examen de la Commission *via* le système de renvoi de l'article 22 du Règlement 139/2004<sup>2602</sup>. La dernière décision de déconcentration concerne l'importante affaire Grail/Illumina<sup>2603</sup>. La Commission a prononcé dans une décision du 12 octobre 2023 l'obligation pour cette dernière de rétrocéder Grail dans un délai de 12 mois mais aussi à financer son développement pour garantir sa viabilité<sup>2604</sup>.

Le principe de primauté impose aux États tiers le respect du droit européen de la concurrence et « *ne sauraient autoriser des concentrations que la Commission aurait interdites* »<sup>2605</sup>.

---

<sup>2598</sup> Règlement CE 139/2004, considérant 31.

<sup>2599</sup> Règlement CE 139/2004, 8(4).

<sup>2600</sup> M.784, 19/02/1997 Kesko / Tuko ; M.890, 26/06/1997, Blokker / Toys "R" Us ; M.2283, 04/12/2002 Schneider / Legrand ; M.2416, 13/01/2002 Tetra Laval / Sidel ; M.10939, Illumina/GRAIL, 05/12/2022.

<sup>2601</sup> M.2283, 04/12/2002 Schneider / Legrand ; M.2416, 13/01/2002 Tetra Laval / Sidel.

<sup>2602</sup> M.784, 19/02/1997 Kesko / Tuko ; M.890, 26/06/1997, Blokker / Toys "R" United States.

<sup>2603</sup> Voir *supra*, p. 447 et 545.

<sup>2604</sup> M.10939, 12/10/2023, Illumina Grail.

<sup>2605</sup> Déclaration de la Commission *ad* article 21, annexée au procès-verbal du Conseil lors de l'adoption du règlement 4064/89, cité in D. BERLIN, *Contrôle des concentrations*, Edition des Universités de Bruxelles, 3<sup>e</sup> Ed. 2009, p. 319.

À ces pouvoirs s'ajoutent les amendes que la Commission peut infliger aux entreprises concernées en vertu de l'article 14, paragraphe 2, point c), du règlement sur les concentrations « *des amendes jusqu'à concurrence de 10 % du chiffre d'affaires total réalisé par les entreprises concernées au sens de l'article 5, lorsque de propos délibéré ou par négligence (...)* ».

Ces moyens attribués à la Commission reflètent la nécessité d'assurer l'efficacité du régime de contrôle des concentrations et atteindre les objectifs du règlement visant la préservation de la structure du marché et du processus concurrentiel au sein de l'Union européenne.

## ***2. Les recours***

Le recours en annulation contre une décision d'incompatibilité est possible sur le fondement de l'article 263 TFUE devant le Tribunal de la Cour européenne de justice, puis en appel devant la Cour de justice de l'Union européenne, qui dispose que « *toute personne physique ou morale (...) contre un acte dont elle est le destinataire ou qui la concerne directement et individuellement, ainsi que contre un acte réglementaire qui la concerne directement et qui ne comporte pas de mesures d'exécution* ». Les parties requérantes destinataires de l'acte ont deux mois à partir de la notification pour la contester. L'intérêt d'une partie notifiante à demander l'annulation d'une décision ne disparaît pas simplement parce que la concentration a été abandonnée par les parties<sup>2606</sup>.

Les tiers « directement » et « individuellement » affectés par l'acte de la Commission détiennent un intérêt à agir contre la décision<sup>2607</sup>, ce qui comprend les concurrents actuels ou potentiels<sup>2608</sup>, les entreprises agissant sur des marchés amont ou aval<sup>2609</sup>. La jurisprudence considère que la prise d'une part active au cours de la procédure d'examen peut constituer un élément de recevabilité de sa demande de contrôle juridictionnel<sup>2610</sup>. À titre illustratif, on citera l'arrêt du 23 mai 2019, KPN/Commission où une entreprise concurrente des parties noti-

---

<sup>2606</sup> Voir, Les affaires, T-102/96, Gencor v. Comm'n, 1999 E.C.R. II-753 ; T-22/97, Kesko v. Comm'n, 1999 E.C.R. II-3775.

<sup>2607</sup> Voir, Arrêt de la Cour du 15 juillet 1963. - Plaumann & Co. Contre Commission de la Communauté économique européenne. - Affaire 25-62.

<sup>2608</sup> TPICE, 03 avril 2003, BaByliss/ Commission, T-114/02.

<sup>2609</sup> TPICE, 30 septembre 2003, ARD / Commission, T-158/00.

<sup>2610</sup> TPICE, 19 mai 1994, aff. T-2/93, Air France c/ Commission, ECLI:EU:T:1994:55,

fiantes a contesté la décision de compatibilité rendue par la Commission, notamment sur les problèmes verticaux de concurrence que provoquait l'opération selon la requérante<sup>2611</sup>. En revanche, les actionnaires minoritaires et les consommateurs doivent prouver que la décision les affecte directement et individuellement<sup>2612</sup>.

## §2. La procédure d'opposition à une concentration en droit américain

Lorsque la *Federal Trade Commission*, selon les termes de la Section 13 (b) du FTC Act « (. . .) *has reason to believe- (1) that any person, partnership, or corporation is violating, or is about to violate, any provision of law enforced by the Federal Trade Commission (...)* »<sup>2613</sup> ou aux termes de la Section 15 du Clayton Act pour l'*Antitrust Division* « (. . .) *institute proceedings in equity to prevent and restrain such violations* »<sup>2614</sup>, ces deux agences peuvent autoriser, afin de suspendre la réalisation d'une concentration anticoncurrentielle imminente, le dépôt d'un recours devant la *district court* pour obtenir un *temporary restraining order* et une *preliminary injunction*<sup>2615</sup>.

---

<sup>2611</sup> TPUE, 23 mai 2019, KPN / Commission (T-370/17)

<sup>2612</sup> Dans l'affaire *Zunis*, plusieurs actionnaires minoritaires d'Assicurazioni Generi ont introduit un recours en annulation contre la décision de la Commission refusant de rouvrir une enquête sur l'acquisition par Mediobanca d'une participation dans Assicurazioni Generali. Voir, TPICE, 28 octobre 1993, *Zunis Holding SA, Finan Srl and Massinvest c/ Commission*, T-83/92.

<sup>2613</sup> Codifié au titre 15 U.S.C. § 53 (b), (2021), disponible en ligne : <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title15-section53&num=0&edition=prelim>.

<sup>2614</sup> Codifié au Titre 15 U.S.C. § 25, disponible en ligne : <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title15-section25&num=0&edition=prelim>.

<sup>2615</sup> En 2022, l'Antitrust Division a poursuivi six concentrations (voir, le service de recherches des affaires en ligne du Department of Justice : <https://www.justice.gov/atr/antitrust-case-filings?f%5B0%5D=field+case+type%3Acivil+merger&f%5B1%5D=field+case+date%3A2020>). Pour l'année 2020, la FTC a formulé une demande de PNO et une *preliminary injunction* dans la fusion *Thomas Jefferson University and Albert Einstein Healthcare Network*. La *district court* a rejeté ses demandes et la FTC s'est dédit de son appel. Un facteur ayant certainement contribué à l'abandon de cet appel est que le *State Attorney general* de Pennsylvanie avait lui-même abandonné son opposition à la concentration. L'état avait en effet conclu un accord avec les parties qui comprenait l'engagement de Jefferson d'investir 200 millions de dollars sur sept ans dans les installations d'Einstein alors en difficulté financière. Cela montre la complexité des rapports tactiques entre les agences fédérales et les États. L'engagement de 200 millions de dollars de Jefferson envers Einstein constituait une « victoire » pour l'*Attorney general* et au contraire discréditait les arguments avancés par la FTC. Voir, *Respondents' motion to withdraw matter from adjudication*, Docket No. 9392, 31 décembre 2020, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/181-0128/thomas-jefferson-university-matter>. En 2021, la Federal Trade Commission a déposé une *administrative complaint* et autorisé une action en justice devant la *district court* afin de bloquer le projet d'acquisition d'Englewood Healthcare Foundation par Hackensack Meridian Health, Inc. La plainte allègue que le système de santé issu de la fusion contrôlerait trois des six hôpitaux de soins d'urgence généraux pour patients hospitalisés dans le comté de Bergen, dans le New Jersey. Le 4 août 2021, la FTC a obtenu une injonction préliminaire suspendant l'acquisition pendant que le procès administratif est en cours. Voir, *FTC v. Hackensack Meridian Health, Inc., a corporation, and Eng-*



L'*injunction*, est un instrument très puissant dans le système juridique américain et redoutablement efficace par sa rapidité<sup>2616</sup>. Il est *equitable remedy*, prononcé par une ordonnance de la cour imposant une obligation de faire ou de ne pas faire une action spécifiée à une personne ou à une institution (par opposition aux *legal remedies*, qui appellent en général une réparation pécuniaire). La typologie des *injunctions* varient selon la temporalité et la nature de l'objet demandé. On distingue les *prohibitory injunctions*, qui sont en quelque sorte des obligations négatives, la personne doit s'abstenir d'agir ou cesser une action, des *mandatory injunctions* qui correspondent à l'exécution d'obligations positives, c'est-à-dire que la personne doit prendre des mesures exprimées par des actes.

Parmi les *injunctions* temporaires c'est-à-dire « (. . .) *granted pendente lite; as opposed to a final or perpetual injunction* » qui sont régies par la règle 65 du Federal Rules of Civil Procedure<sup>2617</sup>, coexistent les *preliminary remedies* et les *temporary restraining orders* (TRO ci-après). Les *preliminary injunctions* sont extrêmement protéiformes. Elles suivent une procédure accélérée qui obéissent toutefois aux règles du procès accusatoire, la partie enjointe est donc notifiée de la demande. La partie demanderesse doit au cours des audiences présenter ses preuves et convaincre le juge qu'il n'existe pas d'autres remèdes adéquats, qu'un dommage irréversible se produira en l'absence d'intervention du juge, des preuves que le jugement au fond lui sera favorable, et que son bénéfice surpasse l'atteinte aux droits supportés par la partie adverse. Le déroulement des *hearings* pour obtenir une *preliminary injunctions* est souvent déterminant pour le jugement au fonds du litige.

Les TRO appelés aussi *ex partes injunctions* ne sont pas obligatoirement notifiés à la partie enjointe. La charge de la preuve de l'urgence face à un danger immédiat est extrême-

---

*lewood Healthcare Foundation, a corporation*, Opinion with finding of fact and conclusions of law, disponible en ligne : [https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/redacted\\_opinion.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/redacted_opinion.pdf).

<sup>2616</sup> Selon l'*American Bar Association* la procédure de *preliminary injunction* peut s'étendre sur une durée de deux à trois mois à compter du dépôt de la *motion* en *preliminary injunction* jusqu'au rendu du jugement. L'ABA rapporte en effet, que, dans l'affaire *FTC v. ProMedica Health System*, trente-quatre jours se sont écoulés entre le dépôt des *motions* et les premières *hearings* sur la *preliminary injunction*. Au cours de la même période la cour a également tenu une audience sur le TRO et a autorisé les parties à procéder à une *discovery* sur une période d'environ vingt-deux jours.

Dans cette espèce, la cour a délivré l'injonction préliminaire quatre-vingts jours après le dépôt de la demande en *preliminary injunction*. Voir, ABA, *FTC Practice and Procedure Manual*, ABA Publishing 2014, 2d Ed., 2014, p. 154, note 165.

<sup>2617</sup> Titre VIII, Provisional and Final Remedies, Rule 65, *Injunctions and Restraining Orders* (2021), Case 2:20-cv-18140-JMV-JBC Document 368, 4 août 2021, disponible en ligne : <https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-viii-provisional-and-final-remedies/rule-65-injunctions-and-restraining-orders/>

ment lourde. Du fait de l'atteinte aux droits de la défense, ces *injunctions* sont limitées dans le temps<sup>2618</sup> contrairement aux *preliminary injunctions*. Les deux autorités de concurrence utilisent souvent le TRO comme moyen d'obtenir une audience rapide sur une demande d'une *preliminary injunction*<sup>2619</sup>.

### A. Deux autorités de contrôle, deux régimes d'opposition distincts

La FTC et le DOJ disposent de pouvoirs semblables pour mener des enquêtes en vertu du HSR Act. Les deux autorités de contrôle sont également autorisées à demander une injonction (*injunction*) auprès d'une *district court* pour empêcher la réalisation d'une fusion qui, selon elles, risque de réduire substantiellement la concurrence et porter atteinte à la Section 7 du *Clayton Act*.

Les pouvoirs de la FTC pour déposer des mesures d'urgence découlent du titre 15 U.S.C. § 53 (b) qui autorise les demandes de :

*Temporary restraining orders; preliminary injunctions*

*Whenever the Commission has reason to believe—*

*(1) that any person, partnership, or corporation is violating, or is about to violate, any provision of law enforced by the Federal Trade Commission, and*

*(2) that the enjoining thereof pending the issuance of a complaint by the Commission and until such complaint is dismissed by the Commission or set aside by the court on review, or until the order of the Commission made thereon has become final, would be in the interest of the public—( . . . )*<sup>2620</sup>

---

<sup>2618</sup> K. STOLL-DEBELL, N. DEMPSEY, B. DEMPSEY, *Injunctive Relief: Temporary Restraining Orders and Preliminary Injunctions*, American Bar Association, 2009 ; Voir occurrence « temporary relief », *Black's Law Dictionary* p.924.

<sup>2619</sup> Aux termes de la règle 65(b) Fed. R. Civ. P. lorsqu'un TRO est accordée sans préavis, l'audience sur la demande d'une *preliminary injunction* a la priorité sur les autres questions.

<sup>2620</sup> 15 U.S.C. § 53(b), (2021), disponible en ligne : <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid%3AUSC-prelim-title15&saved=%7CZ3JhbnVsZWlkOIVTQy1wcmVsaW0tdG10bGUxNS1zZWN0aW9uMThh%7C%7C%7C0%7Cfalse%7Cprelim&edition=prelim>. Comme nous l'avons vu dans la première partie de la présente étude, ce pouvoir a été longtemps refusé à la FTC. La Cour suprême avait jusque dans les années 1960 une interprétation très restrictive des pouvoirs issues de la Section 11 du Clayton Act qui n'ouvrait pas à l'exercice du pouvoir *d'equity* des cours. Voir, H.R. RaP. No. 1889, 84th Cong., 2d Sess. 10 (1956). Les cours d'appel rejetaient systématiquement les demandes d'*injunctions*. Voir, *FTC v. International Paper Co.*, 241 F.2d 372 (2d Cir. 1956).

Ceux du *Department of Justice* sont inscrits au titre 15 U.S.C. § 25 qui dispose de manière plus générale que :

(. . .) *it shall be the duty of the several United States attorneys, in their respective districts, under the direction of the Attorney General, to institute proceedings in equity to prevent and restrain such violations*<sup>2621</sup>

La recherche d'*injunctive relief* n'emporte pas néanmoins, les mêmes charges pour les deux autorités de contrôle car elles n'agissent pas dans les mêmes finalités. La différence d'enjeux repose sur l'existence du tribunal administratif de la FTC<sup>2622</sup>. La FTC a la possibilité de juger au fonds le litige dans le cadre de la procédure administrative nommée « Part III », si elle ne parvient pas à obtenir une *preliminary injunction*. Au contraire, le DOJ doit à l'issue de la *second request* détenir un « case », c'est-à-dire posséder un dossier suffisamment abouti pour soutenir une action préliminaire dont le succès préjugera souvent des suites de la procédure principale. Le succès du DOJ, comme celui de la FTC, est déterminant dans la décision des parties d'abandonner leur transaction en raison du coût et de l'incertitude qui existe à maintenir un accord contractuel en place tout en cherchant à obtenir un renversement en appel<sup>2623</sup>.

À l'inverse, lorsqu'un tribunal refuse l'injonction, les parties réalisent généralement la transaction presque immédiatement en l'absence d'appel.

---

Seuls le DOJ et les parties privées au titre des Sections 15 et 16 du Clayton Act avaient de par la loi, le pouvoir de saisir en urgence le juge. La recevabilité des *preliminary injunctions* fut consacrée pour la première fois dans l'arrêt *FTC v. Dean Food Co.*, 384 U.S.597 (1966) puis intégrée à l'arsenal législatif de la FTC par The Trans-Alaska Pipeline Act Amendments, Titre IV, § 408, Pub. L. No. 93-153, 87 Stat. 576 (1973)).

<sup>2621</sup> 15 U.S.C. §25, (2021), disponible en ligne : <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid%3AUSC-prelim-title15&saved=%7CZ3JhbnVsZWlkOIVTQy1wcmVsaW0tdGl0bGUxNS1zZWNoaW9uMThh%7C%7C%7C0%7Cfalse%7Cprelim&edition=prelim>.

<sup>2622</sup> Le tribunal administratif de la FTC résulte de la Section 5 du FTC Act inscrit au Titre 15 U.S.C. §45 (2021), disponible en ligne : <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title15-section45&num=0&edition=prelim>.

<sup>2623</sup> Voir les témoignages de Michael N. Sohn et Joe Sims (avocats) auprès de l'Antitrust Modernization Commission. Selon Sohn, « *it is a rare seller whose business can withstand the destabilizing effect of a year or more of uncertainty* » et pour Sims « *the entry of the preliminary injunction is fatal to the deal* ». cité, p. 148

## ***1. Le recours au juge de droit commun pour suspendre temporairement la réalisation d'une concentration***

Le dépôt d'une *motion* en *preliminary injunction* engage les autorités de concurrence certifiées auprès de la *district court* que l'intérêt public exige un *relief pendente lite*. Le *Chief Judge* de ce district à l'obligation d'informer immédiatement *Chief Judge of the Court of Appeals* de ce circuit, pour qu'il désigne un juge de district auquel l'action sera attribuée<sup>2624</sup>. La FTC, en tant qu'autorité administrative indépendante de l'Exécutif et le DOJ, auxiliaire de justice, ne détiennent en effet nullement le pouvoir de restreindre la liberté des personnes privées à former contrat.

La suspension d'une transaction amène un rapport de force entre les parties et l'autorité de concurrence pouvant toutefois s'inverser devant les cours. Les entreprises ont parfois tenté d'utiliser les juridictions judiciaires de droit commun pour apparaître concéder des mesures correctives et emporter la conviction du juge qu'ils étaient suffisants pour remédier aux effets anticoncurrentiels allégués par l'autorité de concurrence. Cette pratique est nommée par les praticiens en antitrust « *litigating to fix* ». Cette stratégie n'avait plus connu le succès devant les juges depuis l'arrêt *Arch Coal/Triton* de 2004<sup>2625</sup>, les cours rejetant les propositions de cessions spontanées des parties pour palier les effets anticoncurrentiels<sup>2626</sup>. Jusqu'aux jugements de la *district court* de Washington dans les affaires *Evonik/PeroxyChem*<sup>2627</sup> de 2020, puis dans l'affaire *T-Mobile/Sprint*<sup>2628</sup>, où cette stratégie fut utilisée avec succès pour con-

---

<sup>2624</sup> La section 7A(f) de la loi Clayton, 15 U.S.C. § 18a(f).

<sup>2625</sup> *Arch Coal* 329 F. Supp. 2d 109 (D.D.C. 2004).

<sup>2626</sup> Par exemple dans la fusion entre Sysco/U.S. Foods, la cour a rejeté une proposition de cession consistant en une petite partie des centres de distribution du vendeur, car l'acheteur aurait été deux fois plus petit que la société acquise, et n'aurait pas eu la couverture nationale nécessaire pour concurrencer les plus gros clients de la nouvelle entité, en plus de faire face à des coûts plus élevés. Voir, *FTC v. Sysco Corp.*, 113 F. Supp. 3d 1, 73-76 (D.D.C. 2015) (*Sysco/U.S. Foods*). Voir aussi, *United States v. Aetna Inc.*, 240 F. Supp. 3d 1, 70-71, 74 (D.D.C. 2017), où le juge a constaté que le bénéficiaire de la cession était trop inexpérimenté sur le marché en cause pour concurrencer la société d'assurance santé Aetna. De même, *FTC v. Staples Inc.*, 190 F. Supp. 3d 100, 137 n.15 (D.D.C. 2016).

<sup>2627</sup> Dans la concentration *Evonik/PeroxyChem*, la défense a convaincu la cour que la cession d'une usine en Colombie britannique, au Canada, avait résolu tous les problèmes de concurrence dans la région géographique du Nord-Ouest du Pacifique soulevée par la FTC. Les parties à la fusion ont démontré que les actifs cédés constituaient une activité autonome où le « *personnel, les listes de clients, les systèmes d'information, [et] les actifs incorporels* » nécessaires pour compenser les atteintes à la concurrence. Voir, *FTC v. RAG-Stiftung*, No. 19-2337, Memorandum Opinion, at 35 (D.D.C. Jan. 24, 2020) (*Evonik/PeroxyChem*), disponible en ligne : <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/district-of-columbia/dcdce/1:2019cv02337/209891/150/>.

<sup>2628</sup> La fusion entre T-Mobile et Sprint était prise en charge par le Department of Justice. Les parties réussirent à défendre leur accord en démontrant qu'elle pouvait constituer un troisième opérateur- Dish, un fournisseur de télévision par satellite, un nouveau concurrent national pour les services cellulaires. Voir, *State of New York v. Deutsche Telekom*, No. 19-5434, Decision and Order, at 110 (S.D.N.Y. Feb. 11, 2020).

tourner les contestations gouvernementales sur leur fusion.

Dans ces cas précis, les parties se tournent vers la cour afin de changer d'interlocuteur et de tenter de clore la contestation sans débiter un procès. Lorsque les propositions de cessions échouent, les autorités de concurrence poursuivent la procédure par le dépôt de *motions* en *preliminary relief*, le juge ayant seul le pouvoir au terme de *hearings* de contraindre les entreprises à suspendre temporairement leur opération par le prononcé d'*injunctive relief*, au regard de preuves qui ne suivent pas le même régime selon qu'elles sont apportées par la FTC (1) ou le DOJ (2).

#### a. Les requêtes en *preliminary relief* déposé par la FTC

La requête en *preliminary relief* se déroule en principe dans les formes d'un véritable procès accusatoire, à la seule différence que dans les cas où la FTC opère, les témoignages sont résumés par écrit lors des *hearings*, les témoins intervenant en personne à l'occasion de la procédure administrative au fond. L'existence d'un tribunal administratif interne emporte donc certains aménagements sur la procédure civile de droit commun.

Le procès suit une phase de *discovery* où les entreprises ont accès à certaines pièces de leur dossier et peuvent notamment recueillir les informations récoltées par la FTC auprès des tiers. Le *mémorandum* de l'équipe ayant mené le contrôle sur la concentration n'est pas divulguables, protégé par le Federal Rules of Civil Procedure<sup>2629</sup>.

##### 1) Le régime de preuve

Le Congrès décida lorsqu'il confia à la FTC le pouvoir de déposer des demandes de mesures d'urgence, que de telles mesures devaient lui être accordées « *[u]pon a proper showing that, weighing the equities and considering the Commission's likelihood of ultimate success,*

---

<sup>2629</sup> Federal Rules of Civil Procedure, Titre V, 26(b)(3), disponible en ligne : <https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-v-disclosures-and-discovery/rule-26-duty-to-disclose-general-provisions-governing-discovery/> (2022).

*such action would be in the public interest.* »<sup>2630</sup>. Contrairement au *Department of Justice*, la FTC n'a pas à prouver un « dommage irréparable »,<sup>2631</sup> mais seulement une chance suffisante de succès lors du jugement au fonds.

Les cours pour accorder une *preliminary injunction* doivent selon une jurisprudence constante « *determine the likelihood that the FTC will ultimately succeed on the merits and the balance the equities* »<sup>2632</sup>. Pour démontrer une probabilité de succès sur le fond, « *the government needs only show that there is a reasonable probability that the challenged transaction will substantially impair competition* »<sup>2633</sup>. La FTC doit soulever cependant des questions au fond « *(. . .) so serious, substantial, difficult and doubtful as to make them fair ground for thorough investigation, study, deliberation and determination by the FTC in the first instance* »<sup>2634</sup>. Néanmoins, la FTC n'est pas tenue d'établir à ce stade que la concentration violerait la section 7 du Clayton Act<sup>2635</sup>.

Certaines cours considèrent toutefois qu'il incombe à la FTC de prouver que *prima facie*, la concentration aura des effets anticoncurrentiels. Les parties défenderesses devront alors répondre en démontrant « *either that the combination would not have anticompetitive effects or that the extraordinary effects of the merger will be offset by extraordinary efficiencies resulting from the merger* »<sup>2636</sup>.

S'agissant du second critère, la *district court* doit « *weigh the equities* » pour déterminer si une injonction préliminaire sert l'intérêt public<sup>2637</sup>. Selon la jurisprudence, l'intérêt public

---

<sup>2630</sup> 15 U.S.C. § 53(b), (2022), disponible en ligne : <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid%3AUSC-prelim-title15&saved=%7CZ3JhbnVsZWlkOIVTQy1wcmVsaW0tdGI0bGUxNS1zZW50aW9uMThh%7C%7C%7C0%7Cfalse%7Cprelim&edition=prelim>

<sup>2631</sup> À l'origine, les cours avaient accordé ce pouvoir de restauration (remedial power) à la FTC qu'à condition que la cour d'appel trouve « *that an effective remedial order, once the merger was implemented, would otherwise be virtually impossible* » (*FTC v. Dean Food Co.*, 384 U.S.597 (1966).) . La condition imposée par la cour soulevait toutefois de nombreuses questions notamment du point de vue du standard à adopter par les cours d'appel pour évaluer l'impraticabilité d'une cession, qui sous-tendait un examen complet des circonstances de droit et de faits de l'opération. La FTC devait apporter la preuve qu'aucun acte ou action ne pourraient compenser l'atteinte à la concurrence provoquée par la concentration et qu'une atteinte à l'intérêt public résulterait de la non suspension *pendente lite*.

<sup>2632</sup> *FTC v. Warner* 1984, *FTC v. H.J. Heinz Co.*, 246 F.3d 708, 726 (D.C. Cir. 2001); *FTC v. University Health* 1991

<sup>2633</sup> *FTC v. Sysco Corp.*, 113 F. Supp. 3d 1, 22 (D.D.C. 2015) ; *FTC v. Wilh. Wilhelmsen Holding ASA*, 341 F. Supp. 3d 27, 44 (D.D.C. 2018).

<sup>2634</sup> *FTC v. Wilh. Wilhelmsen Holding ASA*, 341 F. Supp. 3d 27, 44 (D.D.C. 2018).

<sup>2635</sup> *Fed. Trade Comm'n v. Penn State Hershey Med. Ctr.*, 838 F.3d, at 337 (3d Cir. 2016).

<sup>2636</sup> *Thomas Jefferson University.*, 505 F. Supp. 3d at 538 (E.D. Pa. 2020).

<sup>2637</sup> *FTC v. H.J. Heinz Co.*, 246 F.3d 708, 726 (D.C. Cir. 2001).

est satisfait s'il est garanti une mise en œuvre effective de la loi antitrust et s'il protège la FTC dans sa capacité à se prononcer sur le fond d'une affaire<sup>2638</sup>. L'*equity* requiert aussi de mettre en balance les intérêts privés, qui selon la jurisprudence « *alone do not justify denying a preliminary injunction* »<sup>2639</sup>.

La lecture d'une agence mieux favorisée<sup>2640</sup> sur le plan procédural prit véritablement corps en 2008 lors du prononcé du fameux arrêt Whole Foods Market<sup>2641</sup>.

Dans l'opinion individuelle rédigée par le Juge Brown en appel du rejet des *preliminary relief* contre la fusion Whole Foods market/Wild Oat la cour d'appel a semblé interpréter très favorablement ces standards en accordant une présomption de réussite au fond à moins que la FTC, « *entirely failed to show a likelihood of success.* »<sup>2642</sup>. Interprétation à laquelle le juge Kavanaugh, dans son opinion dissidente répondit que « *the FTC to just snap its fingers and temporarily block a merger* »<sup>2643</sup>. Contrairement au DOJ, la FTC n'aurait pas à définir un marché pertinent définitif au stade de la procédure en *preliminary relief*. Dans l'affaire Inova/Prince William Health System, le juge Hilton a en outre estimé que les audiences d'injonction préliminaire intentées par la FTC dans les affaires de fusion devaient avoir une portée limitée et ne pas être un moyen pour les parties de faire passer un mini-procès sur le

---

<sup>2638</sup> FTC v. Staples, Inc., 190 F. Supp. 3d 100, 137 (D.D.C. 2016).

<sup>2639</sup> Fed. Trade Comm'n v. Penn State Hershey Med. Ctr., 838 F.3d, at 329 (3d Cir. 2016).

<sup>2640</sup> Voir les travaux de l'Antitrust Modernization Commission, qui rapporte « *There is at least a perception, if not a reality, that the FTC and the DOJ face different standards* », p.141.

<sup>2641</sup> Le 21 février 2007, Whole Foods et Wild Oats ont conclu un accord de fusion aux termes duquel Whole Foods acquerrait 100 % des actions avec droit de vote de Wild Oats. La contrepartie totale de la transaction était d'environ 700 millions de dollars. Au moment de l'acquisition, Whole Foods spécialisé dans la vente de produits principalement issus de l'agriculture biologique possédait 194 magasins dans 37 États et le district de Columbia, ainsi qu'au Royaume-Uni, et Wild Oats comptait 74 magasins dans 24 États. Le 6 juin 2007, la FTC a déposé une action devant la *district court* du district de Columbia afin d'obtenir un *temporary restraining order* et une *preliminary injunction* pour empêcher la réalisation de transaction proposée. Le 7 juin 2007 la cour a accordé le TRO, mais, à la suite d'une audience de deux jours tenue les 31 juillet et 1er août 2007, a rejeté la demande de PI de la FTC le 16 août 2007. La FTC fit appel du jugement et, le 29 juillet 2008, la *district court of appeal* pour le circuit du D.C. annula le jugement de rejet, estimant que la FTC avait démontré la probabilité requise de succès sur le fond. Le 21 novembre 2008, le circuit du D.C. a rejeté la demande de Whole Foods pour un « *rehearing en banc* » (cette dernière procédure est rare et intervient pour garantir l'uniformité de la jurisprudence de la cour ou trancher une question d'ordre exceptionnelle. S'il est accordé, la cour d'appel se rassemble en assemblée. Voir, Federal Rules of Appellate Procedure, Rule 35). Malgré la réalisation et l'intégration de la fusion, la FTC maintint la procédure administrative à l'encontre de Whole Foods pour obtenir un *permanent relief*. Le contentieux administratif se résolut le 6 mars 2009 par la conclusion d'un accord de cession (*consent order*) de 32 supermarchés biologiques haut de gamme et les actifs attachés. Voir, *In the Matter of Whole Foods Market, Inc., and Wild Oats Markets, Inc.* <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/0710114/whole-foods-market-inc-wild-oats-markets-inc-matter> ; J. FRICKE, FTC v. Whole Foods Market: A New FTC Preliminary Injunction Standard, DePaul Business & Commercial Law Journal, Vol. 8, p. 173 (2010) ; T.A LAMBERT, Four Lessons from the Whole Foods Case, *Regulation*, Printemps 2008, p.22.

<sup>2642</sup> F.T.C. v. Whole Foods Market, Inc., at 1035, F.3d 869 (D.C. Cir. 2008).

<sup>2643</sup> F.T.C. v. Whole Foods Market, Inc., at 1052 F.3d 869 (D.C. Cir. 2008).

fond devant une juridiction fédérale.

Le DOJ comme la FTC qui faillit à l'obtention d'une *preliminary injunction* peut faire la demande à la *district court* ou à l'*Appellate court* de délivrer un *hold separate order*, c'est-à-dire une ordonnance interdisant aux parties d'intégrer les actifs litigieux. Ce type d'action est plus facile à obtenir par les autorités de concurrence, car elle n'empêche pas les parties de réaliser leur concentration. Le prononcé de *hold separate order* est approprié si l'acquisition des considérations d'*equity* le requier : « *significant equities favor the transaction and the less drastic restraint of a hold separate order realistically can be expected (a) to safeguard adequate eventual relief if the merger is ultimately found unlawful, and (b) to check interim anti-competitive harm* »<sup>2644</sup>. Les entreprises sont toutefois maintenues séparées et aucune ne peut en principe exercer un contrôle sur l'autre<sup>2645</sup>. Le *Department of Justice* se déclare pour sa part peu en faveur des *hold separate orders*, en raison de son manque d'efficacité. L'Antitrust division explique en effet, que les acquéreurs obtiennent de fait, de nombreuses informations stratégiques sur leur cible et que ces dernières ont tendance à s'affaiblir au fur et à mesure du temps, ne parvenant plus à rétablir la concurrence entre les entités<sup>2646</sup>.

Si la FTC n'a pas déposé une requête de jugement au fond devant le tribunal administratif interne ou devant un court, après que la *district court* a accordé la *preliminary relief*, celle-ci s'éteindra dans les vingt jours suivants son édicton.

En tout état de cause, les jugements des *district courts* sont susceptibles d'appel devant la *district court of Appeals*, qui juge au regard du critère de l'erreur manifeste d'appréciation s'agissant des faits (*abuse-of-discretion standard*), mais possède un contrôle entier sur les éléments de droit (*de novo review of legal conclusions*)<sup>2647</sup>.

## 2) La réformation de la règle 3.26, Partie III des Rules of Practice de la FTC

Le 23 mars 2015, à l'aube du dépôt de la proposition de loi, *Standard Merger and Acquisition Reviews Through Equal Rules Act* (SMARTER Act ci-après) tendant à l'effacement

<sup>2644</sup> FTC v. Weyerhaeuser Co., 665 F.2d au point 1085.

<sup>2645</sup> FTC v. Weyerhaeuser Co., 665 F.2d 1072 (D.C. Cir. 1981).

<sup>2646</sup> Antitrust Division Manual, Chapter IV, Litigation, 5th Ed., p.31.

<sup>2647</sup> ABA, *FTC Practice and Procedure Manual*, 2d Ed., ABA Publishing 2014, p. 162.



des différences procédurales entre la FTC et le DOJ par la suppression du tribunal administratif en matière de concentrations et visant à établir des standards de preuves équivalents pour la suspension et l'interdiction des opérations devant le juge judiciaire entre les deux autorités de contrôle<sup>2648</sup>, la FTC a procédé à une révision de sa réglementation et notamment, de la règle 3.26 régissant le statut des affaires en procédure administrative lorsqu'au cours d'une procédure auxiliaire (*ancillary*) elle se voit opposé un refus à sa requête en *preliminary injunction* par une *district court*.

Faisant l'objet de nombreuses critiques,<sup>2649</sup> la FTC a affiché sa volonté de promouvoir la « *fairness, flexibility and efficiency* » de ses enquêtes et de sa procédure contentieuse. La commission a donc décidé de revenir sur les mécanismes institués en 2009<sup>2650</sup> qui ne prévoyaient pas de retrait ou de suspension automatique de la requête au fond, pour prévenir tout retard dans la décision de la Commission de poursuivre ou non le litige administratif<sup>2651</sup>.

En réalité, la modification de la règle 3.26 des *Rules of Practice* rétablit la pratique qui préexistaient jusqu'à 2009. Instituée en 1995<sup>2652</sup> elle prévoyait que, le refus d'une mesure d'*injunctive relief* par une *district court* et après l'écoulement du délai d'appel, ou après qu'une cour d'appel a refusé une telle mesure, les défendeurs pouvaient demander que la procédure administrative contentieuse soit retirée (*withdrawn*). Dans les deux jours suivant le

---

<sup>2648</sup> Le *Standard Merger and Acquisition Reviews Through Equal Rules Act* a été introduit par le Représentant républicain du Texas Blake Farenthold, le 12 juin 2015, au sein du 114<sup>ème</sup> Congrès. La proposition fut votée par la Chambre des Représentants le 9 mai 2018, puis réintroduite sous une forme identique par au Sénat (S. 2102). La *bill*, promue par des *congressmen* républicains au cours de la présidence de Donald Trump, disparue sous la nouvelle législature (la 117<sup>ème</sup>) du 3 janvier 2021 où le parti démocrate jouissait d'une courte majorité.

<sup>2649</sup> FTC (sous la représentation d'Edith Ramirez, Chairwoman), Prepared Statement of The Federal Trade Commission Before the United States Senate Committee on the Judiciary Subcommittee on Antitrust, Competition Policy and Consumer Rights S. 2102, The Standard Merger and Acquisition Reviews Through Equal Rules Act of 2015, Washington, DC October 7, 2015, p. 8, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/prepared-statement-federal-trade-commission-s-2102-standard-merger-acquisition-reviews-through-equal>.

<sup>2650</sup> La révision de 2009 prévoyait que, l'affaire ne serait pas retirée, ni par le dépôt d'une *motion to withdraw*, ni suspendu par le dépôt d'une *motion to dismiss*, à moins que la Commission n'en décide autrement. Voir. Proposed FTC Final Interim Rules Regarding Adjudicatory Proceedings, Fed. Reg. Vol. 74, 13 janvier 2009, p.1804-1823.

<sup>2651</sup> Précisons que les modifications apportées aux règles de procédure administrative en 2009 sont nées des importants retards existants entre le dépôt d'une *preliminary relief* et le jugement au fond devant le tribunal administratif de la FTC. Ses amendements sont maintenus dans leur ensemble. Voir, FTC Issues Interim Final Rules Amending Parts 3 and 4 of its Rules of Practice; Rules are Designed to Expedite and Streamline the Entire Part 3 Proceeding, 23 décembre 2008, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2008/12/ftc-issues-interim-final-rules-amending-parts-3-4-its-rules>.

<sup>2652</sup> Commission Statement of Policy, Administrative Litigation Following the Denial of a Preliminary Injunction, Fed. Reg. Vol. 60, No. 149, 3 août 1995, p. 39741, disponible en ligne : [https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/federal\\_register\\_notices/administrative-litigation-following-denial-preliminary-injunction-policy-statement/950803administrativelitigation.pdf](https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/federal_register_notices/administrative-litigation-following-denial-preliminary-injunction-policy-statement/950803administrativelitigation.pdf).

dépôt d'une telle motion, la FTC devait procéder au retrait de l'affaire. À côté de la *motion to withdraw*, les défendeurs pouvaient déposer une *motion to dismiss*, qui suspendait automatiquement la procédure jusqu'à ce que la commission en décide autrement. La FTC a réintégré ces possibilités en 2015, en maintenant toutefois l'opportunité d'une procédure administrative pour contester un projet de concentration. La commission avait en effet dès 1995, énoncé cinq facteurs permettant à la FTC d'évaluer l'intérêt public à poursuivre le contentieux au fond devant le tribunal administratif après le rejet d'une demande *d'injunctive relief* par le juge judiciaire.

Ainsi, doivent être pris en considération, en premier lieu, les constatations factuelles et les conclusions juridiques de la *district court* ou de toute juridiction d'appel (1), en deuxième lieu, toute nouvelle preuve développée au cours de la procédure d'injonction préliminaire (2), en troisième lieu, l'importance des questions de fait, de droit ou pour la politique en matière de concentrations que revêt le cas (3), en quatrième lieu, l'évaluation globale des coûts et des avantages de la poursuite de la procédure (4) et enfin toute autre question permettant de déterminer s'il est dans l'intérêt public de poursuivre la contestation de la fusion (5)<sup>2653</sup>.

Dès lors, lorsqu'une procédure est engagée en vertu de la section 13 (b) du FTC Act, la commission n'est pas liée en tant que telle par le rejet du juge judiciaire d'accorder les *reliefs* requis, mais à toutefois l'obligation, si elle décide de poursuivre le procès administratif au fond, de tenir compte des circonstances particulières de chaque cas.

Dans une affaire de 2013 « *Phoebe Putney Health System* », la FTC avait refusé de radier du rôle le litige administratif après avoir perdu devant la *district court*, mais avait suspendu la procédure et obtenu gain de cause en appel devant la Cour suprême<sup>2654</sup>.

Rappelons que si une *preliminary injunction* n'a pas été prononcée par le juge judiciaire, les parties à moins qu'elles ne consentent à suspendre leur opération jusqu'au prononcé de la décision de la FTC, peuvent légalement réaliser leur concentration. Le procès adminis-

---

<sup>2653</sup> Commission Statement of Policy, Administrative Litigation Following the Denial of a Preliminary Injunction, Fed. Reg. Vol. 60, No. 149, 3 août 1995, p. 39741, disponible en ligne : [https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/federal\\_register\\_notices/administrative-litigation-following-denial-preliminary-injunction-policy-statement/950803administrativelitigation.pdf](https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/federal_register_notices/administrative-litigation-following-denial-preliminary-injunction-policy-statement/950803administrativelitigation.pdf).

<sup>2654</sup> *In re Phoebe Putney, Order Granting Complaint Counsel's Motion to Lift Stay*, No. 9348 (F.T.C. 14 mars 2013), disponible en ligne : <http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2013/03/130314phoebeordermotion.pdf>.

tratif se déroulera alors face à une transaction consommée. Les victoires de la FTC devant le juge judiciaire pour obtenir de telles suspensions sont rares (car les cas de poursuites le sont aussi) et en cas d'échec d'un recours préliminaire, les poursuites devant le juge administratif sont souvent abandonnées par la FTC<sup>2655</sup>.

Au cours de l'année fiscale 2021, la FTC s'est opposée à 18 concentrations, 7 opérations ont été abandonnées ou restructurées par les parties, 5 ont fait l'objet de *consent orders* et 6 ont fait l'objet de poursuites devant le tribunal administratif et le juge judiciaire. Une *preliminary injunction* est allée jusqu'au bout de son processus et a été accordée à la FTC par la Cour d'appel<sup>2656</sup>.

L'absence de pouvoir de contrainte de la FTC est contrebalancée par le caractère global que peut prendre certains contentieux grâce notamment aux accords pouvant être conclus avec les *States Attorneys general*. Par exemple, la FTC avait déposé après une *second request*, une plainte administrative visant à bloquer la fusion des deux plus grands distributeurs de services alimentaires des États-Unis, Sysco Corporation et US Foods, Inc, qui fournissent un très grand nombre d'institutions publiques et privées en nourriture et en produits connexes. La FTC avait sollicité dans son action la participation de 11 procureurs généraux et du district de Columbia, et reçu la *preliminary injunction* auprès de la *district court* du *District of Columbia*<sup>2657</sup>.

## **b. Les requêtes en *preliminary relief* formulé par le DOJ**

Le *Department of Justice* contrairement à la FTC ne possède qu'une voie de poursuite unique pour suspendre et interdire une concentration. Les requêtes en *preliminary relief* sont déposées à chaque fois que le jugement au fond ne pourra rétablir de manière satisfaisante la concurrence sur les marchés concernés. Dans ce cadre, la procédure suivie par le DOJ requiert de telles exigences pour remporter une injonction préliminaire que son affaire est en état

---

<sup>2655</sup> Par exemple, en 2011, la FTC a mis fin au recours administratif devant son tribunal interne concernant l'acquisition de Westcliff Medical Labs par Laboratory Corporation of America après avoir soigneusement examiné les facteurs décrits dans la déclaration de principes de 1995. Plus récemment, *In matter of Evonik/PeroxyChem*, 29 avril 2020,

<sup>2656</sup> *FTC v. Hackensack Meridian Health, Inc. v. Englewood Healthcare Foundation*, No. 21-2603 (3d Cir. Mar. 22, 2022).

<sup>2657</sup> *FTC v. Sysco Corp.*, F. Supp. 3d, No. 1:15-cv-00256 (APM), 2015 WL 3958568, at \*9 (D.D.C. June 23, 2015).

d'être jugé au fond devant la *district court*<sup>2658</sup>.

### 1) Standards de preuves devant le juge pour requérir une *preliminary injunction*

Le *Federal Rules of Civil Procedure* ne réglemente pas l'octroi ou le refus d'une *preliminary injunction*, le juge applique donc les règles de *common law* traditionnelles en matière d'*equity*.

Ainsi, le juge doit observer plusieurs facteurs pour rendre sa décision<sup>2659</sup> :

- La probabilité de réussite du procès au fond du demandeur. Le DOJ doit démontrer dans quelle mesure la concentration pourrait violer la Section 7 du Clayton Act en portant une atteinte substantielle à la concurrence sur une ligne de commerce<sup>2660</sup>.
- L'existence de la menace d'un préjudice irréparable. La Cour suprême, dans un *dictum* de l'arrêt *California v. American Stores Corporation* a déclaré que « *in a Government case the proof of the violation of law may itself establish sufficient public injury to warrant relief.* »<sup>2661</sup>. En matière de concentration, le dommage irréparable s'évalue donc au regard des preuves apportées et des conséquences sur la concurrence si l'opération était maintenue en l'état<sup>2662</sup>, il existe donc une présomption découlant du rôle de l'Attorney General de protéger les atteintes de cette nature.
- La *balance of equity*, correspond à l'équilibre des intérêts en présence. Les tribunaux accordent généralement beaucoup plus de poids à l'intérêt défendu par l'Attorney General que ceux motivés par des enjeux privés<sup>2663</sup>.
- L'intérêt public à prononcer un *preliminary relief*. L'intérêt public dans les affaires de concentrations est en principe implicitement compris au sein des critères de

---

<sup>2658</sup> Harvard Law Association, Developments in the Law: Injunctions, *Harvard Law Review*, vol. 78, no. 5, 1965, pp. 994–1093, disponible en ligne : <https://doi.org/10.2307/1338990>.

<sup>2659</sup> L. LINDA, J. SILBERMAN, A. R. STEIN, T.B. WOLFF, *Civil Procedure : Theory and Practice*, 5th Ed., Aspen Casebook Serie, Wolters Kluwer, 2017, p. 731 ; Department of Justice, Antitrust Division Manual, Chapter IV, Litigation, 5th Ed

<sup>2660</sup> *United States v. Country Lake Foods, Inc.*, 754 F. Supp. 669 (D. Minn. 1990) ; *United States v. Siemens Corp.*, 621 F.2d 499 (2d Cir. 1980). Cela revient en général à exposer le marché produit et le marché géographique pertinent pour exposer l'atteinte.

<sup>2661</sup> *California v. Am. Stores Co.*, 495 U.S. 271, 295 (1990).

<sup>2662</sup> *United States v. Chrysler Corp.*, 232 F. Supp. 651, à 657 (D.N.J. 1964) ; *United States v. Siemens Corp.*, 621 F.2d 499 (2d Cir. 1980).

<sup>2663</sup> Voir par exemple, *United States v. Siemens*, 621 F.2d à 506; *United States v. Columbia Pictures*, 507 F. Supp. 412, 434 (S.D.N.Y. 1980).

« préjudice irréparable » et dans la « *balance of equities* »<sup>2664</sup>.

La règle 65 (a) (2) des règles fédérales de procédure civile complique le processus d'action en *preliminary injunction* car elle permet aux cours de la « *Consolidating the Hearing with the Trial on the Merits. Before or after beginning the hearing on a motion for a preliminary injunction, the court may advance the trial on the merits and consolidate it with the hearing. (. . .)* »<sup>2665</sup>. Le DOJ accepte généralement de combiner la demande de mesure préliminaire avec un procès au fond<sup>2666</sup>.

Il est alors possible de comprendre les difficultés rencontrées par l'Antitrust Division lorsqu'elle se trouve dans la position de s'opposer à une concentration. Il n'est pas surprenant de constater que l'extrême majorité des oppositions à une opération se résout par le biais de *consent decrees* qui restreint la procédure contentieuse accusatoire. L'ancien *Assistant Attorney General* Makan Delrahim a initié une nouvelle voie de résolution des litiges.

## 2) La recours à un mode alternatifs de règlement des différends : l'arbitrage

Les différences manifestes dans la procédure de *preliminary relief* entre le DOJ et de la FTC devant les juridictions civiles ont amené le DOJ à proposer une voie encore jamais empruntée dans l'exercice du contrôle des concentrations aux États-Unis. Le *Department of Justice* a demandé aux parties à l'opération Aleris Corporation/Novelis Inc<sup>2667</sup> en 2019 de se soumettre à un arbitrage<sup>2668</sup> contraignant (*binding arbitration*) si elles ne parvenaient pas à un

---

<sup>2664</sup> United States v. Gillette Co., 828 F. Supp. 78, 86 (D.D.C. 1993).

<sup>2665</sup> Federal Rules of Civil Procedure, Rule 65 (a)(2), 2021, disponible en ligne : <https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-viii-provisional-and-final-remedies/rule-65-injunctions-and-restraining-orders/>

<sup>2666</sup> K. ANDEER, Another Look at Process: Is There Really a Difference Between Merger Litigation at the Agencies?, *Global Competition Policy*, Avril. 2009, disponible en ligne : <https://www.competitionpolicyinternational.com/another-look-at-process-is-there-really-a-difference-between-merger-litigation-at-the-agencies/>.

<sup>2667</sup> U.S. v. Novelis Inc. and Aleris Corporation, Final Arbitration, 9 mars 2020 <https://www.justice.gov/media/1056661/dl?inline>.

<sup>2668</sup> Aux termes de la définition de Thomas E. Carbonneau, « *Arbitration is a private and generally informal trial procedure by which parties can adjudicate dispute. It is an extrajudicial process. It functions as an alternative to conventional litigation. It yields binding determinations through less expensive, more efficient experts, and fair proceedings. (...) Arbitration is neither negotiation nor mediation ; By agreeing to arbitrate, the parties confer full legal authority on the arbitrators to adjudicate their dispute, i.e., to render a final disposition on the matters submitted that can be enforced through coercive legal means.* ». Voir, T.E. CARBONNEAU,

accord dans un certain délai pour résoudre les problèmes de concurrence que soulevait la transaction. L'objectif assumé par *Assistant Attorney General* Makan Delrahim était de contourner les coûts et les lourdeurs d'un procès civil et accélérer le règlement du litige et de garantir un meilleur usage des finances publiques<sup>2669</sup>.

Encore fallait-il que le recours à une procédure extra juridictionnelle soit disponible pour le DOJ. L'AAG Delrahim s'est fondé sur une législation relativement ancienne « *Administrative Dispute Resolution Act* » de 1990<sup>2670</sup> (ADRA ci-après) qui autorise l'Antitrust Division à utiliser des techniques alternatives de résolution des litiges. Ce recours est toutefois dérogatoire comme le montre la circulaire du 6 avril 1995 publiée par l'Attorney General Janet Reno, intitulée « *Promoting the Broader Appropriate Use of Alternative Dispute Resolution Techniques* »<sup>2671</sup>. Ce document explique les motifs qui doivent guider l'utilisation de ce mode de résolution des différends et notamment « *A set of criteria to be used in identifying specific cases appropriate for resolution through settlement negotiations or the use of a formal ADR<sup>2672</sup> technique. The component guidance should also identify ADR methods most suitable to resolving certain categories of cases, and criteria for the selection of ADR providers* ».

Le recours à un tiers neutre pour trancher les questions de droits ou de faits litigieuses permet une plus grande flexibilité que le procès juridictionnel. Le calendrier peut être fixé d'un commun accord avec l'arbitre et les parties s'en remettent à son expertise. L'arbitrage

---

*Law and Practice of Arbitration*, 5th Ed., Juris Publishing, New 2014, p.1. Dans l'Union européenne, l'arbitrage peut être utilisé en matière de concentrations économiques à des fins de contrôle des remèdes comportementaux. En effet, ces remèdes engagent les parties pour le futur. La clause d'arbitrage permet de garantir le respect à long terme de ces engagements sans que la Commission n'engage ses ressources dans cette tâche. En aucun cas le règlement 139/2004 sur les concentrations ne prévoit un règlement des litiges en dehors de la procédure d'appel édictée à l'article 16 dudit règlement, qui renvoi en principe le recours contre une décision de la Commission faisant grief devant la Cour de justice de l'Union européenne (le Tribunal de l'Union européenne est néanmoins compétent en première instance depuis sa création par une décision du Conseil des Communautés européennes du 24 octobre 1988). Voir, The Commission Note on remedies acceptable under Council Regulation (ECC) no. 139/2004 and under Commission Regulation (EC) no. 802/2004, point 130, disponible en ligne : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52008XC1022%2801%29>. Voir, L'ouvrage encyclopédique de G. BLANKE et L. LANDOLT, *UE and United States Antitrust Arbitration : A Handbook for Practitioners*, Kluwer Law International, Vol. 2, 2011, p. 1703.

<sup>2669</sup> Department of Justice, *Justice Department Wins Historic Arbitration of a Merger Dispute*, Press Release, 9 mars 2020, disponible en ligne : <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-wins-historic-arbitration-merger-dispute/>.

<sup>2670</sup> Pub. L. No. 101-552, 104 Stat. 2736-48, modifié par « *The Administrative Dispute Resolution Act* » de 1996, Pub. Law 104-320 (1996). Codifié, au titre 5 U.S.C. § 571 et suivant.

<sup>2671</sup> DOJ (Office of the Associate Attorney General), *Promoting the Broader Appropriate Use of Alternative Dispute Resolution Techniques*, OBD 1160.1, 6 avril 1995, disponible en ligne : <https://www.adr.gov/1995.04.06.RENO.pdf>.

<sup>2672</sup> ADR pour « alternative dispute resolution ».

donne également aux parties à un litige la possibilité d'élaborer leurs propres procédures pour présenter des preuves. En outre, il permet aux parties d'exercer un contrôle plus direct sur la réparation. Dans un *mémorandum* publié le 12 novembre 2020<sup>2673</sup>, le *Department of Justice* a formulé des recommandations sur l'utilisation de l'arbitrage en matière antitrust et sur les critères de sélection des affaires dans le cas où toutes les parties y consentent<sup>2674</sup>. Le premier facteur favorisant le recours à la procédure d'arbitrage en lieu et place d'un procès civil est d'abord budgétaire, pour permettre la « *Conservation of Enforcement Resources* », et réduire les dépenses des contribuables (1), ensuite, il doit correspondre aux « *Issues Lend Themselves to Resolution by Arbitration* », c'est-à-dire que les questions juridiques et/ou économiques soumises à l'arbitre doivent être claires, adaptées et déterminantes pour la résolution du litige (2), le litige doit revêtir une complexité factuelle ou technique particulière (3), qui jugé devant les juridictions de droit commun, entraînerait un retard « inacceptable » (4) et enfin un « *Particular Need to Control the Scope of Relief* », permettant au DOJ d'obtenir les concessions souhaitées (5)<sup>2675</sup>.

L'*Antitrust division* utilisa pour la première fois l'arbitrage dans l'acquisition d'Aleris Corporation<sup>2676</sup> par Novelis<sup>2677</sup>. Le DOJ intégra en accord avec les parties une clause compromissoire conférant le litige à l'arbitrage si les problèmes de concurrence générés par la concentration ne pouvaient être résolus à l'issue de l'écoulement d'une certaine période de temps. Ainsi, le 4 septembre 2019, le DOJ a déposé une plainte civile devant la *district court* des États-Unis pour le district nord de l'Ohio, visant à bloquer l'acquisition<sup>2678</sup>. Conformément à la convention d'arbitrage, le *fact discovery* se déroula devant le *district court*. La pierre d'achoppement entre le DOJ et les parties concernait la définition du marché des produits. Au terme d'une audience de dix jours l'arbitrage a été rendu en faveur du *Department*

---

<sup>2673</sup> Department of Justice, Updated Guidance Regarding the Use of Arbitration and Case Selection Criteria, Memorandum, 12 novembre 2020.

<sup>2674</sup> 5 U.S.C. § 575(a).

<sup>2675</sup> Department of Justice, Updated Guidance Regarding the Use of Arbitration and Case Selection Criteria, Memorandum, 12 novembre 2020, p. 2,3.

<sup>2676</sup> Aleris est une société de vente de produits en aluminium laminés à plat destinés entre autres aux secteurs de l'automobile, de l'aérospatiale et du bâtiment et de la construction.

<sup>2677</sup> Novelis est une société canadienne qui offre des produits d'aluminium laminés à plat dans trois segments : automobile, canettes de boisson et produits spécialisés.

<sup>2678</sup> Department of Justice, Updated Guidance Regarding the Use of Arbitration and Case Selection Criteria, Memorandum, 12 novembre 2020.

of Justice, estimant que la tôle de carrosserie automobile en aluminium constitue le marché de produits pertinent<sup>2679</sup>.

En l'espèce l'arbitrage avait été engagé après le dépôt d'une plainte civile, nécessitant l'intervention du juge par un *final judgment*. En effet, en vertu du Tunney Act, « *any proposal for a consent judgment submitted by the United States for entry in any civil proceeding brought by or on behalf of the United States under the antitrust laws* »<sup>2680</sup>. La loi Tunney de 1974 confie, en effet, au juge le rôle de mener la procédure de *consent decree* dans l'intérêt public avant d'accorder une validation (*approval*)<sup>2681</sup>. La procédure peut être rallongée dans la mesure où les tiers intéressés sur autorisation de la cour peuvent avoir une participation active durant les audiences, « *by reviewing the pertinent documents, examining witnesses, filing briefs and requesting that the court take testimony of government officials or expert witnesses* »<sup>2682</sup>.

Le *mémorandum* souligne que le dépôt d'une plainte devant la cour n'est pas obligatoire et que dans ce cas le *Tunney Act* ne pourra se voir alors appliquer.

La FTC pourrait-elle avoir recours à l'arbitrage ? Si le ADRA permet aux « *agencies* » d'utiliser des modes de règlement alternatifs des litiges, il écarte selon le titre 5 U.S.C. § 572 (b), cette possibilité dans six cas précis :

*An agency shall consider not using a dispute resolution proceeding if—*

- *a definitive or authoritative resolution of the matter is required for precedential value, and such a proceeding is not likely to be accepted generally as an authoritative precedent;*
- *the matter involves or may bear upon significant questions of Government policy that require additional procedures before a final resolution may be*

---

<sup>2679</sup> Department of Justice, *Justice Department Wins Historic Arbitration of a Merger Dispute*, Press Release, 9 mars 2020, disponible en ligne: <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-wins-historic-arbitration-merger-dispute>.

<sup>2680</sup> 15 U.S.C. § 16(b).

<sup>2681</sup> *Antitrust Procedures and Penalties Act*, dit le « Tunney Act » du 21 décembre 1974, P.L.93-528, 88 Stat. 1706 (1974).

<sup>2682</sup> W. V. LUNEBURG, T. M. SUSMAN, *The Lobbying Manual: A Complete Guide to Federal Law Governing Lawyers and Lobbyists*, American Bar Association Ed, 3d Ed., 2005, p. 298.



*made, and such a proceeding would not likely serve to develop a recommended policy for the agency;*

- *maintaining established policies is of special importance, so that variations among individual decisions are not increased and such a proceeding would not likely reach consistent results among individual decisions;*
- *the matter significantly affects persons or organizations who are not parties to the proceeding;*
- *a full public record of the proceeding is important, and a dispute resolution proceeding cannot provide such a record; and*
- *the agency must maintain continuing jurisdiction over the matter with authority to alter the disposition of the matter in the light of changed circumstances, and a dispute resolution proceeding would interfere with the agency's fulfilling that requirement.*

La FTC semble répondre par nature à ces six conditions, ayant été créée pour construire une doctrine juridique et économique de long terme et développer des pratiques clarifiant l'analyse et la mise en œuvre du droit antitrust américain<sup>2683</sup>. Les *opinions* produites par la commission sont autant d'éclairage pour l'application du droit des concentrations, que le recours aux modes alternatifs de résolution des litiges ne peut pas suppléer. En outre, le Congrès a expressément conféré compétence à la commission en vertu de la section 13 (b) du Clayton Act modifié « *Whenever the Commission has reason to believe- (1) that any person, partnership, or corporation is violating, or is about to violate, any provision of law enforced by the Federal Trade Commission, (. . .) (2) that the enjoining thereof pending the issuance of a complaint by the Commission and until such complaint is dismissed by the Commission or set aside by the court on review, or until the order of the Commission made thereon has become*

---

<sup>2683</sup> Selon Gerard C. Henderson en 1925, la FTC a été créée « *An administrative body (...) has the continuing responsibility for results. It must ferret out violations, initiate proceedings, and adopt whatever proper methods necessary to enforce compliance with the law* ». Voir, G.C HENDERSON, *Federal Trade Commission A Study in Administrative Law and Procedure*, (New Haven): Yale University Press, 1925, p. 91. Voir aussi, P. ELMAN, *The Federal Trade Commission and the Administrative Process*, *Antitrust Bulletin*, N° 8, 1963, p. 610 ; N. CHUBB, *Agency Draw : How Serious Questions in Merger Review could Lead to Enhanced Merger Enforcement*, *George Mason Law Review*, Vol. 18, N° 2, 2011, p. 535-536.

*final, would be in the interest of the public ( . . . )* », ou par jugement au fond devant une *district court* et ne peut déléguer ce pouvoir à une tierce partie<sup>2684</sup>.

En tout état de cause, le DOJ souligne que « *whether arbitration will be beneficial to a case; that is, whether it will be more cost efficient, faster or will enhance the opportunities for a better result than would be the case with traditional litigation.* » il ne souhaite cependant pas se soustraire de manière permanente au contrôle juridictionnel et à l'intérêt public qui s'y attache. L'importance du déroulé de débats contradictoires devant une cour de justice, ainsi que la nécessité d'un système fondé sur le précédent ne permet pas d'hisser en principe la procédure d'arbitrage pour tous les litiges en matière de concentration.

## ***2. La procédure au fond***

L'organisation du système américain du contrôle des concentrations est structurée de manière à rendre les jugements d'interdiction relativement rares. La perspective d'un contentieux pousse les parties à proposer ou à accepter des engagements à tous moments de la procédure, ou à abandonner<sup>2685</sup>. Lors de la contestation d'une concentration, la FTC et les DOJ ont, en effet, l'obligation de déposer une demande de *permanent relief* pour régler le contentieux au fond. Parmi ces *permanent relieves*, une *permanent injunction* pourra être prononcée afin d'obtenir l'interdiction définitive de réaliser la concentration. Elle n'est cependant pas limitée à cet effet, la cour possède toute discrétion dans ses moyens en vertu de ses pouvoirs d'*equity* pour rétablir la concurrence. La FTC déposera dans la plupart des cas, une *complaint* devant son tribunal administratif interne alors que le DOJ recherchera devant la *district court* cette interdiction selon les règles de procédure civile de droit commun<sup>2686</sup>. Notre étude portant sur l'efficacité du contrôle des concentrations, il nous semble pertinent de cantonner nos exposés à la procédure administrative contentieuse (a).

---

<sup>2684</sup> S'agissant de la FEC, *Perot v. Federal Election Commission*, 97 F. 3d533 (DC Cir. 1996).

<sup>2685</sup> 16 CFR 3.11.

<sup>2686</sup> Codifié au Titre 15 U.S.C. §25, disponible en ligne : <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid%3AUSC-prelim-title15&saved=%7CZ3JhbnVsZWlkOIVTQy1wcmVsaW0tdGI0bGUxNS1zZWNoaW9uNTM%3D%7C%7C%7C0%7Cfalse%7Cprelim&edition=prelim>.

## a. La procédure devant le tribunal administratif de la FTC

La FTC dispose d'un *tribunal* administratif interne pour examiner les fusions proposées pouvant constituer des « *unfair methods of competition* ». Elle se fonde alors à la fois sur la violation de la section 7 de la loi Clayton propres aux fusions *lato sensu* et sur la section 5 de la loi FTC qui interdit les violations au droit de la concurrence de manière plus générale<sup>2687</sup>. La procédure administrative contentieuse est communément désignée « Part III litigation » en référence à son emplacement au sein du Code of Federal Regulations<sup>2688</sup>. Il résulte que de nombreuses concentrations parvenant en *Part III* sont de fait, déjà réalisées<sup>2689</sup>.

La procédure administrative contentieuse s'ouvre lorsque la Commission vote en faveur de l'émission d'une *complaint*, comprenant les bases légales de la plainte, un exposé clair et concis des faits détaillant les types d'actes et pratiques qui auraient violé la loi. La *complaint* est presque toujours accompagnée par une « *notice of contemplated relief* » qui informe des remèdes envisagés par la FTC<sup>2690</sup>.

Dans le cas où la commission a recherché une *preliminary injunction* devant une cour fédérale, la date des *evidentiary hearing* doit commencer dans les cinq mois suivants la date où la *complaint* a été notifiée<sup>2691</sup>. Dans les huit mois dans les autres cas<sup>2692</sup>. Comme nous l'avons vu, le refus d'une mesure d'*injunctive relief* par une *district court* et après l'écoulement du délai d'appel, ou après qu'une cour d'appel a refusé une telle mesure, les défendeurs peuvent demander le retrait de la *complaint*<sup>2693</sup>. Dans les deux jours suivants le

---

<sup>2687</sup> <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title15-section45&num=0&edition=prelim>

<sup>2688</sup> Titre 16, Chapitre 1, Sous-chapitre A, Partie III,, disponible en ligne : <https://www.ecfr.gov/current/title-16/chapter-I/subchapter-A/part-3>.

<sup>2689</sup> J. R. ROBERTSON, FTC Part III Litigation : Lessons from Chicago Bridge and Evanston Northwestern Healthcare, *Antitrust*, Spring 2006, p.12.

<sup>2690</sup> ABA, *FTC, Practice and Procedure Manual*, p.238. Voir par exemple : In the Matter of Altria Group, Inc.

a corporation; And JUUL Labs, Inc.a corporation, Complaint before the Federal trade Commission, Docket No. 9393, 1<sup>er</sup> avril 2020, disponible en ligne : [https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/d09393\\_administrative\\_part\\_iii\\_complaint-public\\_version.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/d09393_administrative_part_iii_complaint-public_version.pdf).

<sup>2691</sup> 16 CFR 3.11(b)(4), disponible en ligne : [https://www.ecfr.gov/current/title-16/chapter-I/subchapter-A/part-3#p-3.11\(b\)\(4\)](https://www.ecfr.gov/current/title-16/chapter-I/subchapter-A/part-3#p-3.11(b)(4)).

<sup>2692</sup> 16 CFR 3.11(b)(4),

<sup>2693</sup> Voir par exemple, Evonik/PeroxyChem, (In the Matter of), Respondent's motion to the commission to withdraw matter from adjudication, 7 février 2020, [https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/d09384\\_rs\\_mtn\\_to\\_the\\_comm\\_to\\_withdraw\\_matter\\_from\\_adjudicationpublic597549.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/d09384_rs_mtn_to_the_comm_to_withdraw_matter_from_adjudicationpublic597549.pdf) ; cette motion est suivie de l'*order* de la Commission ordonnant le retrait de

dépôt de la *motion*, la FTC doit procéder au retrait de l'affaire. La FTC se réserve toutefois l'opportunité de maintenir l'ouverture de la procédure administrative si l'intérêt public le nécessite.

**Les délais.** La procédure devant la juridiction administrative de la FTC a longtemps été exempte de délais<sup>2694</sup>. Une réforme du 1<sup>er</sup> mai 2009 est venue encadrer le déroulement de la procédure pour parer la mauvaise réputation du *tribunal*<sup>2695</sup>. Les délais sont stricts et ne sont pas modifiables par les parties ou le ALJ, les *evidentiary hearings*, ne peuvent durer au-delà de 210 heures. Seule la Commission, sur présentation d'un juste motif (*good cause*), peut étendre le nombre d'heures d'audiences<sup>2696</sup>. Malgré une volonté d'accélérer la procédure, cette durée semble toujours plus importante que devant le juge judiciaire.

**Les *prehearings*.** Les parties ont l'obligation de répondre à la *complaint* dans un délai de quatorze jours et comparaître pour une audience initiale (*prehearing scheduling confe-*

---

l'affaire. Voir, Commission *Order Withdrawing Matter From Adjudication Pursuant to Rule 3.26(c) of the Commission Rules of Practice*, 11 février 2020, [https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/d09384\\_commission\\_order\\_withdrawing\\_matter\\_from\\_adjudication.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/d09384_commission_order_withdrawing_matter_from_adjudication.pdf). Dans cette affaire, la FTC avait tenté de bloquer une concentration entre PeroxyChem holding et Evonik Industries, d'un montant de 625 millions de dollars et avait simultanément déposé une *complaint* devant son tribunal administratif le 2 août 2019. Après deux semaines d'audiences, le *District of Columbia* rejeta la demande de *preliminary injunction* le 24 janvier 2020. Le district court of the District of Columbia n'avait pas adopté de décision en faveur de la défense depuis le jugement Whole Foods de 2007 (renversé par la suite en appel).

<sup>2694</sup> Les durées étaient à titre indicatif.

<sup>2695</sup> Le processus juridictionnel de la FTC était connu comme lent et pesant, les parties pouvant attendre des années entre le dépôt d'une *complaint* et l'appel devant la Commission. Voir, R.R. Donnelley & Sons Co. v. FTC, 931 F.2d 430 (7th Cir. 1991), dans cette espèce, quatre années se sont écoulées entre le dépôt de la *complaint*, la procédure devant le juge administratif et l'appel devant les commissaires de la FTC ; *In re Chicago Bridge*, la décision fut émise quatorze mois après la plaidoirie ; la décision de désinvestissement fut émise cinq ans après la plaidoirie. Voir, FTC Docket No. 9300, dossier disponible à l'adresse suivante : <http://ftc.gov/os/adjpro/d9300/index.shtm> ; dans l'affaire Polypore, la plainte a été déposée le 10 septembre 2008 et une décision finale a été émise le 10 décembre 2010), Voir, FTC Docket No. 9327 (Polypore), dossier disponible à l'adresse suivante : <http://ftc.gov/os/adjpro/d9327/index.shtm> (aff'd, 686 F.3 d 1208 (11th Cir. 11 juillet 2012)). Selon, l'ancien commissaire Thomas Rosh, les dix années précédant la réforme de 2009, la procédure en Partie III durait en moyenne 33,5 mois, de la plainte à la décision de la Commission. En comparaison, la durée moyenne d'une affaire antitrust devant un tribunal fédéral était à la même époque de 24 mois, de la plainte au jugement du tribunal de district. Voir, T. ROSH, Reflections on Procedure at the Federal Trade Commission, Remarks of J. Thomas Rosch Commissioner at the Federal Trade Commission, ABA Antitrust Masters Course IV The Homestead, Hot Springs, Virginia, 25 septembre 2008, p.2 ; voir aussi, R.N. JOHNSON, A. M. PARKMAN, Premerger Notification and the Incentive to Merge and Litigate, *Journal of Law, Economics & Organization*, Vol. 7, N° 1, 1991, p. 145-162. Pour J. Robert Robertson, les retards ne sont pas toujours imputables à la FTC. Selon cet auteur, avant qu'une concentration soit réalisée, les parties sont incitées à donner la priorité au calendrier de la *district court* si elles pensent avoir plus de chances de gagner devant le juge judiciaire plutôt que devant l'ALJ. Dans les cas post-fusion, les parties récoltent souvent les bénéfices de leur opération et un retard dans une cession potentielle peut être dans leur intérêt. Voir, J. R. ROBERTSON, Administrative Trials at the Federal Trade Commission in Competition Cases, *The Sedona Conference Journal*, Vol.14, 2013, p.102.

<sup>2696</sup> 16 CFR 3.41(b), disponible en ligne : [https://www.ecfr.gov/current/title-16/chapter-I/subchapter-A/part-3#p-3.41\(b\)](https://www.ecfr.gov/current/title-16/chapter-I/subchapter-A/part-3#p-3.41(b)).

rence) dans les dix jours suivant la *complaint*<sup>2697</sup>. Au cours de cette audience, les parties présentent leurs remarques, leurs arguments liminaires et discutent des faits<sup>2698</sup>. L'ALJ émet ensuite un *scheduling order*<sup>2699</sup>.

**La *discovery*.** Procédure fondamentale dans le procès accusatoire, la *discovery* désigne le processus par lequel les parties à une procédure judiciaire obtiennent l'accès à des faits qui peuvent directement ou indirectement appuyer leurs demandes ou leurs défenses<sup>2700</sup>. Cette collecte des faits constitue une différence fondamentale avec le système décisionnel européen, les parties découvrent les faits présentés au tribunal par chacune des parties. Elle consiste en des dépositions<sup>2701</sup>, des interrogatoires<sup>2702</sup>, des demandes de production de documents (ou d'autorisation d'inspection)<sup>2703</sup>, les examens physiques et mentaux et des *requests for admission*<sup>2704</sup>. Après la *facts discovery* Les parties communiquer leur liste d'experts (*expert discovery*). Les ALJs sont très diligents pour exclure les opinions d'experts qui n'ont pas été transmis pendant la période de la *discovery*<sup>2705</sup>. Au cours de ce processus contradictoire, le

---

<sup>2697</sup> 16 C.F.R. §§ 3.12, 3.21(2021), [https://www.ecfr.gov/current/title-16/chapter-I/subchapter-A/part-3#p-3.12\(a\)](https://www.ecfr.gov/current/title-16/chapter-I/subchapter-A/part-3#p-3.12(a)). Si elles ne répondent pas, les conséquences sont importantes pour les parties, car elles sont réputées avoir renoncé au droit de comparaître et de contester les allégations inscrites dans la *complaint*. La commission, sans autre avis des parties, peut alors prendre une décision définitive contenant les constatations et conclusions et mettre fin à la procédure. Voir, 16 CFR 3.12(c).

<sup>2698</sup> 16 CFR 3.21(b). (2021).

<sup>2699</sup> Dans les deux jours suivant la *scheduling conference*. Voir, 16 CFR 3.21(c)

<sup>2700</sup> Selon la définition donnée par les États-Unis dans sa contribution « The standard of review by courts in competition cases » auprès de l'OCDE, la *discovery* « means the compelled exchange of information between the parties and from third parties. Discovery normally includes compelled production of documents and data, depositions of potential witnesses along with expert discovery of each side's expert witnesses, and supporting expert materials. Courts can limit the frequency or extent of discovery if the discovery sought is irrelevant, is unreasonably cumulative or duplicative, can be obtained from another more convenient source, or for certain other reasons ». OCDE, The standard of review by courts in competition cases, Note by the United States, Working Party N° 3 on Co-operation and Enforcement, 4 juin 2019, disponible en ligne : <> ; Voir aussi, ABA, *The Merger review Process*, p. 456 ; ABA, *FTC Practice and Procedure Manual*, 2d Ed., ABA Publishing 2014, p. 242 ; Voir, en général, *Antitrust Division Manual*, Chapter IV, Litigation, p. 32, S. C. YEAZELL, J.C. SCHWARTZ, *Civil Procedure*, 10th Ed., 2018, Wolters Kluwer, p. 455 et s.

<sup>2701</sup> 16 CFR 3.33

<sup>2702</sup> 16 CFR 3.35

<sup>2703</sup> Ces demandes sont obligatoires si elles sont produites par subpoenas ad testificandum ou duces tecum. Aux termes du paragraphe 3.34 (a) et (b) du C.F.R., « *Subpoenas duces tecum; subpoenas to permit inspection of premises. Counsel for a party may sign and issue a subpoena, on a form provided by the Secretary, commanding a person to produce and permit inspection and copying of designated books, documents, or tangible things, or commanding a person to permit inspection of premises, at a time and place therein specified. The subpoena shall specify with reasonable particularity the material to be produced (...)* ». Dans le cas des Subpoenas ad testificandum: « *Counsel for a party may sign and issue a subpoena, on a form provided by the Secretary, requiring a person to appear and give testimony at the taking of a deposition to a party requesting such subpoena or to attend and give testimony at an adjudicative hearing* ». Disponible en ligne : [https://www.ecfr.gov/current/title-16/chapter-I/subchapter-A/part-3#p-3.34\(a\)](https://www.ecfr.gov/current/title-16/chapter-I/subchapter-A/part-3#p-3.34(a)).

<sup>2704</sup> 16 CFR 3.31 (a). Les requests for admission

<sup>2705</sup> ROBERTSON, Administrative Trials at the Federal Trade Commission in Competition Cases, *The Sedona Conference Journal*, Vol.14, 2013, p.108.

juge administratif délivre des *protective orders* afin de protéger la confidentialité de ces divulgations.

À l'issue de cette phase préliminaire au procès, l'affaire est en état d'être jugée, le ALJ tient une *final prehearing preference*, rassemblant les questions de droit, les faits ou l'admissibilité des preuves, les listes de pièces et de témoins. Lors de cette conférence, le juge administratif établit un calendrier définitif pour l'audition des preuves (*evidentiary hearing*) qui ne dure généralement pas plus de trente jours<sup>2706</sup>. L'ALJ dispose de cinq mois pour mener une enquête adéquate sur les faits et les experts et pour constituer le dossier nécessaire, qui peut comprendre des milliers de pièces, des dizaines de dépositions et des milliers de conclusions de fait après le procès.

En matière de preuve, le tribunal administratif a une appréciation très large et accepte au titre du paragraphe 3.43 (b) du Rules of Practice, les preuves « *pertinentes, matérielles et fiables* »<sup>2707</sup>.

Une fois l'audience administrative terminée qui se déroule comme un procès accusatoire devant le juge judiciaire, à la différence que l'ALJ constitue un dossier administratif à l'attention des commissaires. L'ALJ rend une décision initiale (*initial decision*) dans les soixante-dix jours<sup>2708</sup>. Cette décision comprend un exposé des constatations de fait (avec des références de page spécifiques aux principaux éléments de preuve à l'appui dans le dossier) et des conclusions de droit, ainsi que les raisons ou le fondement de celles-ci<sup>2709</sup>. Si une procédure en *preliminary injunction* est pendante devant la juridiction judiciaire, la commission réexaminera la décision initiale sans *notice of appeal*<sup>2710</sup>. Elle reprend l'affaire *de novo*, et les parties peuvent lui communiquer des *briefs* et *answering brief*. Des plaidoiries peuvent être organisées dans les 10 jours suivant la date limite de dépôt d'un *answering brief*.

La commission dispose alors d'un délai de quarante-cinq jours<sup>2711</sup> à compter de la transmission du dernier mémoire pour rendre une décision sur tout appel<sup>2712</sup>. Le collège de

---

<sup>2706</sup> ROBERTSON, Administrative Trials at the Federal Trade Commission in Competition Cases, *The Sedona Conference Journal*, Vol.14, 2013, p.108.

<sup>2707</sup> 16 CFR 3.43(a)

<sup>2708</sup> id. § 3.51 (exigeant une décision initiale en 70 jours avec une extension possible de 30 jours).

<sup>2709</sup> 16 CFR 3.51(c)(1).

<sup>2710</sup> Ibid.

<sup>2711</sup> id. § 3.54 (qui prévoit 45 jours jusqu'à la décision de la FTC).

commissaires de la FTC est au nombre de cinq membres, chacun possède un vote. Ainsi, la majorité des membres non récusés<sup>2713</sup> constitue le quorum du collège des commissaires<sup>2714</sup>. Une commission de trois membres peut donc légalement décider d'un *cease and desist order* par deux votes contre un<sup>2715</sup>, de même lorsque deux commissaires seulement sont présents sur cinq, en raison de la vacance d'un siège et de la récusation des deux autres. La décision est alors prononcée par l'unanimité des deux membres<sup>2716</sup>.

En pratique, cependant, la Commission peut prendre plus de temps pour rendre une décision finale. En tout état de cause les parties doivent attendre le rendu de la décision de la commission avant d'obtenir l'examen de leur affaire par une cour d'appel fédérale<sup>2717</sup>.

Seule, le *cease and desist order* peut faire l'objet d'un appel suspensif (*petition of review*) dans les soixante jours suivant sa signification par la commission<sup>2718</sup>. La juridiction d'appel n'a pas un contrôle entier sur les faits et les preuves apportées, « *The findings of the Commission as to the facts, if supported by evidence, shall be conclusive* »,<sup>2719</sup> mais peut confirmer, appliquer, modifier ou annuler la décision de la commission<sup>2720</sup>.

---

<sup>2712</sup> id. § 3.52 accorde 55 jours pour l'appel à la FTC. La FTC peut aussi appeler l'affaire en vertu du §3.54 du CFR.

<sup>2713</sup> 16 C.F.R. 4.14 (b).

<sup>2714</sup> La récusation intervient lorsqu'un participant estime qu'un commissaire doit écarter de la procédure de décision pour juste motif. Il doit produire des *affidavits* et toutes informations abondant pour justifier les motifs de récusation. Les commissaires au sein de cette procédure contentieuse doivent montrer tous les éléments du procès équitable et notamment qu'aucun commissaire ne préjuge du cas. Cette impartialité doit être apparente. Dès lors, si un commissaire a participé précédemment activement à des investigations sur des faits identiques au cas présentés, il devra être récusé. Voir. *Cinderella Career & Finishing Schs., Inc. v. FTC*, 425 F.2d 583, 591 (D.C. Cir. 1970). La *petition for recusal* doit être présentée à la Commission, à l'*office of the Secretary*. Récemment, la Chair Lina Khan, a fait l'objet d'une requête en récusation par Facebook et Amazon eut égard à son investissement supposé pour mettre en lumière les abus des grandes plateformes internet. B. KENDALL, Amazon Seeks Recusal of FTC Chairwoman Lina Khan in Antitrust Investigations of Company, the Wall Street Journal, <https://www.wsj.com/articles/amazon-seeks-recusal-of-ftc-chairwoman-lina-khan-in-antitrust-investigations-of-company-11625067962> ; K. STACEY, H. MURPHY, Facebook says chair should step back from antitrust case, *Financial Times*, 14 juillet 2021, disponible en ligne : <https://www.ft.com/content/3f7e7e02-82e0-430d-b923-b0a0c4ab50c4>.

<sup>2715</sup> *FTC v. Flotill Prods.*, 289 U.S., 179 (1967). Voir, B. KENDALL, <https://www.wsj.com/articles/amazon-seeks-recusal-of-ftc-chairwoman-lina-khan-in-antitrust-investigations-of-company-11625067962>

<sup>2716</sup> ABA, *FTC Practice and Procedure Manual*, 2d Ed., ABA Publishing 2014, p. 75.

<sup>2717</sup> Les parties peuvent cependant, requérir devant la *district court* le retrait de la *preliminary injunction* si le juge administratif ne conclut pas sur la délivrance d'une *permanent injunction*, *idem*, p. 216.

<sup>2718</sup> 15 U.S.C. § 21(c), 15 U.S.C. § 45(c) (2021). Le rejet d'une *permanent injunction*, n'est pas susceptible d'appel. La Commission peut toutefois réviser sa décision sur l'apport d'éléments nouveaux (U.S.C. §(c) ; W.E. KOVACIC, P. C. MAVROIDIS, D. J. NEVEN, Merger control procedures and institutions : A comparison of EU and U.S. practice, *The Antitrust Bulletin*: Vol. 59, No. 1, 2014, p. 57.

<sup>2719</sup> 15 U.S.C. § 53 (2021)

<sup>2720</sup> 15 U.S.C. § 45(d) (2021). L'arrêt d'appel est révisable devant la Cour suprême des États-Unis en requête en *certiorari*.

En l'absence d'appel, le *cease and desist orders* devient définitif, sa violation est sanctionnée au paragraphe 57 (b), du *United States code* qui permet aux juges d'user de ses pouvoirs *d'equity* et donc éventuellement par le prononcé de dommages et intérêts<sup>2721</sup>.

## B. L'opposition d'une personne privée à une concentration aux États-Unis

Un rapport du Congrès sur le *Sherman Act* de 1940 rappelait « *A man knew when a was hurt better than an agency or government above could tell him* »<sup>2722</sup>. Les actions dites de *private enforcement* ont été introduites dès les prémices du droit antitrust américain. Ces dispositions permettent aux personnes privées de recouvrir une compensation en cas de dommages économiques causés par la violation d'une loi de protection de la concurrence. Introduite dans le *Sherman Act* pour la première fois en 1989, les droits des personnes privées ont toujours été réaffirmés dans les lois postérieures telles que le *Clayton Act* en 1914 et le HSR Act en 1976, mais aussi par le juge à de nombreuses reprises, ainsi dans l'arrêt notable *California v. American Stores Co.*, par exemple la Cour suprême affirmait que « *Private enforcement of the [Clayton] Act was in no sense an afterthought; it was an integral part of the congressional plan for protecting competition* »<sup>2723</sup>.

Aujourd'hui, le *private enforcement* fondé sur la violation du *Sherman Act* consiste majoritairement en des poursuites en *class actions*. S'agissant des concentrations économiques, 41 actions privées ont été recensées de 2015 à 2022<sup>2724</sup>, ce qui est significatif au regard de la

---

<sup>2721</sup> En vertu du Titre 15 U.S.C paragraphe 57(b), « *The court in an action under subsection (a) shall have jurisdiction to grant such relief as the court finds necessary to redress injury to consumers or other persons, partnerships, and corporations resulting from the rule violation or the unfair or deceptive act or practice, as the case may be. Such relief may include, but shall not be limited to, rescission or reformation of contracts, the refund of money or return of property, the payment of damages, and public notification respecting the rule violation or the unfair or deceptive act or practice, as the case may be; except that nothing in this subsection is intended to authorize the imposition of any exemplary or punitive damages* », disponible en ligne : <http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid%3AUSC-prelim-title15-chapter2-.subchapter1&saved=%7CKHRpdGxIOjE1IHNIY3Rpb246NTdiLTJhIGVkaXRpb246cHJlbGltKQ%3D%3D%7C%7C%7C0%7Cfalse%7Cprelim&edition=prelim>.

<sup>2722</sup> Rapport du Congrès cité in., HAMILTON, I. TILL, *Antitrust in Action*, Capo Press, 1974 Ed., p. 10.

<sup>2723</sup> *California v. Am. Stores Co.*, 495 U.S. 271, 284 (1990).

<sup>2724</sup> K. HAHM, R. PHAIR, C. SIMPSON, J. MARTIN, *Recent Private Merger Challenges: Anomaly or Harbinger?*, *Antitrust*, Vol. 35, No. 3, Été 2021, p.92 ; *Overview of Private Merger Challenges Filed Since 2000 (as of 9/23/22)* Published as a supplement to the article: *Recent Private Merger Challenges - Anomaly or Har-*



difficulté pour se voir reconnaître un intérêt à agir.

En droit des concentrations, la Section 4 du Clayton Act ouvre aux personnes privées une action judiciaire en cas de violation de la Section 7 de la loi. La Section 16 du *Clayton Act* énonce les remèdes pouvant être demandés devant une cour afin d'empêcher ou encore réparer l'atteinte à la concurrence. Ils ne sont pas les mêmes selon que le tiers est un concurrent ou un consommateur. La Cour suprême a cependant rendu ces actions particulièrement ardues<sup>2725</sup>.

### ***1. La difficulté de mise en œuvre des actions en private enforcement***

Les tiers à une opération de concentration peuvent contester la transaction en déposant une *complaint* devant une cour fédérale. L'action peut être engagée après l'annonce de la transaction, pendant la période d'examen de la concentration, après la non-opposition des agences antitrust ou même sa réalisation. Lorsque le coût en termes de ressources financières et de temps ne sont pas des freins à ce recours, les conditions pour satisfaire l'intérêt à agir (1) puis le haut standard de preuves à établir (2) suffisent souvent à restreindre leurs prétentions.

#### **a. L'intérêt à agir d'un concurrent : la preuve d'un « préjudice antitrust »**

Pour prouver son intérêt à agir, les tribunaux examinent d'abord si le demandeur a subi un « *antitrust injury* », c'est-à-dire « *an injury of the type the antitrust laws were intended to prevent and that flows from that which makes the defendants' acts unlawful* »<sup>2726</sup>. Démontrer un préjudice ne suffit donc pas à constituer un *antitrust injury*.

Le demandeur doit établir que son préjudice est directement imputable à la violation de

---

binger ?, disponible en ligne : <https://www.huntonak.com/Media/Private-Merger-Enforcement-Chart-Addendum.pdf>.

<sup>2725</sup> L'action de Sprint en 2011 contre la fusion AT&T est un exemple notable de réussite d'une action en *private enforcement*. L'opérateur avait allégué entre autres préjudices que la fusion allait accroître la concentration sur le marché des services sans fil et augmenter les prix de détail. AT&T aurait eu un plus grand pouvoir d'achat sur le marché clé des dispositifs mobile. Le juge a donc reconnu l'intérêt à agir du défendeur. Face aux actions publiques et privées, AT&T/T-Mobile abandonnèrent leur projet de fusion. Voir, *Sprint Nextel Corp v. AT&T Inc.*, Nos. 11-1600, 2011 WL 5188081 (D.D.C. Nov. 2, 2011).

<sup>2726</sup> *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat*, 429 U.S. 447, 1977.

la loi Clayton, l'objectif des lois antitrust créant la cause de l'action<sup>2727</sup>. La simple augmentation des prix ou le changement de conditions de marché après la fusion ne sont pas constitutifs en eux-mêmes d'un préjudice antitrust peu important qu'ils résultent de la fusion<sup>2728</sup>. Au-delà, il est inutile d'alléguer devant les cours d'une baisse de leurs prix, et ce même si elle augmente le pouvoir des agents fusionnés. La notion « *d'antitrust injury* » en matière de concurrence est restreinte par le juge, en particulier en ce qui concerne les concurrents, à des comportements prédateurs de la part des parties à la fusion<sup>2729</sup>. Ainsi, le juge examine si une entreprise, après fusion, pourrait forcer ses fournisseurs à signer des contrats d'approvisionnement exclusifs, écartant de fait les plus petits acteurs du marché<sup>2730</sup>. La préoccupation principale est de déterminer si l'entité pourrait abuser de sa position dominante, empêchant un concurrent d'accéder à une ressource cruciale pour son activité<sup>2731</sup>. Évidemment, l'*antitrust prejudice*, s'ajoute aux conditions traditionnelles exigées dans la procédure civile américaine<sup>2732</sup>.

## b. L'intérêt à agir des consommateurs

Les consommateurs craignant les conséquences d'une opération de concentration peuvent engager une action en *private enforcement*, à titre individuel ou par *class action*. L'objectif de la loi Clayton étant de protéger les consommateurs contre les prix

---

<sup>2727</sup> Associated Gen. Contractors of Cal. v. Cal. State Council of Carpenters, 459 U.S. 519, 535 (1983)). Voir, E.L. FISCHER, Private Merger Challenges under Section 16 of the Clayton Act: Caution post Jeld-Wen, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 170, p. 241 ets.

<sup>2728</sup> Pool Water Prods. v. Olin Corp., 258 F.3d 1024, 1033 (9th Cir. 2001) ; Phototron Corp. v. Eastman Kodak Co., 842 F.2d 95, 100 (5th Cir. 1988)

<sup>2729</sup> La Cour suprême définit la prédation « *as pricing below an appropriate measure of cost for the purpose of eliminating competitors in a the short run and reducing competition in the long run* ». Voir Cargill v. Monfort of Colo., Inc., 479 U.S. 1119(1986); Associated Gen. Contractors of Cal., Inc. v. Ca. State Council of Carpenters, 459 U.S. 519, 545 (1983).

<sup>2730</sup> Ainsi dans l'affaire AT&T/T-Mobile, Sprint alléguait qu'en augmentant la base de clients d'AT&T de 37 %, la fusion permettrait de faire pression sur les fabricants de combinés pour qu'ils signent des accords exclusifs interdisant à ses fabricants de vendre des téléphones de pointes - comme l'iPhone d'Apple - à des rivaux plus petits comme Sprint et Cellular South. Sprint Nextel Corp v. AT&T Inc., Nos. 11-1600, 2011 WL 5188081 (D.D.C. Nov. 2, 2011).

<sup>2731</sup> Par exemple, un concurrent subit un préjudice antitrust lorsque la fusion entre des fournisseurs de tisanes rivaux lui interdit l'accès aux rayons des supermarchés. Voir, Bigelow, Inc. v. Unilever N.V., 867 F.2 d 102 (2d Cir. 1989) ; un fabricant concurrent de roues et de freins d'avion peut alléguer un préjudice antitrust lorsque la fusion lui interdit l'accès aux trains d'atterrissage fabriqués par l'une des parties à la fusion, Allied Signal, Inc.v.B.F. Goodrich Co.,183F.3d568 (7th Cir.1999).

<sup>2732</sup> Dans le cadre d'une action en *treble damages*, les tribunaux évaluent également plusieurs autres facteurs, à titre liminaire : le caractère direct du préjudice allégué, l'existence d'une catégorie identifiable de personnes dont l'intérêt les inciterait à poursuivre l'application de la législation antitrust, la nature certaine du préjudice allégué et la répartition entre les victimes directes et indirectes afin d'éviter les recouvrements en double. Voir Todorov v. DCH Healthcare Auth., 921 F.2d 1438, 1448 (11th Cir. 1991).

« *supracompetitive* »<sup>2733</sup>, les consommateurs qui allèguent un préjudice direct ont peu de difficultés à établir leur qualité pour agir et ne sont pas confrontés aux mêmes obstacles que les concurrents en matière de préjudice antitrust<sup>2734</sup>.

Les consommateurs peuvent obtenir des *trebles damages*, des *injunctive relief* pour suspendre l'opération de concentration, ou des *equitable relieves* par des cessions ou toute autre mesure corrective.

Les acheteurs indirects, c'est-à-dire qui achètent des produits auprès de revendeurs ou qui achètent un produit fabriqué à partir d'une matière première dont le prix est supra concurrentiel, peuvent requérir des *preliminary injunction* pour empêcher une fusion ou des cessions d'actifs ou d'actions, mais non en principe des dommages et intérêts<sup>2735</sup>.

L'action d'un consommateur est appréhendée par le juge pour les intérêts qu'il défend, qui ne sont pas d'intérêt général comme peuvent l'être ceux mus par *l'Attorney General* ou la FTC, dès lors une concentration qui n'a pas fait l'objet d'opposition par une autorité de concurrence ou une agence sectorielle peut être attaquée. Une affaire de 2008 illustre cette menace. Le DOJ ne s'était pas opposé à la concentration des entreprises Sirius et XM Radio, uniques fournisseurs de services de radio par satellite aux États-Unis. Devant la *Federal communications commission* (FCC ci-après), les parties à la fusion avaient cependant pris plusieurs engagements volontaires concernant les prix futurs, notamment la promesse de ne pas augmenter les tarifs de base des abonnements de radio par satellite durant un an suivant la réalisation de la fusion. Plus d'un an après la clôture de l'opération, une *class action* fut intentée au nom de consommateurs qui affirmaient que la concentration violait la section 7 de la loi Clayton et la section 2 de la loi Sherman. La transaction avait permis à la société fusionnée de mettre en œuvre une augmentation anticoncurrentielle des tarifs d'abonnement, supérieure aux tarifs établis dans les engagements des parties avec la FCC. L'affaire fut résolue par *settlement* pour un montant évalué à 180 millions de dollars en faveur de la *class action* et 13

---

<sup>2733</sup> S. ROYALL, A. J. DI VINCENZO, When Merger Become A Private Matter : An Updated Antitrust Primer, *Antitrust*, Vol. 26, N° 2, 2012, p. 41 ; S. A. STEMPEL, J. M. RICH, D. A. SCHIFFER, Stopping a train: Why it is so difficult for a private plaintiff to block a deal, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 58, N° 2&3, 2013, p. 257.

<sup>2734</sup> A. STEMPEL, J. M. RICH, D. A. SCHIFFER, Stopping a train: Why it is so difficult for a private plaintiff to block a deal, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 58, N° 2&3, 2013, p. 257.

<sup>2735</sup> *Ill. Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720, 746-47 (1977).

millions de dollars en honoraires d'avocat, ainsi que d'autres concessions<sup>2736</sup>.

### c. Les remèdes d'*equity* ouverts aux tiers

1) Sur le fondement de la Section 16 : le tiers est « *Threatened by loss or damage* »<sup>2737</sup>

L'action fondée sur la Section 16 du Clayton Act ouvre en théorie une voie aux tiers pour interdire une concentration. Les tiers intéressés à l'action peuvent déposer une demande de *preliminary injunction* afin d'obtenir la suspension de la concentration dans l'attente du jugement au fond, si une menace de préjudice peut être démontrée. La preuve d'une perte réelle n'est pas requise, car il n'a pas encore subi de préjudice. Le demandeur doit cependant prouver que la compensation financière serait insuffisante au regard du dommage. Si la concentration a été réalisée, le tiers peut obtenir des cessions.

L'octroi d'*equitable relief* est soumis à une quadruple démonstration : (1) la personne a subi un préjudice irréparable ; (2) que les recours disponibles en droit, tels que les dommages-intérêts, étaient inadéquats pour compenser ce préjudice ; (3) que, le recours en *equity* est justifié compte tenu de la balance des intérêts entre les parties ; et (4) que l'intérêt public ne serait pas lésé par une *permanente injonction*<sup>2738</sup>.

Récemment, un concurrent-consommateur *Steves and Sons, Inc.*, a contesté devant la

---

<sup>2736</sup> *Blessing v. Sirius XM Radio Inc.*, No. 1:09-cv-10035 (S.D.N.Y.), aff'd, No. 11-3696 (2d Cir. 2012).

<sup>2737</sup> « *Any person, firm, corporation, or association shall be entitled to sue for and have injunctive relief, in any court of the United States having jurisdiction over the parties, against threatened loss or damage by a violation of the antitrust laws, including sections 13, 14, 18, and 19 of this title, when and under the same conditions and principles as injunctive relief against threatened conduct that will cause loss or damage is granted by courts of equity, under the rules governing such proceedings, and upon the execution of proper bond against damages for an injunction improvidently granted and a showing that the danger of irreparable loss or damage is immediate, a preliminary injunction may issue: Provided, That nothing herein contained shall be construed to entitle any person, firm, corporation, or association, except the United States, to bring suit for injunctive relief against any common carrier subject to the jurisdiction of the Surface Transportation Board under subtitle IV of title 49. In any action under this section in which the plaintiff substantially prevails, the court shall award the cost of suit, including a reasonable attorney's fee, to such plaintiff* ». Section 16 of the Clayton Act, codifié au titre 15 U.S.C. § 26, disponible en ligne : <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid%3AUSC-prelim-ti-tle15&saved=%7CZ3JhbnVsZWlkOIVTQy1wcmVsaW0tdGI0bGUxNS1zZWNoaW9uNTM%3D%7C%7C%7C0%7Cfalse%7Cprelim&edition=prelim>

<sup>2738</sup> Voir. *eBay Inc. v. MercExchange, LLC*, 547 U.S. 388, 391 (2006).

*district court* de Virginie, l'acquisition de Craftmaster International (CMI) par JELD-WEN quatre années après la clôture du contrat, alors que la concentration avait été notifiée à la FTC et au DOJ. Dans cette espèce, Steves and Sons, un vendeur de composants de portes intérieurs, se fournissait auprès de trois entreprises : CMI, JELD-WEN et Masonite. JELD-WEN se trouvait en amont du marché en tant que fournisseur, mais aussi en aval en tant que vendeur de portes. Steves and Son's qui bénéficiait d'un contrat de fourniture de long terme avec JELD-WEN, argua qu'à compter de l'acquisition de CMI, la qualité des produits diminua et le prix augmenta de manière très importante. Dans un jugement rendu par un jury populaire, cas extrêmement rare en matière antitrust, la cour prononça la cession d'actifs (de l'entreprise Towenda) afin de restaurer la concurrence sur le marché de la fabrication de portes et prononça le paiement de 36,4 millions de dollars de dommages-intérêts. Le jugement de premier degré fut sur tous les points précités confirmé en appel le 02 août 2021<sup>2739</sup>.

2) *Sur le fondement de la Section 4 of the Clayton Act : le tiers « injured in its business or property »*<sup>2740</sup>

Des dommages-intérêts triples (trois fois les dommages réels) peuvent être accordés si la transaction a déjà été réalisée et que le plaignant a subi des pertes de ventes en conséquence. Les cours ont infléchi drastiquement la recevabilité des demandes fondées sur la Section 4 du Clayton Act exigeant depuis l'arrêt Cargill de 1986, la preuve d'un préjudice antitrust actuel, non seulement la « menace » d'un préjudice futur<sup>2741</sup>. Dans le contentieux *Steves and Sons, Inc.*, la cour d'appel annula en conséquence les 139 millions de dollars attribués en première instance « *damages award for future lost profits, which would only kick in if divestiture doesn't occur* », jugeant la réclamation pour pertes de profits futurs spéculatives<sup>2742</sup>. La

---

<sup>2739</sup> *Steves & Sons, Inc v. Jeld-Wen, Inc.* 988 F.3d 690, 704 (4th Cir. 2021) ;Marvin Pipkin, *Steves Prevails in Historic Antitrust Litigation as JELD-WEN is Forced to Divest Towanda Plant, Restoring Competition to Doorskin Market*, 02/08/2021, disponible en ligne : <https://www.businesswire.com/news/home/20210802005804/en/Steves-Prevails-in-Historic-Antitrust-Litigation-as-JELD-WEN-is-Forced-to-Divest-Towanda-Plant-Restoring-Competition-to-Doorskin-Market>

<sup>2740</sup> Codifié au titre 15 U.S.C. § 15(a).

<sup>2741</sup> *Cargill v. Monfort of Colo., Inc.*, 479 U.S. 1119(1986). Dans l'affaire Cargill, Monfort of Colorado, Inc. (Monfort), l'un des principaux producteurs de viande de bœuf, a cherché à empêcher une fusion entre Cargill, Inc. et Excel Corporation, deux de ses concurrents. Monfort a allégué que la fusion violerait la Section 7 de la Clayton Act car elle pourrait entraîner l'application de prix prédateurs ou de baisse des prix. La Cour sup a jugé que monfort n'apportait pas la preuve d'un dommage antitrust actuel. Voir, J. F. BRODLEY, *Antitrust Standing in Private Merger Cases: Reconciling Private Incentives and Public Enforcement Goals*, *Michigan Law Review*. Vol 94, N°1, 1995, p.1 et s.

<sup>2742</sup> *Steves & Sons, Inc v. Jeld-Wen, Inc.* 988 F.3d 690, 704 (4th Cir. 2021), p.54-55.

cour a en effet considéré que le préjudice invoqué, à savoir la rupture du contrat de fourniture de revêtement de portes, n'était pas à l'origine du préjudice antitrust subi par Steve and Sons. Le véritable préjudice provenait plutôt du refus de JELD-WEN de vendre ses produits à un prix et une qualité raisonnables suite au jugement<sup>2743</sup>. En effet, au moment de la décision de la cour d'appel, l'entreprise JELD-WEN aurait tout intérêt à offrir des prestations satisfaisantes à Steves and Sons. De son côté, ce dernier serait tenu d'accepter ces prestations en vertu du principe de « *mitigation of damages* »<sup>2744</sup>.

Les raisons sous-jacentes d'une interprétation stricte de la section 4 du Clayton par la Cour suprême, repose sur les objectifs inhérents aux dommages-intérêts triples en droit anti-trust. Couramment utilisés en droit pénal américain de la concurrence, ils visent essentiellement trois buts : décourager les violations des lois, retirer les bénéfices des actions ou des comportements illégaux et compenser les victimes des dommages subis<sup>2745</sup>. En droit des concentrations comme le rappelle J.F Brodley, les juges interviennent dans le cadre de leurs pouvoirs d'*equity*. Leur office se trouve donc élargi par de nombreux moyens d'influence, comme le suivi judiciaire et des techniques comme les « *costs and rewards* », afin d'encourager les parties à adopter une attitude pondérée pour une résolution adéquate du litige.

Les juridictions n'ont plus octroyé à notre connaissance de dommages et intérêts triples en matière de concentrations depuis le prononcé de l'arrêt Carguill<sup>2746</sup>.

---

<sup>2743</sup> *Idem*.

<sup>2744</sup> La doctrine de la « *mitigation damages* » est un principe général de droit civil américain commandant que le plaignant minimise les dommages qu'il subit. Voir, « *doctrine of avoidable consequences* », in Wex, Legal Information Institute, *Cornell Law school*, disponible à l'adresse suivante: [https://www.law.cornell.edu/wex/mitigation\\_of\\_damages](https://www.law.cornell.edu/wex/mitigation_of_damages). *Steves & Sons, Inc v. Jeld-Wen, Inc.* 988 F.3d 690, 704 (4th Cir. 2021).

<sup>2745</sup> Voir en matière de cartels, la thèse de Anne TERCINET, *La lutte contre les cartels internationaux. : réflexion sur un modèle à l'aune du droit américain*, Lyon 3, 2010, p. 600.

<sup>2746</sup><sup>2746</sup> *Cargill v. Monfort of Colo., Inc.*, 479 U.S. 1119(1986).

## CONCLUSION DU TITRE 2

La capacité d'évolution et d'adaptabilité des autorités de contrôle conditionne leur efficacité fonctionnelle. Face à l'augmentation et à la complexification des opérations de concentration, les opérateurs économiques et les autorités de contrôles sont confrontés à des difficultés propres, mais non antagonistes. Alors que les premiers sont en quête de stabilité et de simplification des règles, les seconds cherchent à perfectionner leurs outils de détection. La définition de la concentration revêt alors une importance fondamentale. Elle instaure des limites au champ d'application du dispositif et fournit un cadre d'intervention aux autorités de contrôle. La clarté des règles qui déterminent le contrôle *a priori* est alors primordiale pour écarter toutes réticences des entreprises à s'engager dans des opérations économiques stratégiques nécessaires à leur développement, comme leur adéquation aux réalités des marchés. Or, on observe une adaptation tardive des autorités de contrôle américaine et européenne à saisir l'évolution de certaines dynamiques de marché. Cette lenteur à réagir s'est avérée particulièrement évidente dans les secteurs technologiques et biomédicaux où des barrières à l'entrée ont pu solidement s'établir avant que les autorités ne réagissent.

La mise en œuvre du contrôle présente par ailleurs d'importantes disparités. L'étude comparée des systèmes a en effet mis en lumière des écarts tant sur le plan structurel qu'opérationnel. Le dualisme institutionnel propre au modèle américain induit des variations procédurales, générant une perception d'iniquité, notamment pour les entreprises relevant du contrôle de la FTC. De plus, les contraintes temporelles, exacerbées par le processus de *clearance*, nuisent à une évaluation exhaustive des concentrations proposées et réduisent corollairement l'efficacité administrative des institutions. La recherche de la maîtrise des coûts, des délais et de la qualité, amène à une inadéquation entre la pression temporelle et les exigences affichées. L'approche américaine ne semble donc pas systématiquement concrétiser de cohérence entre ses ambitions régulatrices et les contraintes inhérentes à son organisation et ses pouvoirs. À l'opposé, le modèle européen se distingue par l'efficacité de sa procédure administrative centralisée. Cependant, cette même procédure possède des zones d'ombre, notamment lors des contacts informels de la prénotification, essentielle au déroulé du contrôle, elle

n'est pas encadrée par des délais précis et contraignants. Une flexibilité d'apparence bénéfique peut donc se muer en un vecteur d'incertitude qui pèse sur les entreprises<sup>2747</sup>.

---

<sup>2747</sup> Olivier Guersent, Directeur général à la DG Concurrence de la Commission européenne explique que « *the parties have always the choice to decide when they are ready to notify, so they could have notified earlier as soon as they thought their notification was complete* ». Voir, A. REINDL (pour l'ABA), Interview with Olivier Guersent, Director General, Directorate General for Competition, European Commission, *The Antitrust Source*, Juin 2020, p.1-10.





## CONCLUSION DE LA PARTIE II

Auditionné par le *Judiciary Committee* de la Chambre des représentants, devant les membres qui seront à l'origine de la loi HSR sur le contrôle *a priori* des concentrations américain, Thomas Kauper, *Assistant Attorney General* en charge de l'*Antitrust Division* du *Department of Justice*, déclarait à propos de l'insertion d'une suspension automatique administrative « *I thought that was somewhat Draconian, that even though now I found myself leading a Government enforcement agency, I thought that was placing too much authority in the hands of Government enforcers* »<sup>2748</sup>, ajoutant « *It's a question of how you balance that off, and this is where the argument came from the other side, against the impact of that on a transaction which might ultimately be held to be perfectly lawful* »<sup>2749</sup>. Par ces mots, Kauper résume toute la distance qui sépare les systèmes européen et américain dans leur conception, dans leur culture et dans leur fonctionnement. Il montre en réalité la vive prégnance des préceptes politiques qui ont présidé à la création des États-Unis et qui se reflètent dans les schémas organisationnels actuels. Dans ce paradigme, il semble que la question de l'efficacité du contrôle des concentrations, qu'elle porte sur la structure même du système ou sur la manière dont le système opère, ne s'intègre pas dans les mêmes termes que dans l'Union européenne. L'arrêt de la Cour suprême *Axon Enterprise v. Federal Trade Commission* du 14 avril 2023<sup>2750</sup>, éclaire encore davantage le point de tension entre l'État administratif (*administrative state*) et l'équilibre des pouvoirs. La Cour ouvre la voie aux défenseurs devant le tribunal administratif de la FTC (ou de toute autre agence possédant un tribunal administratif) la possibilité d'exciper de la constitutionnalité de la procédure devant une *district court*<sup>2751</sup>. La conséquence de cet arrêt est d'affaiblir encore davantage l'autorité administrative de la FTC, qui pourrait préférer privilégier le dépôt de ses recours devant les juges judiciaires afin d'éviter les contestations constitutionnelles au cours de la procédure administrative contentieuse. Cette conception particulière aux États-Unis qui nie toute autonomie et peut-être à termes toute légitimité à la fonction contentieuse d'un tribunal administratif, pourrait-elle avoir des relais en

---

<sup>2748</sup> *Hearings Before the Subcommittee on Monopolies and Commercial Law of the Committee on the Judiciary House of Representatives Ninety-Fourth Congress, Second Session on Merger oversight and H.R. 13131, providing premerger notification and stay requirements, 74-026, Printed for the use of the Committee on the Judiciary, U.S. Government Printing Office, Washington : 1976, March .10, May 6 And 13, 1976, p.16 et s.*

<sup>2749</sup> *Idem.*

<sup>2750</sup> *Axon Enterprises vs FTC*, U.S. Supreme Court, No. 21-86 (2023). [https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-86\\_15gm.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-86_15gm.pdf)

<sup>2751</sup> Le rôle des tribunaux fédéraux serait alors fondamental. Les procédures administratives seraient suspendues dans l'attente de l'examen des questions constitutionnelles.

Europe du fait de l'interconnexion des marchés et de la globalisation des activités économiques ? L'idée semble douteuse, l'ordre juridique de l'Union européenne fondé autour d'un système hiérarchisé des normes et la soumission de ses institutions à la prééminence du droit<sup>2752</sup>, garantissent la protection des libertés publiques et des droits fondamentaux, sous le contrôle de juridictions impartiales<sup>2753</sup>. L'application des règles de la Cour européenne des droits de l'Homme<sup>2754</sup> est son article 6§1 n'impose en aucun cas comme le rappelle Thomas Perroud, la juridictionnalisation des organes administratifs en charge de se prononcer pour des raisons liées à des « *impératifs de souplesse et d'efficacité* »<sup>2755</sup> sur des droits garantis par l'article 6<sup>2756</sup>. La condition est que l'acte puisse faire l'objet d'une contestation devant une instance rassemblant tous les caractères du procès équitable<sup>2757</sup>. Il ne faut cependant pas sous-estimer la capacité d'influence de la rhétorique anti administrative diffuse des professionnels du droit anglo-saxon, qui jugent inique à l'aune de leur droit, le modèle du contrôle administratif intégré.

---

<sup>2752</sup> Article 2 du traité sur l'Union européenne « *L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'état de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes* ».

<sup>2753</sup> Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne contraignante depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1<sup>er</sup> juin 2009, article 47 : « *Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter. Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice* ».

<sup>2754</sup> L'Article 6 paragraphe 3 du TUE intègre la CEDH comme source des droits fondamentaux. Les articles 52 et 53 de la Charte des droits fondamentaux garantissent une cohérence jurisprudentielle entre les deux ordres juridiques, assurant un niveau de protection des droits et libertés fondamentaux supérieur ou égal à la Cour EDH.

<sup>2755</sup> CEDH., 23 juin 1981, Le Compte, Van Leuven et De Meyere, § 51

<sup>2756</sup> T. PERROUD, La CEDH comme facteur de divergence entre les systèmes juridiques. Harmonisation et Union européenne, K. Adberamane (dir.), Jan 2016, Tours, France. hal-01699007.

<sup>2757</sup> Le juge doit donc effectuer un contrôle de pleine juridiction. ; CEDH., 10 février 1983, Albert et Le Compte, § 29.



## CONCLUSION GENERALE

La question de l'efficacité ouvre une vaste réflexion, dont la plurivocité ne facilite pas la connaissance, d'autant que sa concrétisation en matière de concentration semble insaisissable. L'efficacité correspond à la concordance entre l'effet posé *a priori* et sa matérialisation effective dans le réel. Dans le cadre du contrôle des concentrations on s'est astreint à observer et analyser les marges d'action dont disposent les autorités de contrôle pour atteindre leur objectif. Cet objectif consiste, selon notre postulat, en la détection et la prévention des opérations de concentration anticoncurrentielles.

Il résulte de nos recherches que l'efficacité dépend non seulement de l'étendue des pouvoirs d'action des autorités de contrôle, mais aussi des contraintes institutionnelles et procédurales créées par l'autorité politique qui surplombe l'administration, qu'il s'agisse du Congrès aux États-Unis ou d'une combinaison entre le Conseil et les représentants des États membres dans l'Union européenne.

L'histoire du contrôle des concentrations mène à conclure qu'il existe un rapport d'ordre transculturel ou anthropologique direct entre les formes institutionnelles actuelles et l'efficacité de l'action administrative. Préexistantes au contrôle *a priori* des concentrations, les autorités de concurrence se sont structurées conformément à leur tradition juridique, adoptant des formes en Europe qui ne s'opposent pas à l'imposition de règles unilatérales aux entreprises par l'autorité publique, faculté largement refusée aux États-Unis<sup>2758</sup>. Ces derniers ont opté pour un mode d'intervention caractérisé par une multi dimensionnalité, tant sur le plan temporel – il s'étend à la fois dans *l'ex ante* et dans *l'ex post* - sur le plan des entités régulatrices impliquées – le DOJ et la FTC sont concurremment compétents -, et sur le champ d'application matériel du contrôle – le contrôle s'applique à tout transfert d'actions ou d'actifs. L'Union européenne possède quant à elle un contrôle qui s'inscrit d'abord dans *l'ex ante*, est soumise à des seuils fixes et garde une compétence exclusive, bénéficiant de

---

<sup>2758</sup> D. GERBER, Implementing Competition Law in Asia : Using European and U.S. Experience, 2004, p. 158 et s., Disponible en ligne : [https://scholarship.kentlaw.iit.edu/fac\\_schol/234/](https://scholarship.kentlaw.iit.edu/fac_schol/234/).

l'instrument puissant<sup>2759</sup> de la suspension automatique jusqu'à la délivrance d'une décision administrative décisive. À l'inverse, aux États-Unis, une fois le temps du contrôle *ex ante* échu, les entreprises peuvent librement fusionner. L'appel d'un *cease and desist order* prononcé par la FTC est d'ailleurs suspensif de la décision administrative. Les concentrations examinées par le tribunal administratif de la FTC restent au demeurant des opérations déjà réalisées. L'ordre édicté n'est donc pas effectivement appliqué, « *le phénomène en acte ne s'est pas produit* »<sup>2760</sup>. Face à cette absence d'effectivité des décisions, nous aurions pu nous interroger sur la pertinence de maintenir en place le tribunal administratif de la FTC dans le système de contrôle des concentrations américain.

L'hypothèse initiale formulée consistait en effet à penser que le degré d'efficacité est fonction de l'étendue des pouvoirs administratifs des autorités de contrôle. Suivant une telle approche, le mécanisme européen se distingue par une efficacité supérieure, attribuable à sa structure organisationnelle, ses instruments d'intervention et son pouvoir décisionnel contraignant. Il faut toutefois approcher cette conclusion avec prudence, car d'autres facteurs influencent également l'efficacité des systèmes en question.

Si la FTC et le DOJ sont limités dans leurs pouvoirs de contrainte directe, ces autorités possèdent des propriétés remarquablement résilientes pour surmonter les entraves budgétaires (liées aux fluctuations politiques), normatives et institutionnelles. Mobilisant tous les leviers juridiques, notamment réglementaires, à leur disposition pour maintenir leur capacité de fonctionnement<sup>2761</sup>, la FTC et le DOJ ont développé une culture ancienne de la négociation. Cette

---

<sup>2759</sup> Dans l'affaire très révélatrice GRAIL/ILLUMINA (voir *infra*), Maribeth Petrizzi, alors directrice par intérim du *Bureau of competition* de la FTC (2021), affirmait « *The FTC sought preliminary relief in federal court to prevent Illumina and GRAIL from merging while the case is being decided on the merits in administrative court. At the time, a district court order was necessary to prevent the parties from consummating their merger. The administrative trial is scheduled to begin on August 24, 2021. Now that the European Commission is investigating, Illumina and GRAIL cannot implement the transaction without obtaining clearance from the European Commission.* ». La FTC reconnaît implicitement bénéficier du système de suspension obligatoire européen, le dépôt d'une *preliminary injunction* n'étant pas suspensif (Voir: FTC, *Statement of FTC Acting Bureau of Competition Director Maribeth Petrizzi on Bureau's Motion to Dismiss Request for Preliminary Relief in Illumina/GRAIL case*, Press Release, 20 mai 2021).

<sup>2760</sup> Véronique Champeil-Desplats, *Penser l'efficacité de la norme*, Keio Hôgaku, 2014, pp.368–378.

<sup>2761</sup> Lors du dépôt d'une notification, la Federal Trade Commission et le Department of Justice ne peuvent réclamer auprès des parties aucun document complémentaire tant que leur compétence n'a pas été déterminée par le *clearance process*. Les autorités de contrôle américaines se consacrent en effet à la même affaire dans les premiers moments du contrôle *ex ante*, confinant selon la Chair de la FTC Lina Khan l'examen américain à « *un examen plus superficiel* » des opérations que la Commission européenne<sup>2761</sup>. La FTC a décidé de réformer le formulaire de notification pour exiger, dorénavant, comme c'est le cas en Europe, une analyse qualitative aux parties. Voir, FTC, *FTC and DOJ propose changes to HSR Form for more effective, efficient merger review*, Press release, 27 juillet 2023, disponible en ligne: <https://www.ftc.gov/news-events/news/press->

propension à la collaboration se manifeste à la fois dans leurs rapports avec les *States attorneys general*, mais aussi avec les parties prenantes lors de la recherche de remèdes. Les deux autorités de contrôle naviguent aisément entre une approche négociatrice et des stratégies d'influence, le système américain maintenant la perspective dissuasive d'un litige long et onéreux qu'il soit administratif ou judiciaire, reflet du pragmatisme et du réalisme qui caractérise le contrôle des concentrations américain<sup>2762</sup>.

Malgré des différences dans leurs moyens d'action, les deux autorités indépendantes apparaissent « pluripotentes », incarnant des modèles paroxystiques de l'administration technocratique<sup>2763</sup>. Il semble toutefois que l'on se satisfasse de moins en moins du mode administratif représenté par la Commission européenne et dans une moindre mesure la FTC. Dans un environnement doctrinal dominé par la pensée juridique anglo-saxonne, praticiens et commentateurs appellent une évolution des formes institutionnelles vers un système de séparation organique stricte entre les services de contrôle et la prise de décision<sup>2764</sup>, démontrant que le

---

[releases/2023/06/ftc-doj-propose-changes-hsr-form-more-effective-efficient-merger-review?utm\\_source=govdelivery](https://www.ftc.gov/system/files/ftc_doj_propose_changes_hsr_form_more_effective_efficient_merger_review?utm_source=govdelivery).

<sup>2762</sup> Dans le contentieux « Axon », entreprise de tasers dont l'opération de concentration avait fait l'objet de poursuites *ex post* par la FTC, qui contestait la constitutionnalité de la procédure administrative devant la Cour suprême au nom du droit au procès équitable (Ve et Vie amendement la Constitution). L'affaire s'est conclue par un rejet de la plainte de la FTC par l'assemblée des commissaires avec la mention suivante :

« *Every anticompetitive merger harms markets and adversely affects the American people, and the allegations in the complaint suggest this one is no different. The complaint states that this merger eliminated competition between two rivals, effectively creating a monopoly and harming both police departments and communities who fund them. As it does with any enforcement action, however, the Commission must constantly evaluate the deployment of its limited agency resources to ensure maximal efficacy and utility. Here, there are a variety of factors we must consider in pursuit of those priorities, including the increasingly unlikely possibility of reaching a timely resolution of the antitrust merits that led to the filing of our complaint in the first place. Based on the totality of the circumstances, we have come to the difficult conclusion that the public interest requires that this litigation no longer be continued* ».

*In the matter of Axon Enterprise*, docket No. 9389, Order retuning matter to adjudication and dismissing complaint, 10 octobre 2023, disponible en ligne : [https://www.ftc.gov/system/files/ftc\\_gov/pdf/d9389commissionorderdismisscomplaint.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/d9389commissionorderdismisscomplaint.pdf).

<sup>2763</sup> La « techno-structure » dégagée par John Kenneth Galbraith dans son ouvrage *The New Industrial State* (1968) a développé la thèse d'un accaparement du pouvoir au sein des firmes par les *managers*, au détriment des propriétaires. Dans le champ de l'administration publique, le technocratisme se caractérise sous deux formes « *une prédominance de considération technique sur tout autre entraînant une confusion des valeurs* » et « *une division du pouvoir entre détenteur juridique apparent et détenteurs de faits réels, entraînant une confusion des autorités* ». F.-P BÉNOIT, Le problème technocratique, in, *La démocratie libérale* (sous la direction de) BÉNOIT, F.-P, P.U.F, 1978, p. 217 à 229 ; J.K. GALBRAITH, *The New Industrial State*, Princeton University, 1968, Ed. 2007;

<sup>2764</sup> Andrew Renshaw et Jan Blockx dans un article analysant le contrôle juridictionnel européen en matière de concentrations forme une proposition en ces termes :

« *A possibility that we consider worth exploring is to replace the current, lengthy Phase II investigation of the Commission by a shorter period of time during which the Commission and the notifying parties could try to resolve the Commission's concerns. If this is not possible, the Commission, instead of issuing a statement of objections, would bring its case to the court in order to prohibit the transaction. (...). The integration of the current Phase II investigation of the Commission and proper judicial review would shorten the duration of the entire procedure and would facilitate the implementation of unproblematic parts of a transaction pending adju-*

contrôle des concentrations n'est plus vu dans son rôle de vérification administrative fondée sur des critères objectifs et soutenus par l'analyse économique, mais sous l'angle juridictionnel de l'affrontement de deux parties. Prenant en compte ces évolutions, l'efficacité s'intègre dans des arrangements entre la réalisation du but à atteindre d'une part, mais aussi la nécessité de réduire « les incertitudes »<sup>2765</sup> liées à la régulation telle que définies par le courant de l'Administration publique<sup>2766</sup>. L'efficacité ne serait plus uniquement mesurée en termes d'objectifs atteints, mais aussi par sa capacité à intégrer d'autres valeurs fondamentales.

---

*dication on the areas that raise concerns in the eyes of the Commission. Review of problematic parts of mergers still would take a longtime, but this is unavoidable if a proper analysis is required. The role of the courts in the process would ensure that there is no prosecutorial bias against the transaction and would also give third parties the opportunity to voice their concerns in a transparent way. It goes without saying that this would require the redesign of the setup of the Commission's case teams and the court's staff so that sufficient expertise is made available at the court to handle such cases ».*

A. RENSHW, J BLOCKX, Judicial review of mergers in the EU, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 58, N° 2&3, Summer / Fall, 2013, p. 518-519. Cf., R.A. KHAN, G. DAVIES, Merger Control and the Rule of Law, *Erasmus Law Review*, Vol. 2, Issue 1, p.25 et s.; W. WILS, The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function, *World Competition : Law and Economic Review*, N° 27, p.223-224 ; T. CHREPEL, Antitrust Without Romance, *New York University Journal of Law and Liberty*, Vol. 13, 2010, p.326 et s.; I. S. FORRESTER, Due Process in EC Competition cases: a distinguished institution with Flawed Procedures, *E.L. Review*, N° 34, 2009, p.819 et s.; A. D. CHIRITA, Procedural Rights IN EU Administrative Competition Proceedings: *Ex ante* Mergers, in C. CAUFFMAN, Q. HAO, *Procedural Rights in Competition Law in the EU and China*, Springer, Vol. 3, p.59 et s.

<sup>2765</sup> Dans les domaines de la *Public Administration* et de la *Bureaucracy policy*, qui sont des courants sis entre la science politique, l'économie des organisations et de la science administrative, l'incertitude correspond à l'absence de connaissances et d'informations détenues par les tiers (corps politique et parties prenantes) tant sur la substance de l'expertise des régulateurs (incertitude intrinsèque), mais aussi sur le résultat à l'issu des procédures *ex ante*. S.H. BALLA, Administrative Procedures and Political Control of Bureaucracy, *The American Political Science Review*, Vol. 92, N° 3, 198, P. 663 et s.

<sup>2766</sup> Voir par exemple, M. POTOSKI, Managing Uncertainty through Bureaucratic Design: Administrative Procedures and State Air Pollution Control Agencies, *Journal of Public Administration Research and Theory*, octobre 1999, P. 623 et s.



## **ANNEXE**

## Concentrations examinées en « Part III » (à l'exclusion des affaires déposées uniquement devant les tribunaux judiciaires) devant la FTC (2010 au 05/2023) :

Source : Site internet de la FTC, voir : <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/case-document-search>

	NOMS	N° DE DOCKET	STATUT	MISE À JOUR	DÉCISION DE L'ALJ	DÉCISION DE LA COMMISSION	Jugement
45	Altria Group/JUUL Labs	D—9393	Affaire en cours	05 mai 2023	Rejet de la plainte de la FTC	pendante	N/A
44	illumina, Inc., and GRAIL, Inc.	D—9401	Affaire en cours	1 <sup>er</sup> juin 2023	Rejet de la plainte de la FTC	Décision du ALJ infirmée	Pendante
43	Microsoft/Activision Blizzard	D-9412	Affaire en cours		(en cours)	-	-
42	Meta/Zuckerberg/Within	D-9411	Clôturée	24 février 2023	Affaire clôturée	Abandon des poursuites	Refus de <i>Preliminary injunction</i>
41	Nvidia/Arm	D-9404	Clôturée	14 septembre 2022	Abandon de La concentration	Abandon de La concentration	N/A
40	Hackensack Meridian Health, Inc. and Englewood Healthcare Foundation	D- 9399	Clôturée	6 juillet 2022	Abandon de La concentration	Abandon de La concentration	PRELIMINARY INJUNCTION accordée
39	HeidelbergCement AG	D—9402	Clôturée	7 juin 2021	Abandon de La concentration	Abandon de La concentration	N/A
38	Lockheed/Aerojet	D—9405	Clôturée	15 février	Abandon de	Abandon de	N/A

				2022	La concentra- tion	La concentra- tion	
37	Lifespan/CNE	D—9406	Clôturée	2 mars 2022	Abandon de La concentra- tion	Abandon de La concentra- tion	N/A
36	HCA Healthcare/Steward Health Care System	D—9410	Clôturée	16 juin 2022	Abandon de La concentra- tion	Abandon de La concentra- tion	N/A
35	RWJ Barnabas Health/Saint Peter’s Healthcare System	D—9409	Clôturée	6 juillet 2022	Abandon de La concentra- tion	Abandon de La concentra- tion	N/A
34	Procter and Gamble Co. Billie	D— 9400	Clôturée	08 janvier 2021	Abandon de la concentra- tion	Abandon de la concentration	N/A
33	Thomas Jefferson Univer- sity,	D— 9392	Clôturée	06 janvier 2021	N/A	Abandon des poursuites	Refus de <i>Preliminary injunction</i>
32	CoStar Group/RentPath Holdings,	D—9398	Clôturée	04 janvier 2021	Abandon de La concentra- tion	Abandon de La concentra- tion	N/A
31	Methodist Le Bonheur Healthcare	D— 9396	Clôturée	29 décembre 2020	Abandon de La concentra- tion	Abandon de La concentra- tion	N/A
30	Hackensack Meridian Health, Inc. and Eng- lewood Healthcare Foun- dation	D-9399	Clôturée	6 juillet 2022	Abandon de La concentra- tion	Abandon de La concentra- tion	Preliminary injunction ac- cordée
29	Peabody Energy/Arch Coal	D— 9391	Clôturée	16 octobre 2020	Abandon de La concentra- tion	Abandon de La concentra- tion	N/A
28	Evonik/PeroxyChem	D—9384	Clôturée	30 avril 2020	Affaire clôtu- rée	Abandon des poursuites	Refus de <i>Preliminary injunction</i>

27	Fidelity National Financial/Stewart Information Services, In the Matter of (Administrative)	D—9385	Clôturée	25 septembre 2019	Abandon de La concentration	Abandon de La concentration	N/A
26	Chicago Bridge & Iron Company N.V., Chicago Bridge & Iron Company, and Pitt-Des Moines, Inc.,	D—9300	Clôturée	11 mai 2019	Poursuites	Arrêt de la procédure pour <i>Consent order</i>	N/A
25	Cabell Huntington Hospital/St. Mary's Medical Center	D—9366	Clôturée	6 juillet 2016	Abandon de La concentration	Abandon de La concentration	N/A
24	Post Holdings, Inc	D-9388	Clôturée	17 janvier 2020	Abandon de La concentration	Abandon de La concentration	N/A
23	Sanford Health/Sanford Bismarck/Mid Dakota Clinic	D—9376	Clôturée	9 juillet 2019	Abandon de La concentration	Abandon de La concentration	N/A
22	Monier Lifetile LLC, Boral Ltd., and Lafarge S.A,	D—9290	Clôturée	5 février 2019	Arrêt de la procédure pour <i>Consent order</i>	Arrêt de la procédure pour <i>Consent order</i>	N/A
21	DraftKings, Inc. /FanDuel Limited, In	D-9375	Clôturée	14 juillet 2017	Abandon de La concentration	Abandon de La concentration	N/A
20	CDK Global and Auto/Mate, In the Matter of (Administrative)	D—9382	Clôturée	26 mars 2018	Abandon de La concentration	Abandon de La concentration	N/A
19	ProMedica Health System, Inc., a corporation,	D—9356	Clôturée	16 octobre 2017	Poursuites	Décision de l'ALJ confirmée	Décision de la FTC confirmée par United States Court of Appeal
18	Advocate Health Care Network, NorthShore University	D-9369	Clôturée	20 octobre 2017	Abandon de La concentration	Abandon de La concentration	N/A

17	The Penn State Hershey Medical Center/PinnacleHealth System	D-9368	Clôturée	23 octobre 2016	Abandon de La concentration	Abandon de La concentration	N/A
16	Cabell Huntington Hospital/St. Mary's Medical Center,	D—9366	Clôturée	06 juillet 2016	Abandon des poursuites à la suite d'une loi étatique	N/A	N/A
15	Staples/Office Depot, In the Matter of (Administrative)	D—9367	Clôturée	19 mai 2016	Abandon de La concentration	Abandon de La concentration	N/A
14	Sysco/USF Holding/US Foods	D—9364	Clôturée	29 juin 2015	Abandon de La concentration	Abandon de La concentration	N/A
13	Phoebe Putney Health System, Inc., Phoebe Putney Memorial Hospital, Inc., Phoebe North, Inc., HCA Inc., Palmyra Park Hospital, Inc., and Hospital Authority of Albany-Dougherty County,	D-9348	Clôturée	31 mars 2015	Arrêt de la procédure pour <i>Consent order</i>	Arrêt de la procédure pour <i>Consent order</i>	N/A
12	Graco Inc., Illinois Tool Works Inc., 35. and ITW Finishing LLC,	D—9350	Clôturée	25 mars 2015	Arrêt de la procédure pour <i>Consent order</i>	Arrêt de la procédure pour <i>Consent order</i>	N/A
11	Ardagh Group S.A., Saint-Gobain Containers, Inc., and Compagnie de Saint-Gobain	D—9356	Clôturée	18 juin 2014	Arrêt de la procédure pour <i>Consent order</i>	Arrêt de la procédure pour <i>Consent order</i>	N/A
10	Visant/Jostens/American Achievement,	D—9362	Clôturée	7 mai 2014	Abandon de La concentration	Abandon de La concentration	N/A
9	Pinnacle Entertainment, Inc.	D—9355	Clôturée	7 janvier 2014	Arrêt de la procédure	Arrêt de la procédure pour	N/A

					pour <i>Consent order</i>	<i>Consent order</i>	
8	Polypore International, Inc.	D—9327	Clôturée	18 décembre 2013	Requiert des cessions d'actifs pour. Autoriser la concentration	Décision du ALJ Confirmée	Décision de la FTC confirmée par United States Court of Appeal
7	Integrated Device Technology, Inc., and PLX Technology, Inc.	D-9354	Clôturée	15 janvier 2013	Abandon de La concentra-tion	Abandon de La concentra-tion	N/A
6	Reading Health System, and Surgical Institute of Reading,	D—9353	Clôturée	07 décembre 2012	Abandon de La concentra-tion	Abandon de La concentra-tion	N/A
5	OSF Healthcare System, and Rockford Health System	D- 9349	Clôturée	13 février 2012	Abandon de La concentra-tion	Abandon de La concentra-tion	N/A
4	Omnicare, Inc.	D—9352	Clôturée	23 février 2012	Abandon de La concentra-tion	Abandon de La concentra-tion	N/A
3	Laboratory Corporation of America and Laboratory Corporation of America Holdings.	D—9345	Clôturée	22 avril 2011	Abandon des poursuites	Abandon des poursuites	Refus de <i>Preliminary injunction</i>
2	Dun & Bradstreet Corporation	D—9342	Clôturée	10 septembre 2010	Arrêt de la procédure pour <i>Consent order</i>	Arrêt de la procédure pour <i>Consent order</i>	N/A
1	Carilion Clinic, a corporation	D—9338	Clôturée	13 août 2010	Arrêt de la procédure pour <i>Consent order</i>	Arrêt de la procédure pour <i>Consent order</i>	N/A

■ Cas de rejet de la plainte des services de la FTC par le juge administratif.

■ Cas de dépôt d'une *preliminary injunction* refusée, provoquant l'abandon des poursuites devant le tribunal administratif

■ Cas d'arrêts de la procédure après *consent orders* (un *consent order* est un accord qui met fin à une procédure de jugement. Il consiste en concentration en des engagements structurels et/ou comportementaux).

- Cas où la décision de l'ALJ a été confirmée en appel devant la Commission, puis devant le juge judiciaire
- Cas d'abandon de la concentration au cours de la procédure administrative contentieuse
- Cas d'abandon de la concentration après accord d'une suspension par la juridiction judiciaire.

# INDEX

*killer acquisitions*..... - 381 -

## A

*adjudicatory model* .- 8 -, - 39 -, - 44 -, - 91 -, - 127 -,  
- 129 -, - 137 -, - 138 -, - 153 -, - 163 -, - 167 -, -  
311 -, - 652 -

antifédéraliste .....- 73 -, - 81 -, - 651 -

arbitrage..... - 223 -, - 523 -, - 527 -, - 563 -, - 564 -, -  
565 -, - 566 -, - 568 -

## B

*Bureau of Corporations* - 159 -, - 164 -, - 167 -, - 172  
-, - 173 -, - 174 -, - 175 -, - 176 -, - 177 -, - 178 -, -  
179 -, - 180 -, - 181 -, - 182 -, - 183 -, - 186 -, -  
187 -, - 188 -, - 189 -, - 190 -, - 191 -, - 208 -, -  
216 -, - 218 -, - 226 -, - 231 -, - 241 -, - 259 -, -  
264 -, - 301 -, - 610 -, - 614 -, - 628 -, - 652 -

## C

CECA .- 11 -, - 282 -, - 288 -, - 289 -, - 290 -, - 291 -, -  
301 -, - 302 -, - 303 -, - 304 -, - 305 -, - 306 -, -  
310 -, - 603 -, - 654 -

*Civil Investigative Demands* ..... - 505 -

**Clayton Act**- 8 -, - 21 -, - 28 -, - 153 -, - 159 -, - 161 -,  
- 165 -, - 194 -, - 195 -, - 196 -, - 197 -, - 198 -, -  
199 -, - 204 -, - 211 -, - 212 -, - 213 -, - 220 -, -  
221 -, - 222 -, - 223 -, - 224 -, - 225 -, - 226 -, -  
229 -, - 232 -, - 233 -, - 240 -, - 241 -, - 243 -, -  
244 -, - 248 -, - 250 -, - 253 -, - 254 -, - 255 -, -  
256 -, - 257 -, - 258 -, - 260 -, - 262 -, - 263 -, -  
264 -, - 266 -, - 267 -, - 268 -, - 270 -, - 271 -, -  
273 -, - 274 -, - 275 -, - 276 -, - 277 -, - 278 -, -  
279 -, - 280 -, - 297 -, - 317 -, - 344 -, - 348 -, -

351 -, - 382 -, - 384 -, - 385 -, - 386 -, - 388 -, -

393 -, - 394 -, - 404 -, - 409 -, - 410 -, - 412 -, -

clearance process..... - 431 -, - 511 -

colonisation.....- 51 -, - 62 -, - 66 -, - 138 -

comité consultatif .....- 307 -, - 516 -, - 544 -, - 545 -

common law- 37 -, - 39 -, - 48 -, - 53 -, - 54 -, - 55 -, -  
- 78 -, - 87 -, - 88 -, - 91 -, - 99 -, - 103 -, - 104 -, -

120 -, - 121 -, - 122 -, - 124 -, - 126 -, - 127 -, -

135 -, - 137 -, - 138 -, - 139 -, - 140 -, - 141 -, -

143 -, - 145 -, - 147 -, - 152 -, - 153 -, - 192 -, -

202 -, - 206 -, - 224 -, - 229 -, - 234 -, - 236 -, -

consent order- 257 -, - 347 -, - 438 -, - 441 -, - 464 -,

- 520 -, - 522 -, - 528 -, - 529 -, - 530 -, - 531 -, -

535 -, - 557 -, - 595 -

contrôle

acquisition de ..... - 390 -

contrôle ex post- 133 -, - 155 -, - 199 -, - 370 -, - 382

-, - 410 -, - 411 -, - 412 -, - 413 -, - 418 -, - 422 -

Cour européenne des droits de l'Homme... - 334 -, -

335 -

## D

*data-room* ..... - 515 -

*design institutionnel*.....- 162 -, - 324 -, - 325 -

discovery ..... - 555 -

dissolution...- 104 -, - 106 -, - 113 -, - 149 -, - 150 -, -

151 -, - 152 -, - 181 -, - 196 -, - 198 -, - 203 -, -

204 -, - 205 -, - 206 -, - 207 -, - 208 -, - 209 -, -

210 -, - 216 -, - 266 -, - 267 -, - 310 -, - 388 -, -

394 -, - 405 -, - 407 -, - 435 -, - 471 -, - 473 -, -

485 -, - 536 -, - 653 -

dissolutions ...- 61 -, - 152 -, - 195 -, - 206 -, - 207 -, -

297 -



divestiture .. - 206 -, - 256 -, - 263 -, - 266 -, - 277 -, -  
278 -, - 279 -, - 435 -, - 441 -, - 524 -, - 527 -, -  
529 -, - 580 -

divestitures. - 205 -, - 206 -, - 267 -, - 276 -, - 277 -, -  
278 -, - 348 -, - 433 -, - 527 -, - 534 -

## **E**

états fédérés

contrôle ..... - 503 -

contrôlr..... - 503 -

Voluntary Pre-Merger Disclosure Compact. - 504

-

exclusive trade privilege..... - 56 -

## **F**

fix-it first..... - 527 -, - 528 -

## **G**

guidelines- 16 -, - 19 -, - 28 -, - 271 -, - 330 -, - 437 -,  
- 459 -, - 646 -

gun jumping ..... - 480 -

## **H**

Hearing officer ..... - 515 -

## **I**

incorporation power ..... - 74 -

indépendance... - 71 -, - 72 -, - 76 -, - 178 -, - 228 -, -

229 -, - 251 -, - 307 -, - 308 -, - 322 -, - 324 -, -

331 -, - 339 -, - 342 -, - 345 -, - 346 -, - 348 -, -

350 -, - 357 -, - 358 -, - 359 -, - 361 -, - 363 -, -

364 -, - 365 -, - 436 -, - 438 -, - 614 -, - 621 -

## **L**

l'intérêt public

consent decree..... - 526 -

litigating to fix ..... - 525 -, - 554 -

## **M**

marché commun- 13 -, - 28 -, - 282 -, - 283 -, - 290 -

, - 291 -, - 292 -, - 293 -, - 294 -, - 295 -, - 296 -, -

298 -, - 300 -, - 301 -, - 310 -, - 326 -, - 419 -, -

423 -, - 451 -, - 470 -, - 471 -, - 473 -, - 531 -, -

534 -, - 544 -, - 545 -, - 547 -, - 654 -

mercantilisme- 50 -, - 51 -, - 55 -, - 66 -, - 68 -, - 75 -,

- 78 -, - 93 -, - 651 -

monopole... - 16 -, - 18 -, - 22 -, - 49 -, - 50 -, - 51 -, -

53 -, - 54 -, - 55 -, - 56 -, - 57 -, - 58 -, - 59 -, - 60 -,

- 61 -, - 63 -, - 64 -, - 65 -, - 68 -, - 70 -, - 71 -, - 83

-, - 95 -, - 105 -, - 115 -, - 133 -, - 135 -, - 141 -, -

## **N**

notification..... - 454 -

Notification

moment..... - 463 -

## **O**

obligation de suspension ..... - 470 -

opération

de croissance externe..... - 15 -, - 368 -, - 509 -

ordo libéralisme ..... - 284 -, - 286 -, - 654 -

## **P**

parens patriae- 317 -, - 424 -, - 433 -, - 434 -, - 435 -

phase I..... - 509 -

phase II.- 332 -, - 421 -, - 449 -, - 512 -, - 513 -, - 514

-, - 516 -, - 517 -, - 522 -, - 532 -, - 533 -, - 544 -

preliminary injunction- 266 -, - 275 -, - 279 -, - 337 -

, - 421 -, - 449 -, - 507 -, - 550 -, - 551 -, - 552 -, -

553 -, - 554 -, - 556 -, - 557 -, - 558 -, - 559 -, -

560 -, - 561 -, - 562 -, - 563 -, - 569 -, - 570 -, -

572 -, - 573 -, - 577 -, - 578 -, - 587 -, - 595 -

Premerger Notification Office - 383 -, - 427 -, - 479 -

prénotification ..... - 455 -

États-Unis ..... - 456 -

Union européenne ..... - 455 -

prior approval ..... - 464 -, - 530 -, - 531 -

private enforcement .- 212 -, - 213 -, - 258 -, - 266 -,  
- 267 -, - 268 -, - 574 -, - 575 -, - 577 -

procédure simplifiée ..... - 465 -

## Q

questionnaires de marchés ..... - 500 -

quo warranto - 99 -, - 103 -, - 104 -, - 105 -, - 106 -, -  
110 -, - 115 -, - 135 -, - 136 -, - 155 -, - 652 -

## S

second request.- 337 -, - 345 -, - 356 -, - 428 -, - 429  
-, - 438 -, - 480 -, - 504 -, - 512 -, - 518 -, - 519 -, -  
523 -, - 528 -, - 538 -, - 542 -, - 553 -, - 561 -

seuil.. - 19 -, - 271 -, - 326 -, - 340 -, - 381 -, - 386 -, -  
394 -, - 397 -, - 398 -, - 402 -, - 403 -, - 404 -, -  
405 -, - 406 -, - 407 -, - 422 -, - 443 -, - 446 -, -  
464 -, - 467 -, - 477 -, - 478 -, - 488 -, - 530 -

Sherman Act- 21 -, - 39 -, - 42 -, - 43 -, - 47 -, - 48 -, -  
87 -, - 91 -, - 99 -, - 118 -, - 119 -, - 123 -, - 126 -, -  
127 -, - 128 -, - 129 -, - 130 -, - 131 -, - 132 -, -  
133 -, - 135 -, - 137 -, - 138 -, - 141 -, - 142 -, -  
150 -, - 151 -, - 152 -, - 153 -, - 155 -, - 158 -, -  
169 -, - 175 -, - 180 -, - 183 -, - 188 -, - 189 -, - -

size-of-person test ..... - 403 -, - 406 -

size-of-transaction test ..... - 381 -, - 403 -

subpoena.... - 179 -, - 219 -, - 245 -, - 262 -, - 337 -, -  
503 -, - 506 -, - 507 -, - 541 -, - 571 -

## T

temporary restraining order .- 263 -, - 275 -, - 550 -,  
- 557 -

Théodore Roosevelt ..- 96 -, - 159 -, - 167 -, - 169 -, -  
177 -, - 189 -, - 193 -, - 194 -, - 195 -, - 207 -, -

215 -, - 216 -, - 217 -, - 219 -, - 220 -, - 270 -, -  
614 -, - 653 -

tiers

effet de la concentration..... - 498 -

timing agreement ..... - 343 -, - 538 -

transmission d'informations incorrectes ..... - 539 -

trebles damages..... - 434 -, - 577 -

tribunal administratif - 29 -, - 233 -, - 234 -, - 236 -, -  
240 -, - 250 -, - 253 -, - 254 -, - 273 -, - 328 -, -

330 -, - 336 -, - 341 -, - 342 -, - 410 -, - 412 -, -

489 -, - 508 -, - 553 -, - 555 -, - 558 -, - 559 -, -

560 -, - 561 -, - 568 -, - 569 -, - 570 -, - 572 -, -

587 -, - 595 -

trust.... - 49 -, - 99 -, - 105 -, - 106 -, - 109 -, - 110 -, -

111 -, - 112 -, - 113 -, - 114 -, - 115 -, - 116 -, -

125 -, - 129 -, - 142 -, - 144 -, - 145 -, - 146 -, -

169 -, - 170 -, - 178 -, - 179 -, - 180 -, - 182 -, -

Tunney Act ..- 265 -, - 441 -, - 525 -, - 526 -, - 527 -, -  
566 -, - 625 -

## U

*ultra vires*....- 103 -, - 104 -, - 105 -, - 110 -, - 114 -, -  
133 -, - 136 -

## V

*Voluntary Pre-Merger Disclosure Compact*.... - 438 -

## W

Woodrow Wilson ....- 153 -, - 165 -, - 193 -, - 194 -, -  
196 -, - 197 -, - 199 -, - 213 -, - 214 -, - 215 -, -  
216 -, - 217 -, - 218 -, - 219 -, - 220 -, - 223 -, -  
242 -, - 320 -, - 605 -, - 624 -, - 635 -, - 653 -

# BIBLIOGRAPHIE

*La présente bibliographie est sélective. Elle reflète les sources qui ont été les plus fréquemment utilisées, celles qui ont guidé et enrichi le travail de réflexion tout au long de cette recherche. Les arrêts des juridictions et les décisions administratives se trouvent dans le corps du texte, accompagnés de leur référence complète et pourront être accessibles sur les sites internet des institutions en question.*

## I. OUVRAGES

ABA, *International Investigations and Merger Reviews: A Handbook for Antitrust*, ABA Publishing, 2022.

ABA, *Mergers Acquisitions: Understanding the Antitrust Issues*, 4th Ed., 2015.

ABA, *FTC Practice and Procedure Manual*, ABA Publishing, 2d Ed., 2014.

ABA, *The Merger Review Process, A Step-by-step Guide to US and Foreign Merger Review*, Fourth Ed., ABA Edition, 2012.

Académie Française, *Dire et ne pas dire*, Philippe Rey, 2023.

ALLAND D., RIALS S., (sous la direction de), *Dictionnaire de la culture juridique*, Éd. Presses Universitaires de France, Coll. Quadrige Dicos Poche, 2003.

AREEDA P., TURNER D.W., HOVENKAMP H., *Antitrust Law : An Analysis of Anti-trust Principles and Their Application*, Little Brown et Comp, Fifth Ed., Boston, 2020.

ATIYAH P. S., *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford Scholarship Online, First Ed. 1985, Ed. 2012.

ATKINSON G., PASCHALL S. P., *Law and Economics from an Evolutionary Perspective*, Elgar, 2016.

BAILY B., *The Ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1967.

BAKER J., *The Antitrust Paradigm: Restoring a Competitive Economy*, Harvard University Press, 2019.

BALL G.W., *The Past has Another Pattern : Memoirs*, W.W. Norton and Company, 1982.

BAUDIN L., *Précis d'histoire des doctrines économiques*, Domat-Montchestien, 1942.

BEACH FISK C., *A Treatise On The Law Of Monopolies and Industrial Trusts, as Administered in England and The United States of America*, The Lawbook Exchanges LTD, 1st Ed. 1898, 2007.

BELTRAN A., (sous la direction de), *État et énergie XIXe-XXe siècle* [en ligne]. Vincennes : Institut de la gestion publique et du développement économique, 2009 généré le 02 septembre 2022. Disponible sur Internet : <http://books.openedition.org/igpde/680>.

BÉRAUD A., *Nouvelle histoire de la pensée économique. Des scolastiques aux classiques*, La Découverte, Tome 1, 1992.

BERLIN D., *Contrôle des concentrations*, Ed. de l'Université de Bruxelles, 2009.

BERNOUX P., *La sociologie des organisations. Initiation théorique de douze cas pratiques*, Coll. Point, Ed. Du Sueil, 6<sup>e</sup> ed., 2010.

BERNSTEIN D. E., *Constitutional Law Stories*, Michael Dorf ed., 2003.

BESANÇON A., *Le protestantisme américain. De Calvin à Billy Graham*, Ed. De Fallois, Coll. Essais, 2013.

A. M. BICKEL, B.C. SCHMIDT, JR., *History of the Supreme Court of the United States*, Macmillan Publishing Company, Vol. IX.

BITSCH M-T, *Histoire de la construction européenne*, Complexe, Paris, Ed, 2006

*Black's Law Dictionary* / Bryan A. Garner editor, St. Paul, Minn. : West Group, 2004.

BLANKE G., LANDOLT L., *UE and United States Antitrust Arbitration : A Handbook for Practitioners*, Kluwer Law International, Vol. 2, 2011.

BOAZ D., *Libertarianism: A Primer*, Free Press, Ed. 1998.

BOORSTIN D.J., *The Genius of American Politics*, Walgreen Foundation Lectures, 1953.

BORK H., *The antitrust Paradox, a policy at war with itself*, Bork Publishing LLC, 1978, ed. 2021.

BOSCO D, PIETRO C, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, Ed. Bruylant, 2013.

BOUZOU N., *Les mécanismes de marché. Éléments de microéconomie*, Bréal, 2006.

BOVENS M., GOODIN R.E., SCHILLEMANS T., sous la direction de, *The Oxford Handbook of Public Accountability*, Oxford University Press, 2014.

BRANDEIS L.D., *The Curse of Bigness*, Viking Press, New York, 1934.

BUENKER J.D., KANTOWICZ E.R., *Historical Dictionary of the Progressive Era, 1890-1920*, Greenwood Press, NY, 1988.

CADMAN J. W., *The Corporation in New-Jersey: business and politics, 1791-1875*, Harvard University Press, 1949.

CALABRESI G., *A common law for the Age of Statutes, Oliver Wendell Holmes Lectures*, Harvard University Press, 1982.

CARBONELL M., *Des hommes à l'origine de l'Europe : Biographies des membres de la Haute Autorité de la CECA*, Nouvelle édition [en ligne], Presses universitaires de Provence, 2008, disponible sur Internet : <http://books.openedition.org/pup/5628>.

CARBONNEAU T.E., *Law and Practice of Arbitration*, 5th Ed., Juris Publishing, New York, 2014.

CASTEX J-C., *Diplomatie franco-anglaise de la Guerre d'Indépendance américaine*, Les Éditions Lulu, 2015.

CAUFFMAN C., HAO Q. (sous la direction de), *Procedural Rights in Competition Law in the UE and China*, Springer, Vol. 3, 2016.

CELLI R., NOGUÈS P., PEETERS C., *Corporate acquisitions and mergers in the European Union*, Fourth Ed., Wolter Kluwer, 2021.

CHACE J., *1912 : Wilson, Roosevelt, Taft & Debs – The Election that Changed the Country*, Simon & Schuster, Ed. 2005.

CHAMBERS J.W., *The Tyranny of Change. America in the Progressive Era, 1890-1920*, Rutgers University Press, 2d Ed. 2000.

CHANDLER A.D., *The Visible Hand. The Managerial Revolution in American Business*, Harvard University Press, 2002.

CHANDLER A.D. Jr., *Scale and Scope : The Dynamics of Industrial Capitalism*, Harvard University Press, 1990.

CHAVANCE B., *L'économie institutionnelle*, Ed. La Découverte, Coll. Repères, 2007.

CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence: essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, 2006.

CLARK NORTHRUP C., *The American Economy: A Historical Encyclopedia*, Vol.I, ABC-Clio, 2d Ed., March 2011.

CLERGERIE J-L., GRUBER A., RAMBAUD P., *Droit institutionnel et matériel de l'Union européenne*, Dalloz , 12<sup>e</sup> Ed ., 2018

COHEN-TANUGI L., *Le droit sans l'État*, Presses Universitaires de France, Paris, 2015.

COMBE E., *Économie et politique de concurrence*, Dalloz, Coll. Précis, 2ed, 2020.

COOKE F. H., *The Law of Combinations, Monopolies, and Labor Unions* 422-423 2d ed. 1909.

COUTINET N., SAGOT-DUVAUROUX D., *Économie des fusions et acquisitions*, La Découverte, Paris, 2003.

CRANE D., *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement*, Oxford, 2011.

CRANE D.A., FOX E.M., *Antitrust Stories*, Foundation Press, 2007.

CROWE J., *Building the Judiciary, Law courts, and the Politics of Institutional development*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 1981.

DANGERFIELD G., *The Era of Good Feelings*, Harbinger Book, 1952.

DAVID R., JAUFFREY-SPINOSI C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, Éd. Dalloz, Coll. Précis, 12<sup>e</sup> Éd. 2016.

DAVIS J.S., *Essays in the Earlier History of American Corporation*, Cambridge Harvard University Press, 1917.

DE PAMPHILIS, D., *Mergers and Acquisitions Basics*, Academic Press, 2011.

de TOCQUEVILLE A., *De la démocratie en Amérique*, Tome 1, Ed. Gallimard, 1981 et 1986.

DEBOUZY M., *Le Capitalisme « sauvage » aux Etats-Unis, 1860-1900*, Edition du Seuil, 1972.

DEWEY D., *Monopoly in Economics and Law*, Greenwood Press, 1976.

DEYSINE, A., *La Cour suEtats-UnisÉtats-Unis. Droit, politique et démocratie*, Essai, Dalloz, Coll. Le sens du droit, 2015, p. 102-103.

DIAMOND, W., *Economic Thought of Woodrow Wilson*, The Johns Hopkins Press, 1943.

DICKERSON O., *The Navigation Acts and the American Revolution*, Philadelphia, University of Pennsylvania, 1951.

DODD E.M., *American Business Corporation until 1860: with special reference to Massachusetts*, Harvard University Press, 1954.

DREXL, J., KERBER, W., PODSZUN, R. (sous la direction de), *Competition Policy and the Economic Approach*, Edward Elgar Publisher, 2011.

DUPRET B., *Droit et sciences sociales*, Coll. Cursus, Armand Colin, 2006.

DURAND P., *Les débuts de la politique antitrust aux États-Unis 1890-1914*, L'Harmattan, Paris, 1995.

ECHINARD, Y., GESLIN, A., GUELDRY, M., TERPAN, F., (sous la direction de), *L'Union européenne et les États-Unis processus politique et projets*, Larcier, 2013.

EZRACHI A., *UE Competition Law. An analytical Guide to the Leading Cases*, Hart ed., Seventh Ed., 2021.

FALCK O., GOILLIER C, WOESSMANN L, *Industrial Policy for National Champions*, The MIT Press, 2011.

FAULKNER H.U, *Histoire économique des États-Unis d'Amérique des origines à nos jours. Du système colonial aux lendemains de la guerre de Sécession*, T.1, Presses Universitaires de France, 1958.

FAULKNER H.U., *Histoire économique des États-Unis d'Amérique*, Tome II, Presses Universitaires de France, 1958.

FINE S., *Laissez-Faire and the General-Welfare State*, The University of North Carolina Press, 1996.

FORBATH W.E., *Law and the Shaping of the American Labor Movement*, Harvard University Press, 1991.

FREYER T.A., *Producers Versus Capitalists: Constitutional Conflict in Antebellum America*, University of Virginia Press, 1994, p.20.

FRIEDMAN L.M., *A History of American Law*, Simon and Schuster, Edition révisée 15 juin 2010, p.512-513.

FRISON-ROCHE M-A (sous la direction de), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Droit et économie de la régulation, Presses de Sciences Politique Dalloz, 2006.

FUNK W.F., SHAPIRO S.A., WEAVER R.L., *Administrative Procedure and Practice. Problems and Cases*, Fith Ed., West Academic Publishing, 2006.

GERARDIN D., (Sous la direction de), *Modernisation and Enlargement : Two Major Challenges for EC Competition Law*, Intersentia, 2004, p. 89 et s.

GERBER, D., *Law and Competition in the Twentieth Century Europe. Protecting Prometheus*, Clarendon Press, Oxford, 1998.

GILMORE G., *The Ages of American Law*, Yale University Press, 1974.

GLASS H., *The Antitrust Laws. Their Origin*, Boston University Press, 1960.

GOLDSCHMID H.J., MANN H. dir., *Industrial Concentration: the New Learning*, Little Brown & Co, 1974.

GREENHOOD E., *The Doctrine of Public Policy in The Law of Contracts*, Gale, Making of Modern Law, 1886, Ed. 2010.

HAMILTON W., TILL I., *Antitrust in Action*, Capo Press, 1974.

HANDLER M., *A Study of The Construction and Enforcement of the Federal Antitrust Law*, Washington : U.S.G.P.O., 1941.

HANEY L., *History of Economic Thought. A Critical Account of the Origin and Development of the Economic Theories of the Leading Thinkers in the Leading Nations*, Macmillan, 1ère Ed, 1911.



HART H.M., SACKS A.M., *The Legal Process. Basic Problems in the Making and Application of Law*, Tentative ed. Published Camb., Mass., 1958.

HARTZ L., *The Liberal Tradition in America*, Harcourt Brace Jovanovitch, NY, 1955.

HAYDON J., *The Restraint of Trade Doctrine*, LexisNexis Butterworths, 1976, 3d Ed. 2008.

HEILBRONER R.L., SINGER A., *The Economic Transformation of America Since 1865*, Harcourt Brace College Publishers, Vol. 2, 1994.

HENDERSON G., *Federal Trade Commission, A Study in Administrative Law and Procedure*, Bluebook, 20th ed, 1924 ;

HOFSTADTER R., *Bâtitseur d'une tradition*, Economica, Coll. Nouveaux Horizons, 1990

HOFSTADTER R., *The Age of Reform. From Bryan to F.D. Roosevelt*, Random House, 1955.

HOLCOMB M., *The Era of Theodore Roosevelt*, Harper & Brothers, 1954.

HOLDSWORTH W.S., *History of English Law*, Methuen & Co. LTD, 1938.

HOVENKAMP, *The Antitrust Enterprise: Principle And Exécution*, Harvard University Press, 2005.

HURST J.W., *The Legitimacy of the Business Corporation in the Law of the United States*, The University Press of Virginia, 1ere Ed. 1971, 2010.

HUYLER J., *Locke in America. The Moral Philosophy of the Founding Era*, Lawrence, University Press of Kansas, 1995.

ILLINGWORTH W., *An inquiry into the laws, antient sic and modern respecting forestalling, regrating and ingrossing: together with adjudged cases*, copies of original records and proceedings in Parliament relative to those subjects, Luke Hansard, for E. Brooke and J. Rider, J. Sewell and J. Hatchard, 1800.

JOANNA, A. SMITH, *Les commissaires européens, technocrates, diplomates ou politiques*, Presses de Sciences Pol., 2002.

JONES E., *The Trust Problem in the United Sates*, Mcmillan Company, 1921.

KAISER W., LEUCHT C., RASMUSSEN M., (sous la direction de), *The History of the European Union, Origins of a trans-and supranational polity 1950-1972*, Routledge, UEACE Contemporary European Studies, e-version, 2008.

KASPI A., *La révolution américaine, 1763-1789*, Coll. Folio Histoire, Gallimard, 2013.

KASPI A., *Les Américains. I. Naissance et essor des États-Unis 1607-1945*, tome 1, Ed. Du Seuil, Coll. Points Histoire, 1986, pp.1-89.

KENT J., *Commentaries on American Law*, O. Halsted, Vol.II, New-York, 1832.

KINTNER E.W., *The Legislative History of the Federal Antitrust Laws and Related Statues*, Chelsea House Publisher, New York, 1978.

KOLKO G., *The Triumph of Conservatism : A Re-interpretation of American History, 1900-1916*, Free Press, 1977.

KOLKO G., *Railroads and Regulation 1877-1916*, Princeton, Princeton University Press, 1965.

LAMOREAUX N.R., *The Great Merger Movement in American Business, 1895-1904*, Cambridge University Press, 1985.

LEGRAND P., *Le droit comparé*, Éd. P. U.F, Coll. Que sais-je, 2011.

LEGRAND P., SAMUEL G., *Introduction à la common law*, P.U.F, Coll. Repères, n° 514, 2008.

LEHAV A.D., *In Praise of Litigation*, Oxford University Press, 2017

LEUCHTENBURG W.E., *Progressivism and Imperialism. The Progressive Movement and American Foreign Policy, 1898-1916*, The Johns Hopkins Press, 1952.

LETWIN W., *Law and Economic Policy in America. The Evolution of the Sherman Antitrust Act*, The University of Chicago Press, 1965.

LETWIN W., *A Documentary History of American Economic Policy since 1789*, Aldine Publishing Company, 1961.

LEVASSEUR A., *Droit des États-Unis*, Précis Dalloz, Paris, 1994.

LEVÊQUE F., SHELANSKI H. (sous la direction de), *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*, Edward Elgar, 2003.

LEVY L. W., KARST, K. L., MAHONEY, D. J. sous la direction de, *Encyclopedia of the American Constitution*, Macmillan Publishing Company, Vol. 1, 1986.

LINK A.S., *Wilson. Campaigns for Progressivism and Peace, 1916-1917*, Princeton University Press, 1965.

LOUGHIN M., *Foundations of Public Law*, Oxford University Press, 2012.

LUNEBURG W. V., SUSMAN T. M., *The Lobbying Manual : A Complete Guide to Federal Law Governing Lawyers and Lobbyists*, American Bar Association Ed., 3d Ed., 2005

MARSHALL A & M.P., *The Economics of Industry*, Macmillan, 2d Ed. 1880.

MARTIN D.D., *Mergers and the Clayton Act*, University of California Press, 1959.

MCCHESNEY F., SHUGHART II W.F., *The Causes and Consequences of Antitrust. The Public-Choice Perspective*, The University of Chicago Press, Chicago, 1995.

MCCLURE A.K., *The Verdict of Public Opinion on the Roosevelt Policies*, George H. Doran Co., 1916.

MCCRAW T.K., *Prophets of Regulation*, Belknap Press, Ed 1986.

MCCRAW T.K., *Regulation in Perspective*, Harvard University Press, Boston, 1981.

MCGERR M., *A Fierce Discontent : The Rise and Fall of the Progressive Movement in America, 1870-1920*, Oxford University Press, 2003.

MELANDRI P., *Histoire des États-Unis contemporains*, André Versailles Éditeur, 2008.

MONNET J., *Mémoires*, Fayard, 1976.

MÉNARD C., *Économie des organisations*, Ed. La Découverte, Coll. Repères, 2012

MORRIS R.B., *The American Revolution Reconsidered*, Harper and Row, New York, 1967

MOWRY G.E., *The Twentieth Century. A Brief Global History*, McGraw-Hill, 1984.

MOWRY G.E., *The Era of Theodore Roosevelt and the Birth of Modern America, 1900-1912*, Harper & Row, 1958.

MURPHY E., *The Antitrust Laws of the U.S.A.*, Cambridge University Press, 1978.

MURPHEY W., *Theodore Roosevelt and the Bureau of Corporations : Executive-Corporate Cooperation and the Advancement of the Regulatory State*, American Nineteenth Century History, 2013.

NELSON R.L., *The Merger Movements in American Industry, 1895-1956*, Princeton University Press, 1959;

NOUAILHAT Y.-H., *Évolution économique des États-Unis du milieu du XIXe siècle à 1914*, Société d'édition d'enseignement supérieur, Coll. Regard sur l'histoire, 1982.

NUGENT N., (sous la direction de), *At the Heart of the Union. Studies of the European Commission*, Palgrave MacMillan, London, 2000.

PARMALEE PRENTICE, *The Federal Power Over Carriers Corporation*, The Macmillan Company, 1907.

PERITZ J.R., *Competition Policy in America. History, Rethoric, Law*, Oxford University Press, 1996.

PETIT N., *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien Lextenso Ed., 2013.

PIERCE R.J., *Administrative Law Treatise*, Wolters Kluwer Law & Business, Vol. I, Fifth Ed., 2010.

PITOFISKY R., *How the Chicago School Overshot the Mark. The effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, Robert Pitofsky ed., 2008.

POIDEVIN R., SPIERENBURG, D., *Histoire de la haute autorité de la communauté européenne du charbon et de l'acier*, Bruylant, 1993

PORTER G., *The Rise of Big Business, 1860-1920*, Wiley-Blackwell, 1973.

ROSANVALLON P., *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Ed. du Seuil, Coll. Point, 2008.

ROSANVALLON P., *Le capitalisme utopique. Histoire de l'idée de marché*, Ed. Du Seuil, Coll. Point, 1989.

ROSENBAUM D.I., (sous la direction de), *Market Dominance: How Firms Gain, Hold, Or Lose it and the Impact on Economic Performance*, Praeger, 1998.

ROSENBLOOM J.L., *Quantitative Economic History: The Good of Counting*, Routledge Taylor & Francis Group, 2008.

ROSS D., SCHERER F.M., *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Houghton Mifflin Company, 1990.

SAUSSOIS J-M, *Théorie des organisations*, Ed. La Découverte, Coll. Repères, 2019

SCHAMBRA W.A., *The Origins and Persistence of American Progressivism*, Intercollegiate Studies Institute, 2007.

SELLERS C., *The Market Revolution, Jacksonian America 1815-1846*, Oxford University Press, 1994.

SIGMUND P. E., *The Ideologies of the Developing Nations*, Frederick A. Praeger, 1968.

SKLAR M.J., *The Corporate Reconstruction of American Capitalism, 1890-1916*, Cambridge University Press, 1988.

SKOWRONEK. S., ENGEL S. M, ACKERMAN B., *The Progressives' Century, Political Reform, Constitutional Government, and the Modern American State*, Yale University Press, 2016.

SKOWRONEK S., *Building a New American State. The Expansion of National Administrative Capacities, 1877-1920*, Cambridge, Cambridge University Press, 7e éd., 1995 1re éd.: 1982.

SMITH A., *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, 1776, trad. G. Garnier, 1843, Livre 1.

SPELLING T. C., *A Treatise On Injunctions and Other Extraordinary Remedies*, Little Brown and Company, 2d Ed., Vol. 2, 1901.

SPIERE D., BURG, RAYMOND POIDEVIN, *Histoire de la Haute autorité de la communauté européenne du charbon et de l'acier*, Bruylant, Bruxelles, 1993

SOUTY F., *La politique de concurrence aux États-Unis*, P.U.F, Coll. Que sais-je ?, 1995.

STEBBINS A. B., KENNEDY, T. H., Global Legal Group, *The International Comparative Legal Guide to: Mergers & Acquisitions 2019*, 13th Ed., 2019.

STIGLER G. J., *The Early History of Regulatory Capture*,

STOLL-DEBELL K., DEMPSEY N., DEMPSEY B., *Injunctive Relief: Temporary Restraining Orders and Preliminary Injunctions*

- SULLIVAN L.A., *Antitrust*, McGraw-Hill, 1977, American Bar Association, 2009;
- SUTHERLAND E. H., Trust Legislation, 1904-1907, *Harvard Law Review*, Vol. 21, No. 1 Nov., 1907, p. 32.
- TAMANAH B. Z., *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, 2004.
- THORELLI H. B., *The Federal Antitrust Policy*, The John Hopkins Press, 1955.
- TOINET M-F, KEMPF H., LACORNE D., *Le libéralisme à l'américaine. L'état et le marché*, Coll. Publique comparée, Ed. Economica, 1989.
- TOULMIN H.A., *Treatise on the Anti-Trust Laws of the United States and Including All Related Trade Regulatory Laws*, HeinOnline Classic Library, 1951.
- TROCMÉ H., ROVET J., *Naissance de l'Amérique moderne XVIe-XIXe siècle*, Hachette, 1997.
- UROFSKY M. I., *Dissent and the Supreme Court. Its Role in the Court's History and the Nation's Constitutional Dialogue*, Coll. Vintage Book, Penguins Random House, 2015.
- VALLINDAS G., *Droit européen des concentrations*, Bruylant, 2017.
- VAN HALLE, *Trusts, or Industrial Combinations and Coalitions in the United States*, The Macmillian Company, 1900.
- VERLOOP P., *Merger control in the EEC*, Kluwer, Boston, 1993.
- WARLOUZET L., *Le choix de la CEE par la France : L'Europe économique en débat de Mendès France à de Gaulle 1955-1969*, Institut de la gestion publique et du développement économique, 2011.
- WEAVER S., *Decision to Prosecute, Organization and Public Policy in the Antitrust Division*, The MIT Press, 1977.
- WHISH R., *Competition Law*, LexisNexis, 6th Ed. 2008.
- WHISHAW J., *A New Law Dictionary: Containing a Concise Exposition of the Mere Terms of art, and Such Obsolete Words as Occur in Old Legal, Historical, and Antiquarian Writers*, J.& W.T. Clarke, law booksellers and publishers, 1829.
- WHITNEY C., *Trusts and the Public*, G.P. Putnam's Sons, 1907.

WIEBE R.H., *The Search for Order, 1877-1920*, Hill & Wang, 1967.

WILSON W., *The State. Elements of Historical and Practical Politics*, D. C. Heath & Co., Publishers, 1898, p. 632.

YEAZELL S. C., SCHWARTZ J.C., *Civil Procedure*, 10th Ed., Wolters Kluwer, 2018.

ZACHMANN, *Le contrôle communautaire des concentrations*, L.G.D.J, Paris, 1994.

ZOLLER É., *Le droit des États-Unis*, P.U.F, Coll. Que Sais-je ?, 2001

ZOLLER É., *Introduction au droit public*, Dalloz, Coll. Précis, 2e Ed., 2013.

ZOLLER É., *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Dalloz, Ed. Grands Arrêts, 2010.

## II. THÈSE

BURNIER DA SILVEIRA P., *L'internationalisation du contrôle des concentrations*, Thèse, Université Paris II (co-tutelle), octobre 2011.

CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence: essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Vol. 51, 2006.

DELZANGUES H., *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, communications électroniques, énergie et postes*, Thèse, Bordeaux IV, 2008.

FÈVRE R., *L'ordolibéralisme (1932-1950) : une économie politique du pouvoir*, Thèse, Université de Lausanne, 2017.

LEINWAND G., *A History of the United States Bureau of Corporations 1903-1914*, New York University, 1962.

MANSON S., *La notion d'indépendance en droit administratif français*, Thèse, Paris II, 1995.

PERROUD T., *La fonction. Contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Ed. Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque des Thèses, Vol. 127, 2013.

RENAULT-MONIN M., *Théodore Roosevelt, personnage de caricature : les moments clés de la satire politique*, Thèse de doctorat, Université de la Sorbonne-Nouvelle, 2015.

VIALARD V., *Le critère d'appréciation substantielle des concentrations. Étude comparée des droits communautaire et américain*, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Vol. 67, 2007.

YOKEN C., *Cartel Practices and Policies in the World War II Era*, Honor Theses, 2019, disponible en ligne : <https://digitalworks.union.edu/theses/2353/>.

ZEVOUNOU L., *Le concept de concurrence en droit*, Thèse, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, décembre 2010.

### III. ARTICLES

ADLER E.A., *Monopolizing at common law and under Section Two of the Sherman Act*, *Harvard Law Review*, N° 31, 1917, p. 246.

AGARWAL, A., *The FTC's recent Moves Could Cost It in the Supreme Court*, *Yale Journal on Regulation*, 23 octobre 2022.

ALOMAR B., MOONEN S., NAVEA G., REDONDO P., *Electrabel/CNR : the importance of the standstill obligation in merger proceedings*, *Competition Policy Newsletter*, N° 3, 2009.



ANDEER K., Another Look at Process: Is There Really a Difference Between Merger Litigation at the Agencies ?, *Global Competition Policy Magazine*, Avril. 2009.

ARENDS W., DOMEN V., Optimizing Multistate Merger Reviews : Cooperation, Communication, and Coordination, *The Antitrust Source*, Août 2019, p.1- 6 ; AMC, Report and Recommendation, p.199.

ARTHUR T., Workable Antitrust Law: The Statutory Approach to Antitrust, *Tulane Law Review*, Vol. 62, 1988, p. 1168.

AUTIN J.-L. : La motivation des actes administratifs unilatéraux, entre tradition nationale et évolution des droits européens, *Revue française d'administration publique*, N° 137-138, 2011, p.85-99.

ASHENFELTER O., HOSKEN D., WEINBERG, M., Did Bork Understate the Competitive Impact of Mergers? Evidence from Consummated Mergers, *The Journal of Law & Economics*, Vol. 57, 2014, p. S67.

BAILEY M. S., The Hart-Scott-Rodino Act : Needing a Second Opinion About Second Requests, *Ohio State Law review*, Vol. 67, pp. 433-468.

BALDWIN S.E., American Business Corporations before 1789, *The American Historical Review*, Vol. 8, No. 3 Apr., 1903, p. 449.

BAUER M.W, EGE J, la politisation au sein de la bureaucratie de la Commission européenne, *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Vol. 78, N° 3, 2012, p. 429.

BAWN K., Political Control Versus Expertise: Congressional Choices about Administrative Procedures, *American Political Science Review*, Vol. 89, n° 1, mars 1995, p. 62.

BECKER W.H., American Wholesale Hardware Trade Associations, 180-1900, *Business History Review*, Vol. XLV, No. 2 Summer 1971, p.183.

BECQUEMONT D., Une régression épistémologique : « le darwinisme social », *Espace Temps*, 2004, p. 92.

BEER H.W., *Federal Trade Law and Practice before the Federal Trade Commission, United States District Courts, United States Circuit Courts of Appeals and United States Supreme Court in Federal Trade Commission Cases*, Bluebook, 20th ed., 1942, p. 221.

BEITONE CAZORLA A., HEMDANE E., SLIMANI S., *Dictionnaire de science économique*, 7e ed., Dunod, 2016.

BÉLAND D., VERGNIOLE DE CHANTAL F., L'État en Amérique. Entre invisibilité politique et fragmentation institutionnelle, *Revue française de science politique*, N° 2, Vol.64, 2014, p.191.

BELLON B., Cent ans de politique antitrust aux États-Unis, *Revue d'économie industrielle*, Vol. 63. 1er trimestre 1993. p.14.

BERNS T., L'efficacité comme norme, *Dissensus Revue de philosophie politique de l'Union européenne*, N° 4, Avril 2011, p. 150.

BEZES P., PIERRU F., État, administration et politiques publiques : les dé-liaisons dangereuses, la France au miroir des sciences sociales nord-américaines, *Presses de Sciences-Politique*, 2012/2, N° 2, p.52.

BITTLINGMAYER G., Did Antitrust Policy Cause The Great Merger Wave?, *Journal of Law and Economics*, Vol. 28, april 1985.

BOBERG P., DICK A., Findings from the Second Request Compliance Burden Survey, The Threshold , *Aba Section Of Antitrust Law Newsletter*, 2014.

BOISOT L., The Legality of Trust Combinations, *The American Law Register*, N° 39, January to December 1891, p.763.

BOLDRINI S., "La Commission européenne," *CRISP*, Vol 37, N° 1942, 2006, p. 10.

BOLDRINI S., Pouvoirs, structure et fonctionnement de la Commission européenne, *Courrier hebdomadaire du CRISP*, Vol. 37, N° 1942, 2006, p. 5.

BORK R.H., Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act, *Journal of Law & Economics*, N° 9, 1966, pp. 7-48.

BOUVET L., La fin du libéralisme américain?, *Raisons politiques*, 2004/4, N°16, p. 25-44.

BRABNER-SMITH J.W., Federal Incorporation of Business, *Virginia Law Review*, N° 24, 1937-1938, p. 159.

BRADLEY R.L., On The Origins of The Sherman Antitrust Act, *Cato Journal*, N° 9, 1990, p. 737.

BRANDEIS L.D., the Cut Throat Prices : The Competition that Kills, Reprinted from Harper's Weekly, 1918.

BRICIU L., NIVOIX S., Mise en perspective d'un siècle de fusions-acquisitions en Europe et aux États-Unis, *Management & Avenir*, 2009/6, N° 26, p.53.

BRUFF H.H., On the Constitutional Status of the Administrative Agencies, *American University Law Review*, Vol. 36, 1987, p. 491.

BUCHANAN sous la direction de, Quo Warranto and Private Corporations, *Yale Law Journal*, N° 37, 1927-1928, p.239.

BURE F., BARY L., Disruptive Innovation and Merger Remedies: How to Predict the Unpredictable ?, *Concurrences* , N° 3, 2017, pp. 1-9.

CALABRESI S.G., LEIBOWITZ L.C., Monopolies and the Constitution : A History of Crony Capitalism, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 36, N° 3, 2012, p. 1057.

CALVERT R.L., MCCUBBINS, M.D., WEINGAST, B.R., A Theory of Political Control and Agency Discretion, *Am. J.P.S.*, Vol. 33, août 1989, pp. 588-611.

CARLTON D.W., PICKER R.C., Antitrust and Regulation, *Economics Working Paper*, N° 12, Oct. 2006.

CARLTON D. W., "Why We Need to Measure the Effect of Merger Policy and How to Do it," National Bureau of Economic Research, *Working Paper* No. 14719, February 2009, p. 3.

CHAMPEIL-DESPLATS V, Penser l'efficacité de la norme, Keio Hôgaku, 2014, pp.368-378.

CHAPLIN H.W., National Incorporation, *Columbia Law Review*, Vol. V, June 1905, N° 6.

CHEVALLIER J., La juridicisation des préceptes managériaux, *Politiques et management public*, Vol. 11, N° 4, 1993, p.19

CHUBB N., Agency Draw: How Serious Questions in Merger Review could Lead to Enhanced Merger Enforcement, *George Mason Law Review*, Vol. 18, N° 2, 2011, p. 535-536.

CHURCHILL E.F., Monopolies, *The Law Quarterly Review*, Juillet 1925, p.284.

CLAY K., TROESKEN W., Exclusive Dealing and the Whiskey Trust, 1890-1895, *Journal of Economic History*, N° 58, 1998, p.755.

CLÉMENT A., Les mercantilistes et la question coloniale aux XVIe et XVIIe siècles, *Outre-mers: revue d'histoire*, 2005, p.10.

COATE, M.B., HIGGINS R.S., MC CHESNEY F.S., Bureaucracy and Politics in FTC Merger Challenges, *The Journal of Law & Economics*, Vol. 33, No. 2, Oct., 1990, p. 468.

COATE M.B., KLEIT A.N., Does It Matter That the Prosecutor Is Also the Judge? The Administrative Complaint Process at the Federal Trade Commission, *Managerial and Decision Economics*, Vol. 19, No. 1 Feb., 1998, pp. 11.

COLLINS W.D., Trusts and the Origins of Antitrust Legislation, 81, *Fordham Law Review*, 2013, 2329.

COMPTON W.R., Early History of Stock Ownership by Corporations, *The George Washington Law Review*, Vol. 9, N° 2, Dec. 1940.

CONANT M., Antimonopoly Tradition under the Ninth and Fourteenth Amendments: Slaughter-House Case Re-Examined, *Emory Law Review*, Vol.31, 1982, p.797.

CONNELL J., The Historiography of the Progressive Era, *An historiographical Review*, 2009, p.18.

COOK W.W., What is the Police Power ?, *Columbia Law Review*, Vol. 7, No. 5, May 1907, pp. 322-336.

COOK R.N., SKITOL, R. A., Fresh Thinking About the FTC/DOJ Interface : Return to the Wilson-Brandeis-Elman Vision, *The Antitrust Source*, ABA, July 2002, p.1.

COOLEY T., Limits to State Control of Private Business, *The Princeton Review*, N° 1, 1878, p.233.

COSNITA-LANGLAIS C. A, Enforcement of Merger Control : Theoretical Insights for Its Procedural Design, *Revue économique*, Hors-Série : Nouveaux regards en économie et politique de concurrence, Sciences-Po University Press, Vol. 67, février 2016, p. 48.

CRAMPTON R.C., A Title Change for Federal Hearing Examiner, A Rose by Any Other Name, *The George Washington Law Review*, Vol. 40, p. 918 et s., 1972.

CRANDALL R. W., WINSTON C., Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 17, No. 4, 2003, p. 3-26.

CURTIS R.H., National Corporation, *The Central Law Journal*, N° 21, 1885, p. 425.

CUSHMAN R.E., Constitutional Status of the Independent Regulatory Commissions, *Cornell Law Review*, Vol. 24, N° 1, 1938, pp. 13–53.

CUSTOS D., Théorie de l'Exécutif unitaire et contrôle présidentiel des agences indépendantes aux États-Unis, *Revue Française d'administration Publique*, 2019, N° 170, 2019, pp. 327-344.

DAFNY L., DUGGAN M., RAMANARAYANAN S., Paying a Premium on Your Premium? Consolidation in the US Health Insurance Industry, *American Economic Review* 2012, 1022: 1161–1185.

DAVENPORT S., Resolving ALJ Removal Protections Problem Following Lucia, *University of Michigan Law Reform*, Vol. 53, 2020, pp. 693-726.

DELLEMOTTE J., La « main invisible » d'Adam Smith : pour en finir avec les idées reçues, *L'Économie politique*, N°4, 2009, p. 28-41.

DELZANGUES H., L'indépendance des autorités administratives indépendantes chargées de réguler des marchés de services publics : éléments de droit comparé et européen, *Droit et société*, N° 93, 2016, p. 300.

DEMPSEY S., The Rise and Fall of the Interstate Commerce Commission: The Tortuous Path From Regulation to Deregulation of America's Infrastructure, *Marquette Law Review*, Vol. 95, p. 1151 2012.

DEWEY D., The Common-Law Background of Antitrust Policy, *Virginia Law Review*, N° 4, 1955, p. 772.

DEZOBRY, G., L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard des opérateurs régulés, *Revue française d'administration publique*, N° 143, 2012, p.645.

DIAMANTIS M. E., Successor Identity Yale Journal of regulation, Vol. 36, 2019, p.1.

DILORENZO T. J., The Origins of Antitrust : An Interest-Group Perspective, *International Review of Law and Economics*, N° 5, 1985, p.75-76.

DIXON P.R., The FTC: The First 50 years, *Antitrust L.J.*, N° 24, 1964, p.39.

DONOVAN W.J., MCALLISTER, B.P., Consent Decrees in the Enforcement of the Federal Anti-Trust Laws, *Harvard Law Review*, Vol. 885, N° 3, 1933, p. 885.

DRAUZ G., A View From Inside the Merger Task Force: Comments on ‘Reforming European Merger review: Targeting Problem Areas in Policy Outcomes’, *Journal of Industry, Competition and Trade*, 2002-2003, p. 396.

DU BOFF R.B., HERMAN E.S., The Promotional-financial dynamic of Merger Movements: A Historical Perspective, *Journal of Economic Issues*, Vol. 23, issue 1, March, p.107-133.

DURAND E.D., The Trust Legislation of 1914, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 29, No. 1 Nov., 1914, p.97.

EASTERBROOK F.H., Workable Antitrust Policy, *Michigan Law Review*, Vol. 84, 1986, p. 1701-1703.

EGNAL M., ERNST J. A., An Economic Interpretation of the American Revolution, *The William and Mary Quarterly*, 3rd Ser., Vol. 29, No. 1 Janv. 1972, pp. 3-32.

EHLERMANN C.D., The Contribution of EC Competition Policy to the Single Market, *Common Market Law Review*, 1992, p. 257.

ELMAN P., The Federal Trade Commission and the Administrative Process, *Antitrust Bulletin*, N° 8, 1963, p. 610.

ELMAN P., Antitrust Enforcement: Retrospect and Prospect, Remarks Before First New England Antitrust Conference, Mar. 31, 1967, *A.B.A. J.*, Vol. 53, 1967, p. 609.

FESLER J.W., The Independence of State Regulatory Agencies, *Public Administration Service*, N° 85, Chicago, Illinois, 1942, p. 2.

FERRINGTON R. H., ROSENTHAL D. J., PUTZ N. P., Navigating Icebergs: A Brief Survey of Non-Reportable Transaction Enforcement Around the World, *The Antitrust Source*, August 2020, p. 1-15.

EDDY A.J, *The Law of Combinations, Embracing Monopolies, Trusts, and Combinations of Labor and Capital; Conspiracy, and Contracts in Restraint of Trade*, Callaghan and Company 1901.

EDWARDS R., *Roosevelt's Republican Progressivism and Wilson's New Freedom*, 1912, Incline Press, 1975.

ELLIS R.E., *Andrew Jackson*, C.Q Press, Coll. American Presidents References Series, 2003, p. 18.

ENGERMAN S.L., GALLMAN R.E. (sous la direction de), *The Cambridge Economic History of the United States*, Cambridges University Press, Vol. II., 2000.

FAIRBANKS R.B., *Progressive Era, 1877-1917*, American History Series, Harlan Davidson, 1981.

FAULKNER H.U., *The Decline of laissez-faire 1897-1917*, Vol. VII, Routledge, 1977.

FULLER P., Is There a Federal Police Power ?, *Columbia Law Review*, Vol. 4, No. 8, Dec. 1904, pp. 563-588.

GARAPON A., La question du juge, *Pouvoir*, No. 74, 1995, p. 19.

GARRISON A H., The Rule of Law and the Rise of Control of Executive Power, *Texas Review of Law & Politics*, Vol. 18, p.304-355.



GINSBURGH D.H., WRIGHT J.D., Antitrust Settlements: The Culture of Consent, Working Paper, p. 1

GELLHORN E., JAMES C.A., POGUE R., SIMS J., Has Antitrust Outgrown Dual Enforcement? A Proposal for rationalization, *The Antitrust Bulletin*, Fall 1999, p. 715.

GLAESER E.L., SHLEIFER A., The Rise of the Regulatory State, *Journal of Economic Literature*, Vol. XLI, Juin 2003, p.401.

GLICK M., RUETSCHLIN C., Big Tech Acquisitions and the Potential Competition Doctrine: the Case of Facebook, *Institute for New Economic Thinking*, Working paper No. 104, October 2019, p. 31.

GOLDSTEIN A.H., SIRKIS P.J., Raising Antitrust Merger Challenges, Third-party Strategies, *Practical Law The Journal*, Mars 2013, p.53.

GORDON S.D., Attitudes Toward Trusts Prior to the Sherman Act, *Southern Economic Journal*, Vol. 30, No. 2 Oct., 1963, pp. 156-167.

GOTLIEB M., VAN GERVEN G., Data Gathering and Analysis : The Anatomy of Merger Investigation in Europe, *Fordham International Law Journal*, Vol. 39, Issue 1, Art. 1, 2015, p.23.

GRANDY C., New Jersey Corporate Chartermongering, 1875-1829, *The Journal of Economic History*, Vol. 49, No. 3 Sep. 1989, p. 682.

GRZYBOWSKI K., Woodrow Wilson on Law, State and Society, *George Washington Law Review*, Vol. 30, 1962, p. 808.

HACKER L., The First American Revolution, *Columbia University Quarterly*, Vol. 27, pp.259-295 1935.

FIRST H., FOX E.M., HEMLI D.E., Procedural and Institutional Norms in Antitrust Enforcement in the U.S. System, *New York University Law and Economics Working Papers*, 2012, p.3.

FISHER A.A., LANDE R.H., Efficiency Considerations in Merger Enforcement, *California Law Review*, vol. 71, n° 6, 1983, pp. 1582-1696.

FORRESTER I. S., Due Process in EC Competition Cases: A Distinguished Institution with Flawed Procedures, *EUR. L. Rev.* N° 34, 2009, p.817, 840.

FOULKE R. R., Restraint of trade. Part 1, *Columbia Law Review*, Vol. 12, No. 2 Feb., 1912, pp. 97-133.

FOX E., SULLIVAN L.A., Antitrust – Retrospective and Prospective: Where are we Coming From? Where are we Going?, *New York University Law Review*, Nov. 1987, p. 938.

FOX E. M., Platforms, Power, and the Antitrust Challenge: A Modest Proposal to Narrow the U.S.-Europe Divide," *Nebraska Law Review*, Vol. 98, 2019, p. 297, 313–14.

FOX E.M., Toward World Antitrust and Market Access, *The American Journal of International Law*, Vol. 91, No. 1, Jan., 1997, pp. 1-25.

FOX E.M., SULLIVAN, L.A., Antitrust – Retrospective and Prospective: Where are we Coming from ? Where are we Going ?, *New York University Law Review*, Vol. 62, p.942.

FRAIDIN S., Dissolution and Reconstitution : A Structural Remedy and Alternatives, *Georges Washington Law Review*, N° 33, 1965, p.900.

FRANKEL L. M., Rethinking the Tunney Act: A Model for Judicial Review of Antitrust Consent Decrees, *Antitrust Law Journal*, N° 75, 2008, p.549.

FRICKE J., FTC v. Whole Foods Market: A New FTC Preliminary Injunction Standard, *DePaul Business & Commercial Law Journal*, Vol. 8, 2010.p. 173.

FRISON-ROCHE M-A., Ambition et efficacité de la régulation économique, *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 6, Nov. 2010, étude 34.

FRISON-ROCHE M-A., L'efficacité des décisions en matière de concurrence: notions, critères, typologie, *Petites Affiches*, n° spécial 28 décembre 2000, p.4.

FRISON-ROCHE M-A., Le modèle du marché, *Archives de philosophie du droit*, 40 1995, p. 299.

FULLER L.L., The Forms and Limits of Adjudication, *Harvard Law Review*, Vol. 92, No.2, (Dec. 1978), p. 394.

GERBER D.J., The Transformation of European Community Competition Law, *Harvard International Law Journal*, Vol. 35, janvier 1994, p.105.

HAMILL S.P., From Special Privilege to General Utility: A Continuation of Willard Hurst's Study of Corporations, *American University Law Review*, 1999, p. 101

HAMILL S.P., The Origins Behind the Limited Liability Company, *Ohio State Law Journal*, Vol. 59, N° 5, 1998, p. 1484.

HAMILL S.P., From special privilege to General Utility: A Continuation of Willard Hurst's Study of Corporations, *American University Law Review*, vol. 49, Issue 1, Art. 2, p. 104.

HAMILL S.P., The Origins Behind the Limited Liability Company, *Ohio State Law Journal*, Vol . 59, no. 5, 1998, p. 1497.

HARROW B., The Anti-trust Policy and the Public, *National Affairs*, 1977, p.48.

HECHT J., Pierre de Boisguilbert: ou la naissance de l'économie politique, Vol.2, *INED*, Paris, 1966.

HENDERSON G.C., *Federal Trade Commission A Study in Administrative Law and Procedure*, New Haven: *Yale University Press*, 1925.

HENRY J.F., The Historic Roots of the Neoliberal Program, *Journal Of Economic Issues*, Vol. XLIV, No. 2, June 2010, p.543.

HIGHAM J., Changing Paradigms: The Collapse of Consensus History, *The Journal of American History*, Vol. 76, No. 2 Sep. 1989, 460-466.

HODGES E.P., The Work of the Complaints of Antitrust Law Violations and their Investigation, *Law and Contemporary Problems*, 7:1 Winter 1940 p. 90.

HOSKEN D. S., OLSON L. M., SMITH L. K., Do Retail Mergers Affect Competition? Evidence from Grocery Retailing, *Journal of Economics & Management Strategy*, Vol. 27, Iss. 1, 2018.

HOTI P., HOXHAJ E., L'existence d'ordres juridictionnels comme forme de spécialisation de la justice, *Global Journal of Arts Humanity and Social Sciences*, Vol. 3, No. 1, p. 39.

HOVENKAMP H., Antitrust's Protected Classes, *Michigan Law Review*, N° 88, 1989.

HOVENKAMP H., Federalism and Antitrust reform, *University of San Fransisco Law Review*, N° 40, 2005-2006, p.627.

HOVENKAMP H., Inventing the Classical Constitution, *Iowa Law Review*, Vol. 101, 2015-2016, p. 5.

HOVENKAMP H., The Classical Corporation in American Legal Thought, *The Georgetown Law Journal*, Vol. 76, p.1676.

HOVENKAMP H., The Political Economy of Substantive Due Process, *Stanford Law Review*, No. 40, 1987-1988, p.404.

HOVENKAMP H., The Sherman Act and the Classical Theory of Competition, *Iowa Law Review*, N° 74, 1988-1989, p.1019.

HURWITZ J.G., Administrative Antitrust, *Mason Law Review*, N° 21, 2013-2014, p. 1197.

HYMAN D.A., KOVACIC W.E., Competition Agency Design: What's on the Menu, *George Washington Law Faculty Publications & Other Works*, 2012, p. 6.

HYMAN H., Les Américains et la Première Guerre mondiale : Wilson et son entrée à petits pas dans la guerre, *Revue Défense Nationale*, N°1, 2019, p.23-28.

IDOT L., MOMÈGE C., Le rôle clef des engagements en matière de contrôle des concentrations : réflexions sur l'évolution de la pratique », *Revue Lamy droit des affaires*, suppl., avril 2001, p. 5.

ILZKOVITZ F., DIERX A., 60 ans de politique de concurrence européenne, *Revue du droit de l'Union européenne*, N° 3, 2018, p. 34.

JACOBSON J. B., Tackling the Time and Cost of Antitrust Litigation, *Antitrust*, Vol. 32, N° 1, Fall, 2017, p.4.

JAUME L., Les droits contre la loi ? Une perspective sur l'histoire du libéralisme, *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, N°1, 2005, p.21.

JENNY F., The Institutional Design of Competition Authorities: Debates and Trends, Janvier 2016, en ligne: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2894893>.

JOHNSON A.M., Theodore Roosevelt and the Bureau of Corporations, *The Mississippi Valley Historical Review*, Vol. 45, No. 4 (Mar., 1959), p. 576.

KATZ M., SHELANSKI H., Mergers and Innovation, *Antitrust Law Journal*, Vol. 74/1, 2007, p.11.

KAUPER K.Y., Protecting the Independence of Administrative Law Judges: A Model Administrative Law Judge Corps Statute, *University of Michigan Journal of Law Reform*, 1985. Vol. 18, p. 537.

KAUPER, T.E., Cease and Desist: The History, Effect, and Scope of Clayton Act Orders of the Federal Trade Commission, *Michigan Law Review*, Vol. 66, 1967, p. 1099.

KAZMERZAK K., LOWE J. W., CONGLIO J. V. : Antitrust, Antitrust Covenants in the Spotlight Following Recent Failed Mergers, *Antitrust Magazine*, Vol. 34, N°2, 2020, p. 68-74.

KEMPF H., Comprendre le Sherman Antitrust Act de 1890 les origines de la politique concurrentielle fédérale américaine, *Les Cahiers d'Economie Politique*, N° 20-21, 1992, p.200.

KHAN R.A., DAVIES G., Merger Control and the Rule of Law, *Erasmus Law Review*, Vol.02, 2009, p.26.

KINTNER E.W., WILBERDING M.F., Enforcement of the Merger Laws by Private Party Litigation, *Indiana Law Journal*, Vol. 47, 1971–1972, p. 293.

KNERR D., Eagle-Picher Industries. Strategies for Survival in the Industrial Market Place, 1840-1980, *Ohio State University Press*, 1992, p. 33.

KOLASKY W., The Election of 1912 : A Pivotal Moment in Antitrust History, *Antitrust*, Vol. 25, No. 3, Summer 2011, p. 85.

KOLASKY W., Theodore Roosevelt and William Howard Taft : Marching Toward Armageddon, *Antitrust*, Vol. 25, 2010-2011, p.98.

KOLASKY W., *Senator John Sherman And The Origin of Antitrust*, *Antitrust*, Vol. 24, Fall 2009, p.86.

KOVACIC W.E., The Federal Trade Commission as an Independent Agency: Autonomy, Legitimacy, and Effectiveness, *Iowa Law Review*, Vol. 100, 2015, p. 2102.

KOVACIC W.E., MAVROIDIS P. C., NEVEN D. J.: Merger control procedures and institutions : A comparison of EU and U.S. practice, *The Antitrust Bulletin*: Vol. 59, No. 1, 2014, p. 98.

KOVACIC W.E., KOVACIC, M. WINERMAN, Competition Policy and the Application of Section 5 of the Federal Antitrust Act, *Antitrust Law Journal*, Vol. 76, 2010, p. 933–934.

KOVACIC W.E., Politics and Partisanship in U.S. Federal Antitrust Enforcement, *Antitrust Law Journal*, Vol. 79, No. 2, 2014, p. 690.

KOVACIC W.E., The Modern Evolution of U.S Competition Policy Enforcement Norms, *Antitrust Law Journal*, N° 2, 2003, p.377 et s.

KOVACIC W.E., SHAPIRO C., Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking, *Journal of Economic Perspectives*, vol. 14, N° 1, Winter 2000, p. 44.

KOVACIC W.E., Failed Expectations: The Trouble Past and Uncertain Future of the Sherman Act as a Tool for Deconcentration, *Iowa Law Review*, Vol. 74, 1988-1989, p. 1105.

LAFARGE F., MANGENOT M., NEFRAMI E., Chronique de l'administration européenne [1], *Revue française d'administration publique*, Vol. 155, N° 3, 2015, p. 833-862.

LAFAYETTE WILGUS H., Need of a National Incorporation Law, *Michigan Law School*, 1904, p. 363.

LAMBERT T.A., Four Lessons from the Whole Foods Case, *Regulation*, Printemps 2008, p.22.

LEMARCHAND G., Un cas de transition du féodalisme au capitalisme: l'Angleterre, *Les Cahiers des Annales de Normandie*, n° 30, 2000, p.299.

LETWIN W., Congress and the Sherman Act Antitrust Law : 1887-1890, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 23, N° 2, 1956, p. 222-223.

LETWIN W., The English common law Concerning Monopolies, *University of Chicago Law Review*, N° 21, 1954, p. 355.

LEUCHT B., SEIDEL K., Du Traité de Paris au règlement 17/1962 : ruptures et continuités dans la politique européenne de concurrence, 1950-1962, *Histoire, Économie & Société*, Armand Colin, N° 1, 2008 p. 40.

LIMBAUGH R.H., Historic Origins of Anti-Trust Legislation, *Missouri Law Review*, Vol. XVIII, June 1953, N° 3, p. 234.

LIVESAY H. C., PORTER G., Vertical Integration in American Manufacturing, 1899-1948, 29/. *Econ. Hist.* 494 1969.

LLWELLYN K.N., On Philosophy in American Law, *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, January 1934, Vol. 82, No. 3, p. 207.

LYLE-SMYTHE A., CHAMBERS L., Operating in a Black Box ? A Comparative Assessment of Transparency Levels In Merger Control, *Antitrust Magazine*, Vol 34, N° 2, Spring 2020.

MARSHAK A., The Federal Trade Commission on the Frontier: Suggestions for the Use of Section 5, *New York University Law Review*, Vol. 86, 2011, p. 1121.

MARTY F, Le contrôle des concentrations en Europe et aux États-Unis, critères économiques et sécurité juridique, *Revue de l'OFCE*, 2007/1 no 100, p. 85-120.

MATHIOT A., Le rôle et l'influence de la Cour suprême dans la vie économique des États-Unis au XXe siècle, *Revue française d'études américaines*, N° 53, Fev. 1988, pp. 27-36.

MAY J., Antitrust Practice and Procedure in The Formative Era : The Constitutional And Conceptual Reach of State Antitrust Law, 1880-1918, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 135, N°3, March 1987, p.495.



MCILWAIN C.H., The English common law, Barrier Against Absolutism, *The American Historical Review*, Vol. 49, No. 1 Oct., 1943, p. 23-31.

MCCUBBINS M.D., SCHWARTZ, T., Congressional Oversight Overlooked: Police Patrols v. Fire Alarms, *American Journal of Political Science Review*, Vol. 28, No. 1, Février 1984, pp. 165-179.

MC CURDY, The Knight Sugar Decision of 1895 and The Modernization of American Corporation Law, 1869-1903, *Business History Review*, Vol. 53, Fall 1979.

McGOWAN L., WILKS S., The first supranational policy in the European Union: Competition policy, *European Journal of Political Research*, 1995.

MCILWAIN C.H., The English common law, Barrier Against Absolutism, *The American Historical Review*, Vol. 49, No. 1 Oct., 1943, p. 23-31.

MECHEM, J.L., Procedure and Practice before the Federal Trade Commission, *Michigan Law Review*, Vol. XXI, No. 2, 1922, p. 127 et s.

MEESE A. J., Liberty and Antitrust in the Formative Era, *Boston University Law Review*, Vol. 79 :1, 1999, p.15 et s.

MINDA G., The common law, Labor and Antitrust, *Industrial Relations Law Journal*, Vol.11, N° 4, p.468.

MOGEN-TOURSEL M., (sous la direction de), Firm strategies and public policy in integrated Europe 1950-1980, *Euroclio*, N° 37, p. 63.

MOSSO C. E., Innovation in UE Merger Control, Remarks prepared for the 66th ABA Section of Antitrust Law Spring Meeting, Washington, April 12, 2018, p. 6.

MUELLER W.F. : Antitrust in the Reagan administration, *Revue française d'études américaines*, N° 21/22, Novembre 1984, pages 427-434.

NACHBAR T., Monopoly, mercantilism and politics of regulation, *Virginia Law Review*, Vol. 91, 2005, p.1313.

NOVAK W.J., The Myth of the « Weak » American State », *American Historical Review*, 113, juin 2008, p. 752-772.

O'MAHONEY J.C., Federal Charters To Save Free Enterprise, *Wisconsin Law Review*, 1949, p. 407.

PAGE W. H., Legal Realism and the Shaping of Modern Antitrust, *Emory L.J.*, 44, 1, 1995,29-42.

PAGE W.H., The Ideological Origins and Evolution of U.S. Antitrust Law, Issues in Competition Law and Policy, Chap. 1, *ABA Section of Antitrust Law*, 2008.

PAGE W.H., Legal Realism and the Shaping of Modern Antitrust, *Emory Law Journal*, Vol. 44, Winter 1995, N° 1, p. 2.

PAGE W. H., Ideological Conflict and the Origins of Antitrust Policy, 66, *Tulane Law Review*, 1, 1991, p.1.

PATEL M. S., Merger Breakups, Working Paper, January 15, 2020.

PAULTER P.A., A History if the FTC's Bureau of Economics, Working Paper No. 15-03, 2015.

PIERCE R.J., The Rocky Relationship Between the Federal Trade Commission and Administrative Law, *The Georgetown Washington Law Review*, Vol. 83, 2015, p. 2032.

PIETTRE A., Concentration et déconcentration en Allemagne occidentale. De l'Accord de Potsdam au plan Schuman, *Revue économique*, Vol. 2, N° 4, p. 430.

PISCITELLI G., Public Interest in Merger Control Systems in the EU and US: A Comparative Analysis of the Uneasy Relationship between Merger Control and Public Interest, *European Competition & Regulatory Law Review*, 2019, p. 380.

POSNER R.A., A Statistical Study of Antitrust Enforcement, *J.L. & ECON.*, N° 13, 1970, p.365.

RABIN R. L., Federal Regulation in Historical Perspective, *Stanford Law Review*, Vol. 38, May, 1986, pp.1189-1326.

ROBERTSON J. R., FTC Part III Litigation: Lessons from Chicago Bridge and Evanston Northwestern Healthcare, *Antitrust*, Spring 2006, p.12.

ROBERTSON, J.R., Administrative Trials at the Federal Trade Commission in Competition Cases, *The Sedona Conference Journal*, Vol. 14, 2013, p. 101.

ROYALL S., DI VINCENZO A. J., When Merger Becomes A Private Matter: An Updated Antitrust Primer, *Antitrust*, Vol. 26, N° 2, 2012, p. 41.

SCHWARTZ E., Politic as Usual: The History of European Community Merger Control, *Yale Journal of International Law*, Vol. 18, p. 616

SHAPIRO S.A., WAGNER, W., FISHER, E., The Enlightenment of Administrative Law: Looking for Legitimacy, *Wake Forest Law Review*, Vol. 47, p. 464 et s., 2012.

SHENCOPP E. L., Non-reportable Transaction: Antitrust Risk, *Lexis Nexis*, 2018.

SIMPSON J., Geographic Markets in Hospital Mergers: A Case Study, January 26, 2001.

SIMS J., MCFALLS M., Negotiated Merger Remedies : How Well Doo They Solve Competition Problem ?, *Georges Washington Law review*, Vol. 69, 2001, p. 931.

SOKOL D.D., Antitrust, Institutions, and Merger Control, *George Mason Law Review*, Vol. 17, No. 4, p. 1074.

STEMPEL S. A., RICH J. M., SCHIFFER D. A., Stopping a train: Why it is so difficult for a private plaintiff to block a deal, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 58, N° 2&3, 2013, p. 257.

STEVENS, The Clayton Act, *The American Economic Review*, Vol. 5, No. 1 (Mar., 1915), p. 47.

STIGLER G.J., The Economists and the Problem of Monopoly, *University of Chicago Law Occasional Paper*, No. 19, 1983, p.1.

STIGLER G.J., Perfect Competition, Historically Contemplated, *The Journal of Political Economy*, Vol. LXV, No. 1, Feb. 1957, p.1.

STURZ H., The Nineteenth-Century Antitrust Heritage, *Columbia Law Review*, Vol. 41, No. 2 Feb., 1941, p. 166.

SULLIVAN E.T., The Antitrust Division As A Regulatory Agency : An Enforcement Policy in Transition, *Washington University Law Quarterly*, Vol. 64, N° 4, 1986, p. 1019

TARANTINO A., Monopolies and Mergers in the Modern Era, *Boston Law Review*, Vol. 54, 1974, p. 443.

THOMAS H., Economic Antecedents of British Antitrust Policy, *Economic History Review*, New Series, Vol. 23, No. 2 Aug., 1970, p. 288.

TOURBE M., La conception du pouvoir judiciaire chez Woodrow Wilson. Le réalisme juridique à l'épreuve du gouvernement des juges, *Jus Politicum. Dalloz*, N°4, 4 juillet 2012.

THOUVENIN J-M., L'arrêt Airtours du 6 juin 2002: l'irruption du juge dans le contrôle des concentrations entre entreprises», *RMCUE*, 2002, p.482-485;

UROFSKI M.I., Proposed Federal Incorporation in the Progressive Era, *The American Journal of Legal History*, Vol. XXVI, 1982, p. 168.

VAN HORNE J.C., Financial Market Rate Expectations, *Journal of Finance*, Vol. 27, 1972.

VENAYRE S., Les guerres lointaines du dix-neuvième siècle, *Arts & sociétés*, N°66, 2013-2014.

VERKUIL P., The Purposes and Limits of Independent Agencies, *Duke Law Journal*, 1988, p. 257.

VOORHEES T. Jr, The Political Hand in American Antitrust, Invisible, Inspirational or Imaginary ?, *Antitrust Law Review*, Vol. 79, No. 2, 2014, p. 564.

WAIT A. L., EKLUND A. W. : Nothing to See Here! Clearing the Deal in the Initial HSR Waiting Period, *The Antitrust Source*, février, Vol. 1, Issue 4, 2019, 1-12 ;

WALLACE D., Market Power in the U.S. Economy of the 19th Century, *Economic Inquiry*, Vol. 20, 1982, p. 123.

WALLER W., Prosecution by Regulation: The Changing Nature of Antitrust Enforcement, *Oregon Law Review*, Vol. 77, 1998, p.1387

WALTER A., Dissolution Divorcement, Divestiture: The Pyrrhic Victories of Antitrust, *Indiana Law Journal*, Vol. 27: Iss. 1, Article 1., p.1.

WARLOUZET L., Europe de la concurrence et politique industrielle communautaire. La naissance d'une opposition au sein de la CEE dans les années 60, *Histoire Economie & Société*, N° 1, 2008.

WATZ J.H., Section 7 of the Clayton Act: The Private Plaintiff's Remedies, *Boston College Law Review*, Vol. 7, N° 2, 1966, p. 333.

WEBER WALLER S., Prosecution by Regulation : The Changing Nature of Antitrust Enforcement, *Oregon Law Review*, Vol. 77, 1998, p. 1417.

WERDEN G.J., Establishment of the Antitrust Division of the U.S. Department of Justice, *St. John's Law Review*, August 6, 2018.

WHITE G.E., Recovering Coterminous Power Theory, *Nova Law Review*, Vol.14, N° 155, 1989.

WILLE A., La politisation de la Commission européenne : le contrôle démocratique et la dynamique de la sélection de l'exécutif, *Revue Internationale des Sciences Administratives*, 2012, p. 407-427.

WILLIAMS T., The Antitrust Movement in the United States, *The American Economic Review*, Vol. 11, No. 4 Dec., 1921, p. 604.

WILS W., La compatibilité des procédures communautaires en matière de concurrence avec la Convention européenne des droits de l'homme, *Cahiers de droit européen*, 1996, p. 329-354.

WILS W., The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis, *World Competition: Law and Economic Review*, N° 27, p. 202.

WINERMAN M., The Origins of the FTC: Concentration, Cooperation, Control, and Competition, *Antitrust Law Journal*, Vol. 71, 2003, p. 1.

WINERMAN, M., KOVACIC W. E., Outpost Years For a Start-up Agency: The FTC From 1921–1925, *Antitrust Law Journal*, Vol. 77, 2010, p. 155–156.

WINERMAN M. , KOVACIC W. E., The William Humphrey and Abram Myers Years: the FTC From 1925 to 1929, *Antitrust Law Journal*, Vol. 77, N° 3, 2011, p. 713.

WINN A., The Rise and Fall of Monopoly Power in the U.S., *Business History Journal*, Vol. 14, 1960, p.15.

WOLF, La législation antitrust des États-Unis et ses effets internationaux, *Revue Internationale de droit comparé*, Vol. 2, N° 3, Juillet-Septembre, 1950, p.445.

WOLLMANN, T. G., "Stealth Consolidation: Evidence from an Amendment to the Hart-Scott-Rodino Act," *American Economic Association*, Vol. 1, No. 1, June 2019, pp. 77-94.

WONKA A., Technocratic and Independent ? The appointment of European Commissioners and its policy implications, *Journal of European Public Policy*, Vol. 14, Iss. 2, 2007, p. 169-189.

WORTLEY, B.A, Le trust et ses applications modernes en droit anglais, *Revue Internationale de droit comparé*, Vol. 14 N° 4, octobre-décembre 1962, p. 703.

WRIGHT J.D., Judging Antitrust, remarks at the Global Antitrust Invitational Moot Court Competition, 21 Février 2015.

WRIGHT J.D., Big Ideas about Information Lecture, Clemson University, South Carolina, April 2, 2015.

ZEPHANIAH S., Monopolies in the Early 19th Century, *Yale Law Journal*, Vol. 120, 2011, p. 312.

ZOLLER É., Droit et régulation, Travaux des séances ordinaires sur le thème de « Regard sur le droit » sous la présidence de François TERRÉ, Académie des Sciences Morales et Politiques, 2008, [disponible en ligne]<http://www.asmp.fr/travaux/communications/2008/zoller.htm>

ZOLLER É., Public Law as the Law of the Res Publica, Faculty Publications. Paper 146, 2008, <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/146/>.

ZOLLER É., Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie, *RFDA*, 2004, p. 757.

ZOLLER É., La justice comme contre-pouvoir : regard croisé sur les pratiques américaine et française, *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 53, N° 3, Juillet-Septembre 2001.

#### IV. RAPPORTS, DOCUMENTS INSTITUTIONNELS

- FTC

ANDRINOPOULOS MINA A., FTC Bureau of Competition, Unpacking Divestiture Packages, 13 juin 2019.

ARGENTESI E., BUCCIROSSI P., CALVANO E., DUSO T., MARRAZZO A., NAVA L., *Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets*, Final Report for the Competition and Markets, United Kingdom, May 9, 2019.

BAER W. J., Reflections on 20 Years of Merger Enforcement under the Hart-Scott-Rodino Act, FTC Public Statement, 31 octobre 1996.

BERG K., *HSR: Back to Basics Workshop*, October 23, 2008, FTC Conference Center, Edited Transcript, 2008, disponible en ligne à l'adresse suivante : <https://www.ftc.gov/news-events/events-calendar/2008/10/hart-scott-rodino-premerger-notification-program-back-basics>.

FTC, "FTC to Examine Past Acquisitions by Large Technology Companies," February 11, 2020, disponible en ligne : <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2020/02/ftc-examine-past-acquisitions-large-technology-companies>.



SIMPSON J, Geographic Markets in Hospital Mergers. A case Study, 26 janvier 2001

VEDOVA H. Bureau of Competition, FTC : Making the Second Request Process Both More Streamlined and More Rigorous During this Unprecedented Merger Wave, 28 septembre 2021.

VITA M. G., FTC. SACHER S. S., The Competitive Effects of Not-for-Profit Hospital Mergers: A Case Study, mai 1999, (document de travail n° 226) (publié ultérieurement dans le Journal of Industrial Economics, 49, 2001).

- **Maison Blanche**

WHITE HOUSE COUNCIL OF ECONOMIC ADVISERS, Protecting Competition Through Updated Merger Guidelines, brief, 19 juillet 2023.

WHITE HOUSE COUNCIL OF ECONOMIC ADVISERS, Labor Market Monopsony: Trends, Consequences, and Policy Responses, octobre 2016.

UNITED STATES ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION, Report and recommendations, Avril 2007.

- **DOJ**

U.S. Department of Justice, Antitrust Division, Antitrust Division Manual, 5th Ed.

DOJ, Three Economist's Tool for Antitrust Analysis, Economic Analysis Group Discussion Paper, Janvier 2017.

DOJ, Antitrust Division Policy Guide To Merger Remedies, octobre 2004.

DOJ (Office of the Associate Attorney General), Promoting the Broader Appropriate Use of Alternative Dispute Resolution Techniques, OBD 1160.1, 6 avril 1995.

*Report Attorney General's Committee to Study the Antitrust Laws, 1955.*

- **Union européenne**

COUR DES COMPTES EUROPÉENNE, Contrôle des concentrations dans l'Union européenne et procédures antitrust de la Commission: la surveillance des marchés doit être renforcée, Rapport spécial, 2020.

EUROPEAN COMMISSION, Directorate-General for Competition, Modelling the macroeconomic impact of competition policy: 2021 update and further development, 2022.

EUROPEAN COMMISSION, Minority Power - EU Merger Control and the acquisition of Minority Shareholdings, Competition policy brief, Issue 15, 2014.

EUROPEAN COMMISSION, Report from the commission to the European parliament, the council, the european economic and social committee and the committee of the regions on Report on Competition Policy 2020, COM(2021) 373 final, 2021.

EUROPEAN PARLIAMENT, Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy, study, 15 juillet 2015.

CRÉMER, J., de MONTJOYE, Y-A, SCHWEITZER, H., Competition policy for the digital era, Rapport pour la Direction générale de la concurrence de la Commission européenne, 2019.

ESTEVA MOSSO C. (Deputy Director General – Mergers Directorate General for Competition European Commission), EU merger control: how to remove anti-competitive effects ?, Discours, Paris, 5th Global Merger Control Conference, 8 décembre 2017.

INOTAL A.G., RYAN S., Improving the effectiveness of competition agencies around the world – a summary of recent developments in the context of the International Competition Network ICN, *Competition Policy Newsletter*, 2009-2.

- **Conseil d'État**

Quels contrôles pour les concentrations d'entreprises ? Bilan, actualités et perspectives, Les entretiens du Palais Royal, 20 juin 2008.

- **OCDE**

OCDE, *Annual Report on Competition Policy Developments in the European Union 2022*, 5 mai 2023.

OCDE, *Merger control in dynamic markets*, Background notes, 2020.

OCDE, *The standard of review by courts in competition cases*, Working Party N° 3 on Co-operation and Enforcement, 4 juin 2019.

OCDE, *Suspensory Effects of Merger Notifications and Gun Jumping*, Roundtable, 27-28 novembre 2018.

OCDE, *Market Concentration*, Hearing on Market Concentration, 7 juin 2018.

OCDE, *Public Interest considerations in merger control*, Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement, 14-15 juin 2016.

OCDE, *Roundtable on change in institutional design of competition authorities*, des 17-18 décembre 2014; 16-18 juin 2015.

DUSO, T., ORMOSI, P., Capacity Building Workshop *On The Ex-Post Evaluation Of Competition Authorities' Enforcement Decisions: A Critical Discussion*, OECD, Working Party No. 2 on Competition and Regulation, October 26, 2015.

OCDE, *Rattachement local et seuils de compétence dans le contrôle des fusions*, 14-15 juin 2016.

OCDE, *Competition and Regulation*, Working Party No. 2 on, 26 octobre 2015.

OCDE, *Investigations of Consummated and Non-Notifiable Mergers United States*," Working Party N° 3 on Co-operation and Enforcement 5 février 2014.

OCDE, *Definition of Transaction for the Purpose of Merger Control Review*, Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement, 4 juin 2013.

OCDE, *Remedies in Merger Cases*, 30 juillet 2012.

OCDE, *Roundtable on impact Evaluation of Merger Décisions*, Juin 2011.

OCDE, *Economics Glossary English-French: Anglais-Fançais*, OECD Publishing, 2006.

OCDE, *Evaluation of the Actions and Resources of the Competition Authorities*, Juin 2005.

- **ICN**

ICN, *Report on Agency Effectiveness through Organisational Design*, International Competition Network, Agency Effectiveness Working Group, 2019.

ICN, *Report on the Agency Effectiveness Project. Second Phase – Effectiveness of Décisions*, 8th Annual Conference of the ICN, Zurich, Juin 2009.

ICN, *Setting Notification Threshold for Merger Review*, Report to the ICN Annual Conference, Kyoto, Japan, Avril, 2008.

- **ABA**

American Bar Association, Report of the Commission to study the Federal Trade Commission (15. Sep. 1969).

## **V. Actes et publications**

### **1. Actes de la Commission européenne**

- **Règlements**

Règlement d'exécution (RE) 2023/914 de la commission, du 20 avril 2023 concernant la mise en œuvre du règlement (ce) no 139/2004 du conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises et abrogeant le règlement (ce) no 802/2004 de la commission.

Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises ("règlement CE sur les concentrations"), JO L 24/1 du 29 janvier 2004.

- **Communications et livre blanc**

Communication relative à un traitement simplifié de certaines opérations de concentration en application du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (2023/C 160/01) du 20 avril 2023 publiée au JOUE le 05 mai 2023.

Communication au titre de l'article 3, paragraphe 2, de l'article 13, paragraphe 3, de l'article 20 et de l'article 22 du règlement d'exécution (UE) 2023/914 de la Commission concernant la mise en œuvre du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises et abrogeant le règlement (CE) no 802/2004 de la Commission, (2023/C 160/02).

Communication de la Commission, orientations de la commission concernant l'application du mécanisme de renvoi établi à l'article 22 du règlement sur les concentrations à certaines catégories d'affaires (2021/C 113/01), publié au JOUE, le 31 mars 2021.

Commission staff working document evaluation of procedural and jurisdictional aspects of eu merger control {sec(2021) 156 final} - {swd(2021) 67 final}.

Communication from the president to the Commission, The Working Methods of the European Commission, Brussels, (2019) 2, 1.12.2019.

Commission européenne, Communication from the commission to the European parliament, the European Council, the Council, the European economic and social committee and the Committee of the regions the european green deal, 11 décembre 2019, COM(2019) 640 final.

Commission européenne, Livre blanc, *Vers un contrôle plus efficace des concentrations*, COM/2014/0449, 9 juillet 2014.

Communication de la Commission relative à une procédure simplifiée du traitement de certains opérations de concentration en application du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil (2013/C366/04).

European Commission, Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004, (2008/C 267/01).

Communication from the Commission to the Council, Report on the functioning of Regulation, No 139/2004, 18 Juin 2009, COM(2009) 281 final.

Communication sur la compétence, 2009-C 43-09 du 10 juillet 2007, Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement (CE) n° 139-2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentrations entre entreprise.

Communication sur le renvoi des affaires en matière de concentrations (2005/C 56/02) du 5 mars 2005.

European Commission, Notice on referrals, OJ C 56, 05/03/2005

- **Lignes directrices**

Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, (2008/C 265/07).

**Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *Journal officiel* n° C 031 du 05/02/2004 p. 0005 – 0018.**

- ***Rapports annuels***

EUROPEAN COMMISSION, Report on Competition policy, 2022.

EUROPEAN COMMISSION, Report on Competition policy, 2021.

EUROPEAN COMMISSION, Report on Competition policy, 2020.

EUROPEAN COMMISSION, Report on Competition policy, 2019.

## **2. Publications du DOJ et de la FTC**

- **Lignes directrices**

Federal Trade Commission – U.S Department of Justice, Horizontal Merger guidelines, 19 août 2010.

- **Rapports annuels Hart-Scott-Rodino**

Forty-Fourth Hart-Scott-Rodino Annual Report, FTC-DOJ Fiscal Year 2021

Forty-Third Hart-Scott-Rodino Annual Report, FTC-DOJ Fiscal Year 2020

Forty-Two Hart-Scott-Rodino Annual Report FTC-DOJ Fiscal Year 2019

Thirty-Third Hart-Scott-Rodino Annual Report, FTC-DOJ Fiscal Year 2010

- **Rapports Annuels de la FTC**

Federal Trade Commission, Annual Report, *of the Federal Trade Commission for the Fiscal Year Ended, 1960*

Federal Trade Commission *Annual Report of the Federal Trade Commission for the Fiscal Year Ended, 1927*

Federal Trade Commission, *Annual Report of the Federal Trade Commission for the Fiscal Year Ended, 1923*

Federal Trade Commission, *Annual Report of the Federal Trade Commission for the Fiscal Year Ended, 1916,*

- **Justifications du budget devant le Congrès**

Federal Trade Commission, Fiscal Year Congressional Budget 2020 Justification

Federal Trade Commission, Fiscal Year Congressional Budget 2011 Justification,

- **Rapports de performance**

FTC Annual Performance Report for Fiscal year 2022 and Annual Performance Plan for Fiscal Years 2023 and 2024

FTC, Annual Performance Report for Fiscal Year 2019 and Annual Performance Plan for Fiscal Year 2020 and 2021

- **Rapports annuels de l'Antitrust Division**

Antitrust Division, Congressional Submission, Fiscal Year 2024 Performance Budget

Antitrust Division, Congressional Submission, Fiscal Year 2021 Performance Budget.



- **Rapports du Congrès**

Subcommittee on Antitrust, commercial and administrative law of the committee on the judiciary, *Investigations of Competition in Digital Markets*, Majority Staff Report and Recommendations, 2020

Report of the Antitrust Subcommittee (Subcommittee No. 5) of the Committee on the Judiciary, House of Representatives, Eighty-sixth Congress, first session, pursuant to H. Res. 27, *Authorizing the Committee on the Judiciary to Conduct Studies and Investigations Relating to certain Matters within its Jurisdiction on Consent Decree Program of the Department of Justice*, January 30, 195





# Table des matières

REMERCIEMENTS .....	- 3 -
SOMMAIRE .....	- 8 -
SIGLES ET ABRÉVIATIONS.....	- 11 -
<b>INTRODUCTION .....</b>	<b>- 15 -</b>
<b>PREMIERE PARTIE : .....</b>	<b>- 35 -</b>
<b>L'ORIGINE DES FORMES STRUCTURELLES DE CONTROLE .....</b>	<b>- 35 -</b>
<b>TITRE 1 – LES MODALITÉS D'INTERVENTION PUBLIQUE PRIMAIRE .....</b>	<b>- 41 -</b>
CHAPITRE 1.....	- 47 -
LES FONDEMENTS DE MODELES OPPOSES .....	- 47 -
<i>Section 1. Les sources économiques et politiques communes .....</i>	<i>- 49 -</i>
§1. Le système des monopoles publics de l'Angleterre préindustrielle .....	- 50 -
A. La politique mercantiliste .....	- 50 -
1. Le contrôle du commerce par les guildes .....	- 52 -
2. Le contrôle du commerce par les Exclusive Trade Privileges.....	- 55 -
B. L'Encerclement du pouvoir de contrôle du souverain par le droit .....	- 58 -
1. L'affaire Darcy vs Allen .....	- 59 -
2. Le Statute of Monopolies .....	- 61 -
§2. Le mercantilisme anglais dans l'Amérique .....	- 66 -
prérévolutionnaire .....	- 66 -
A. La conception politique .....	- 67 -
B. Les applications économiques .....	- 68 -
1. Les lois mercantilistes.....	- 68 -
2. Les conséquences politiques de l'aide à la Compagnie des Indes orientales .....	- 70 -
<i>Section 2. Les origines d'une défiance proprement américaine .....</i>	<i>- 72 -</i>
§1. La tentative de constitutionnalisation d'un droit des sociétés fédéral .....	- 74 -
A. Le développement de la société au sein des États .....	- 75 -
1. Le caractère monarchique originel de la corporation.....	- 75 -
2. La réception de la corporation dans les localités.....	- 76 -
B. Les débats devant la Convention de Philadelphie .....	- 77 -
1. La proposition de James Madison .....	- 78 -
2. L'émergence d'une défiance proprement américaine .....	- 79 -
§2. Le tropisme antifédéraliste .....	- 81 -
A. La première Banque Nationale .....	- 81 -
1. Les incertitudes constitutionnelles .....	- 82 -
2. La question de l'octroi d'un droit exclusif.....	- 83 -
B. La deuxième Banque Nationale .....	- 84 -
CHAPITRE 2. L'INEFFICACITE STRUCTURELLE DU MODELE <i>EX POST</i> .....	- 88 -

Section 1. la prédominance du triptyque cours — états — marché au XIVe siècle .....	- 91 -
§1. Des conditions juridiques et politiques favorables à la mise en place de stratégies d'intégration industrielle.....	- 92 -
A. Le contexte économique .....	- 93 -
1. Le cadre théorique du laissez-faire économique .....	- 93 -
2. L'essor de la croissance industrielle.....	- 96 -
B. Le contexte juridique .....	- 99 -
1. La libéralisation des state charter incorporation .....	- 100 -
2. L'insuffisance des procédures de quo warranto étatiques .....	- 103 -
§2. Le développement des concentrations anticoncurrentielles .....	- 107 -
A. Les vagues de concentrations de la fin du XIXe siècle .....	- 108 -
1. Les stratégies d'entente horizontale .....	- 108 -
2. Les stratégies d'intégration menant à une modification structurelle des entreprises.....	- 114 -
B. L'inefficacité de la common law .....	- 119 -
1. Le Contract in restraint of trade .....	- 121 -
2. Les combinations in restraint of trade (non-ancillary restraint) .....	- 123 -
<i>Section 2. L'adoption de l'adjudicatory model</i> .....	- 127 -
§1. L'histoire législative du Sherman Antitrust Act .....	- 129 -
A. L'adoption du Sherman Act .....	- 130 -
1. Les débats congressionnels .....	- 130 -
2. Les propositions écartées par le Congrès .....	- 133 -
B. Les institutions de l'adjudicatory model .....	- 137 -
1. L'attachement primaire à la figure du juge .....	- 138 -
2. L'Attorney General of Law .....	- 142 -
§2. Le renforcement des phénomènes concentratifs .....	- 143 -
A. La première phase d'interprétation : 1890-1904.....	- 144 -
B. La seconde phase d'interprétation : 1904-1911 .....	- 148 -
<b>CONCLUSION DU TITRE 1</b> .....	- 155 -
<b>TITRE 2- LES TRANSFORMATIONS DES</b> .....	- 157 -
<b>MODALITÉS DE CONTRÔLE</b> .....	- 157 -
<b>CHAPITRE 1. LA CREATION DU DUALISME INSTITUTIONNEL</b> .....	- 161 -
<i>Section I. La recherche d'une dialectique</i> .....	- 165 -
<i>régulationnelle</i> .....	- 165 -
A. La politique antitrust de Theodore Roosevelt .....	- 167 -
1. Le réformateur.....	- 168 -
2. Les influences idéologiques .....	- 169 -
A. L'incarnation institutionnelle d'une supervision de l'Exécutif sur les entreprises : le « <i>Bureau of Corporations</i> » .....	- 172 -
1. La création du Bureau of Corporations.....	- 173 -
2. Le détournement fonctionnel.....	- 177 -

§2. Le projet rooseveltien de surveillance fédérale des entreprises.....	- 182 -
A. Le Garfield Report.....	- 184 -
1. Les appels antérieurs.....	- 184 -
2. La proposition du Commissaire James Garfield.....	- 186 -
B. L’Hepburn bill.....	- 188 -
1. La collaboration des entreprises au projet de Théodore Roosevelt.....	- 189 -
2. L’échec de l’Hepburn bill.....	- 190 -
<i>Section 2. La fragmentation des mécanismes de</i> .....	<i>- 194 -</i>
<i>contrôle au sein du clayton act.....</i>	<i>- 194 -</i>
§1. La remise en cause du rôle du juge.....	- 198 -
A. La théorie des polycentric disputes.....	- 198 -
B. Le remède de la dissolution, le cas <i>American Tobacco</i> .....	- 204 -
§2. Le fondement d’un paradoxe institutionnel.....	- 211 -
A. La vision institutionnelle de Woodrow Wilson.....	- 213 -
B. Les apports de Louis Brandeis.....	- 217 -
CHAPITRE 2. L’EMERGENCE D’UN CONTROLE.....	- 225 -
ADMINISTRATIF BICEPHALE.....	- 225 -
<i>Section 1. La diffusion des compétences de contrôle au sein du Clayton Act.....</i>	<i>- 226 -</i>
§1. La primauté de la Federal Trade Commission.....	- 227 -
A. L’architecture originelle interne de la FTC.....	- 227 -
1. La commission.....	- 227 -
2. La Legal division.....	- 228 -
3. L’Economic division.....	- 230 -
4. L’Export trade division.....	- 230 -
5. L’Enemy trade division.....	- 231 -
B. Les compétences de la FTC.....	- 231 -
1. Les missions de la FTC.....	- 231 -
2. Les pouvoirs de la FTC.....	- 244 -
§2. Les autres autorités de contrôle.....	- 258 -
A. La fonction du Department of Justice au sein du Clayton Act.....	- 258 -
1. Organisation.....	- 259 -
2. La procédure devant le DOJ.....	- 260 -
B. Le private enforcement.....	- 266 -
<i>Section 2. Un contrôle ex ante imparfait.....</i>	<i>- 269 -</i>
§1. Les moyens du contrôle ex ante imparfait.....	- 270 -
A. Les Advance Advices et le programme de notification.....	- 270 -
B. Les temporary injunctions.....	- 273 -
§2. Les nécessités d’un régime administratif de contrôle : le contentieux El Paso.....	- 276 -
CHAPITRE 3. L’EMERGENCE DU SYSTEME MONISTE EUROPEEN.....	- 282 -
<i>Section 1. Les influences nationales sur la politique européenne de concurrence en matière de</i>	
<i>concentrations.....</i>	<i>- 283 -</i>

§1. L'influence américaine dans l'intégration de dispositions antitrust au sein du droit allemand .....	- 284 -
A. Les ferments d'une politique européenne de concurrence dans la pensée ordo libérale allemande ...	- 284 -
B. L'ordo libéralisme, relai intellectuel du droit antitrust américain .....	- 286 -
§2. L'intégration du contrôle a priori des concentrations au sein du dispositif concurrentiel européen	- 288
A. Le contrôle <i>a priori</i> des concentrations au sein du Traité de Paris .....	- 288 -
B. La disparition des stipulations relatives au contrôle des concentrations dans le traité CEE .....	- 292 -
1. L'inadéquation d'un contrôle des concentrations dans un marché commun en construction	- 292 -
2. Les transformations économiques des années 1970.....	- 296 -
3. L'impulsion de la Cour de justice .....	- 297 -
4. La préparation du Règlement 4064/89 du 21 décembre 1989.....	- 300 -
Section 2. Les influences politiques sur la structure .....	- 301 -
institutionnelle de la Commission.....	- 301 -
§1. La Haute Autorité de la CECA .....	- 302 -
§2. La construction d'une Commission européenne puissante dans le domaine de la concurrence : la DG IV	- 305 -
<b>CONCLUSION DU TITRE II.....</b>	<b>- 310 -</b>
<b>CONCLUSION DE LA PARTIE I .....</b>	<b>- 311 -</b>
<b>DEUXIEME PARTIE : LES SCHEMAS.....</b>	<b>- 313 -</b>
<b>ORGANISATIONNELS ACTUELS.....</b>	<b>- 313 -</b>
<b>TITRE 1- L'EFFICACITÉ ORGANIQUE.....</b>	<b>- 319 -</b>
CHAPITRE 1. L'ARCHITECTURE INSTITUTIONNELLE DU CONTROLE DES CONCENTRATIONS .....	- 323 -
Section 1. Des schémas institutionnels orientés vers une finalité d'efficacité.....	- 324 -
§1. Structures externes et organisations internes des autorités de contrôle .....	- 327 -
A. Les enjeux liés aux formes structurelles .....	- 329 -
1. Le modèle administratif ou integrated agency model.....	- 329 -
2. Le modèle judiciaire.....	- 344 -
3. Les problèmes communs aux deux modèles .....	- 345 -
B. Des organes de contrôle spécialisés non dissociés de leur structure : l'organisation des services	- 348 -
opérationnels .....	- 348 -
§2. Les moyens matériels et humains des autorités de contrôle.....	- 352 -
A. Le budget .....	- 353 -
B. L'allocation des ressources financières et humaines.....	- 354 -
Section 2. Les garanties d'indépendance concourant à l'efficacité.....	- 357 -
§1. L'efficacité procédant de l'indépendance organique des autorités de contrôle .....	- 358 -
A. L'indépendance statutaire .....	- 359 -
1. La nomination des membres détenteurs du pouvoir de décision .....	- 359 -
2. La qualité .....	- 363 -
3. Le mandat .....	- 363 -

B. La gestion des relations politiques.....	- 365 -
1. L'indépendance de la FTC et du DOJ vis-à-vis des pouvoirs législatifs et de l'exécutif .....	- 365 -
2. L'Indépendance de la Commission européenne vis-à-vis des États membres.....	- 367 -
§2. L'efficacité procédant de la transparence .....	- 368 -
A. Le développement de mesures centrées sur le résultat.....	- 370 -
1. Standards internes de qualité au sein de la DG concurrence de la Commission européenne. -	371 -
2. Aux États-Unis.....	- 373 -
B. L'importance des études <i>ex post</i> .....	- 373 -
<b>CONCLUSION DU TITRE 1 .....</b>	<b>- 378 -</b>
<b>TITRE 2. L'EFFICACITE FONCTIONNELLE DU CONTROLE .....</b>	<b>- 379 -</b>
CHAPITRE 1. LA DETERMINATION DU CONTROLE.....	- 381 -
<i>Section 1. Le champ d'application matériel du contrôle .....</i>	<i>- 383 -</i>
§1. Le champ d'application matériel du contrôle ex ante.....	- 384 -
A. La notion de concentration économique.....	- 384 -
1. La définition d'une concentration .....	- 386 -
B. Les seuils de déclenchement du contrôle ex ante .....	- 397 -
1. Le critère de seuil européen fondé sur le chiffre d'affaires .....	- 398 -
2. Les critères de seuils américains : taille de la transaction et taille des personnes .....	- 404 -
§2. Le contrôle ex post des concentrations économiques .....	- 411 -
A. Le contrôle ex post américain.....	- 412 -
1. La mise en cause a posteriori d'une opération concentrations aux États-Unis .....	- 412 -
2. L'absence de délai à la contestation d'une concentration .....	- 416 -
B. Le contrôle <i>ex post</i> dans l'Union européenne : contrôle en creux du contrôle <i>a priori</i> .....	- 419 -
<i>Section 2. L'articulation des compétences au sein des systèmes de contrôle .....</i>	<i>- 423 -</i>
A. La procédure de <i>clearance</i> entre la FTC et le DOJ .....	- 425 -
B. Les États fédérés et la doctrine du « <i>Parens patriae</i> » .....	- 433 -
§2. L'organisation du contrôle des concentrations dans l'Union Européenne avec les autorités nationales :	
le guichet unique.....	- 443 -
A. Renvoi lors de la période de prénotification. ....	- 445 -
1. Demande de renvoi des parties à un État membre : article 4 § 4 du règlement sur les	
concentrations .....	- 445 -
2. Demande de renvoi des parties à la Commission : article 4 § 5 du règlement sur les	
concentrations .....	- 446 -
B. Renvoi lors de la période postérieure à la notification .....	- 446 -
1. L'article 22 du règlement sur les concentrations.....	- 447 -
2. L'Article 9 du règlement : demande de renvoi par un État membre .....	- 452 -
CHAPITRE 2. L'EXERCICE DE LA FONCTION DE CONTROLE .....	- 454 -
<i>Section 1. Les procédures devant les autorités de concurrence : des phases administratives</i>	
<i>indifférenciées .....</i>	<i>- 454 -</i>
§ 1. L'obligation préliminaire au contrôle ex ante, .....	- 455 -
la notification .....	- 455 -



A. La procédure de notification .....	- 455 -
1. L'importance des contacts informels : la phase de prénotification .....	- 455 -
2. La notification obligatoire .....	- 458 -
B. Les effets de la notification .....	- 470 -
1. Les effets sur les parties .....	- 471 -
2. Les effets sur les tiers .....	- 500 -
§2. Les phases administratives de contrôle .....	- 509 -
A. Les paliers du contrôle <i>ex ante</i> .....	- 510 -
1. Le premier palier : la phase I ou part 1 .....	- 510 -
2. Le second palier du contrôle <i>ex ante</i> : la phase II ou second request .....	- 513 -
3. Les accords et remèdes .....	- 522 -
B. Le pouvoir d'action des autorités au sein du contrôle <i>ex ante</i> .....	- 537 -
1. La prolongation du délai d'examen .....	- 538 -
2. Les pouvoirs d'enquête des autorités de contrôle .....	- 539 -
<b>Section 2. L'issu du contrôle .....</b>	<b>- 543 -</b>
§1. La décision administrative européenne porteuse d'effets juridiques contraignants .....	- 544 -
A. Le processus décisionnel de la Commission européenne .....	- 544 -
1. La procédure de production d'une décision administrative individuelle .....	- 545 -
2. Nature de la décision administrative .....	- 546 -
B. Le régime juridique des décisions d'incompatibilité .....	- 548 -
1. Les effets contraignants .....	- 548 -
2. Les recours .....	- 550 -
§2. La procédure d'opposition à une concentration en droit américain .....	- 551 -
A. Deux autorités de contrôle, deux régimes d'opposition distincts .....	- 553 -
1. Le recours au juge de droit commun pour suspendre temporairement la réalisation d'une concentration .....	- 555 -
2. La procédure au fond .....	- 569 -
B. L'opposition d'une personne privée à une concentration aux États-Unis .....	- 575 -
1. La difficulté de mise en œuvre des actions en private enforcement .....	- 576 -
<b>CONCLUSION DU TITRE 2 .....</b>	<b>- 582 -</b>
<b>CONCLUSION DE LA PARTIE II .....</b>	<b>- 585 -</b>
<b>CONCLUSION GENERALE .....</b>	<b>- 588 -</b>
<b>ANNEXES .....</b>	<b>- 592 -</b>
<b>INDEX .....</b>	<b>- 599 -</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>- 602 -</b>
I. OUVRAGES .....	- 602 -
II. THÈSE .....	- 614 -
III. ARTICLES .....	- 615 -
IV. RAPPORTS, DOCUMENTS INSTITUTIONNELS .....	- 639 -
V. Actes et publications .....	- 644 -
TABLE DES MATIERES .....	- 651 -

