

Les concentrations en droit de la concurrence turc et suisse

H. Ercüment ERDEM*

I. Introduction**

Depuis que l'économie de libre marché a prouvé son succès et que les économies planifiées ont perdu de leur importance, la création et la sauvegarde de la concurrence ont pris de l'ampleur. Dans le nouveau régime économique où les entreprises étatiques s'intègrent à l'économie de libre marché par le biais des privatisations, les états admettent que la libre concurrence est le moteur de l'économie de libre marché. Par ailleurs, la globalisation de l'économie a profondément emprunt les politiques nationales du droit de la concurrence. Les législateurs nationaux ont ainsi été obligés, en raison de l'augmentation de la mobilité des facteurs de production, de préciser ou de modifier les conditions-cadres de leurs droits économiques respectifs, cela afin de mieux donner aux forces du marché la possibilité de s'exprimer¹.

L'une des notions clé de l'économie de libre marché est sans doute celle de l'entreprise. Les états essayent de la protéger contre toute attaque illicite afin de conserver et d'assurer la poursuite d'une économie saine. La protection de l'entreprise consiste essentiellement à défendre la clientèle contre la concurrence. Le commerçant a donc le droit de conserver la clientèle qu'il a acquise. Mais cette protection

* Professeur agrège a la faculte de droit, Université de Galatasaray

** Je tiens à remercier à M. Ali Dural, assistant à la Faculté de Droit de l'Université de Galatasaray, pour les aides qui m'a gentilleement fourni lors de la rédaction de ce texte.

¹ Voir Montavon, p. 463.

de la clientèle est difficilement soutenable contre les concurrents, car la concurrence est la loi du commerce. Il s'agira donc d'une protection contre les excès caractérisés, c'est ainsi que la théorie de la concurrence déloyale est élaborée².

Par contre, les lois en matière de concurrence ont pour objet de protéger un système d'économie dans son intégralité, à savoir l'ordre économique libéral, et ainsi de faire confiance aux mécanismes du marché pour stimuler le développement des entreprises. Le droit de la concurrence, détaché des influences dirigistes, est érigé en un corps de règles complètement autonome³. Ses principales dispositions tendent à prévenir et réprimer les abus que peuvent engendrer soit les pratiques anticoncurrentielles (entente, abus d'une position dominante), soit les concentrations économiques. Car la concurrence peut être restreinte ou voir même supprimée par les accords avec ou sans force obligatoire destinés à fixer les prix ou diminuer la quantité, ou alors par les concentrations d'entreprises occupant des échelons du marché identiques ou différents, ou encore par l'abus de la position dominante sur le marché. Il va sans dire que l'une des voies les plus efficaces pour créer une position dominante ou la renforcer est celle de la concentration des entreprises.

Bien que la notion de concentration des entreprises couvre différentes solutions et possibilités, il faut distinguer en particulier deux options: La première c'est l'acquisition du contrôle d'une entreprise. Dans ce cas une entreprise acquiert le contrôle d'une autre entreprise par différents moyens tels que la prise de participation au capital. Les personnalités morales des deux entreprises sont maintenues, mais ces derniers deviennent une union économique unique. La seconde option est la concentration de deux entreprises sans acquisition du contrôle. Dans ce cas, la concentration a lieu sous une autre personnalité morale⁴. Les lois en matière de concurrence ne s'intéressent pas au côté juridique de ces actes mais par contre ils s'intéressent à ses côtés économiques.

² Voir Ripert, /Roblot, no. 461.

³ Voir Ripert/Roblot, no. 461.

⁴ Pappalardo, A: Le droit de concurrence de la Communauté Européenne et son application, le Colloque international sur les politiques de la Communauté Européenne et le Projet de la Loi de Concurrence Turc, (Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku ve Uygulamasi, Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları ve Türk Rekabet Kanun Tasarısı Ululuslararası Sempozyumu) Istanbul 1993, p. 18.

Le principe consistant à contrôler les opérations de concentrations par le droit de la concurrence n'a pas été admis sans discussion⁵. Le principe oppose, en premier lieu, les partisans de l'économie du libre marché à ceux qui sont favorables à une politique plus ou moins interventionniste. Les premiers soutiennent que la liberté doit être également règle en matière du contrôle des entreprises, car le libre exercice des concentrations serait un élément essentiel pour une économie efficace avec un effet disciplinaire sur la gestion des entreprises. La liberté des concentrations constituerait, en outre, une garantie de sortie du marché pour les entrepreneurs et favoriserait, de ce fait, la création d'entreprises et le développement de nouveaux produits et de nouvelles technologies.

Ceux qui favorisent une politique de contrôle des concentrations relèvent que le libre exercice des concentrations n'a été jamais un instrument efficace pour le choix des entreprises mal gérées susceptibles pour une concentration. En fait, les acheteurs sont souvent motivés par le souci de réaliser des profits à court terme et restent plutôt indifférents aux développements des entreprises.

Cependant, la vérité se situe, peut-être, à mi-chemin. Il ne faudrait pas condamner les opérations de concentration de façon dogmatique car elles peuvent, selon le contexte dans lequel elles interviennent, se révéler profitables ou pernicieuses. Il va sans dire que l'appréciation d'une opération de concentration ne peut se faire qu'au cas par cas, même si certains critères généraux peuvent être dégagés. En fait, ce n'est pas le principe de contrôle qui doit être discuté, mais au contraire les critères nécessaires pour apprécier les effets de concentrations. Car le contrôle des concentrations doit, autant que possible, être un contrôle *a priori* et ne peut se fonder que sur des prévisions. Pourtant, la décision finale est prise d'après les critères d'appréciation des conséquences "probables" de l'opération⁶.

A. LE PLAN DU TRAVAIL

Nous nous intéresseront d'abord au droit de concurrence Turc en général (II). Nous examinerons par la suite le régime juridique (III) et la validité des concentrations (IV), pour en revenir à leurs notifica-

⁵ Voir en détail Labarde/Canivet, no. 136.

⁶ Voir en détail Labarde/Canivet, no. 136.

tions (V). Nous aborderons également l'examen des fusions par la Commission de la Concurrence (VI) et la réglementation spéciale concernant les privatisations (VII). En dernier lieu, nous trancherons les sanctions (VIII) pour en finir avec les conclusions.

B. LES DELIMITATIONS

Puisque notre sujet de travail consiste en l'examen des fusions sous l'angle du droit de la concurrence, nous ne nous limiterons pas aux fusions des sociétés commerciales réglées par le CComT et la reprise d'un patrimoine ou d'un établissement avec les actifs et les passifs comme prévu par le COT. Le but du droit de la concurrence est de remédier aux effets nuisibles des fusions sur la concurrence.

Lors de notre travail, le sujet sera traité purement sous son aspect juridique, les effets des fusions touchant à d'autres disciplines telles que la structure économique ou le libre marché ne seront pas examinés.

II. Le droit de la concurrence turc en general

Dans le processus d'harmonisation du droit turc avec le droit européen, la Loi relative à la protection de la concurrence No. 4054, dite Loi de la Concurrence (LCon), est entrée en vigueur en 1994⁷. Selon le premier article, le but de cette Loi est de prévenir tout accord, pratique et décision pouvant entraver ou restreindre la concurrence sur les marchés des biens et des services et tout abus dû aux positions dominantes des entreprises. A l'époque précédant la Loi de la Concurrence, la concurrence essayait d'être protégée par les règles relatives à la concurrence déloyale du CComT (art. 56-65)⁸ et par le principe de la bonne foi. Selon l'art. 56 du CComT, la concurrence déloyale est l'abus du droit de concurrence par tout comportement qui est trompeur ou de toute autre manière contrevenant aux règles de la bonne foi. L'art. 57 énumère de façon non limitative les cas constituant une concurrence déloyale. Pourtant, les règles relatives à la concurrence déloyale ont pour objet de protéger les concurrents contre les

⁷ JO, 13.12.1994, 22140

⁸ Voir Aslan, p. 19; Özsunay, Ergun: *Le Droit des Cartels (Kartel Hukuku)*, Istanbul 1985, p. 205 ss.

comportements illicites des autres concurrents. L'application de l'art. 2 CCT n'est pas suffisante pour prévenir les contraventions à la concurrence. Car il s'agit d'une règle très générale qui ne vise pas les particularités du droit de la concurrence ayant une forme et un contenu particuliers⁹. C'est à cause de l'insuffisance de ces règles du droit positif turc que la Loi de la Concurrence est entrée en vigueur en 1994. Elle a comblé une lacune importante.

Le texte de la Loi est divisé en six chapitres:

- Le premier chapitre (art. 1-3) règle les dispositions générales telles que le but, le champ d'application de la Loi et les définitions.
- Le deuxième chapitre (art. 4-19) est subdivisé en trois parties:
 - La première partie ("actions interdites") règle les ententes, les accords, les décisions qui restreignent la concurrence (art. 4), l'autorisation exceptionnelle (art. 5), l'abus de la position dominante (art. 6) et la fusion ou l'acquisition (art. 7).
 - La deuxième partie ("compétences du Conseil") établit les pouvoirs du Conseil en cas de contravention aux actions interdites.
 - La troisième partie ("amendes administratives") prévoit les sanctions en cas d'inobservation des notifications ou des décisions administratives.
- Le troisième chapitre ("organisation") consiste en trois parties (art. 20-39):
 - La première partie règle en général la constitution du conseil, ses tâches et compétences.
 - La deuxième partie traite la présidence du conseil.
 - La troisième partie régit le personnel du conseil.
- Le quatrième chapitre ("procédure d'enquête et d'examen du conseil") porte, comme l'indique déjà son titre, sur les méthodes

⁹ Voir Aslan, p. 20.

de travail du conseil en cas de contravention des règles de concurrence (art. 40-55)

- Le cinquième chapitre traite les conséquences de la restriction de concurrence dans le domaine du droit privé (art. 56-59).
- Le sixième et le dernier chapitre ("dispositions finales") traite d'une part les dispositions non applicables et d'autre part les dispositions transitoires (art. 60-65). Il recouvre également les délits contre les biens du conseil et le pouvoir du conseil de publier les règlements.

Compte tenu de l'objet du présent rapport, il convient de préciser un peu plus en détail la structure de la première partie du deuxième chapitre de la LCon. Selon l'art. 4, les accords et les pratiques entre des entreprises, les décisions et les actes des unions d'entreprises¹⁰ ayant pour objet d'entraver ou de restreindre la concurrence, ou pouvant engendrer un tel effet, directement ou indirectement sur le marché des biens ou des services sont illicites. Les cas qui entravent ou restreignent la concurrence sont énumérés de manière non limitative. A l'art. 6, on a stipulé que l'abus dû à une position dominante d'une ou plusieurs entreprises sur le marché des biens ou des services dans tout ou une partie du pays (seul ou par les accords, par les comportements avec les autres personnes) sont illicites. L'art. 6 al. 2, stipule les cas résultant de l'abus de la position dominante tel que faire une discrimination entre des acheteurs ou empêcher une autre entreprise d'entrer sur le marché. La dernière disposition en vertu du droit matériel est l'art. 7 relatif à l'acquisition et à la fusion des entreprises qui constitue l'objet principal de ce rapport.

Bien que le titre de l'art. 7 soit "l'acquisition et la fusion des entreprises", nous allons voir plus tard que cet article porte en fait sur les concentrations, l'acquisition et la fusion des entreprises en tant que forme de concentration économique. C'est la raison pour laquelle nous

¹⁰ Les unions d'entreprises sont définies à l'art. 3 comme tout union, ayant une personnalité morale ou non, constitué par les entreprises afin de réaliser les buts déterminés. Par exemple l'association, fédération ou syndicat sont des unions d'entreprises. Voir Akıncı, Ateş: La restriction horizontale de la concurrence dans le droit américain et européen sous l'angle de droit comparé (*Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması*), thèse de doctorat dactylographiée, Istanbul 1988, p. 216-217.

avons préféré utiliser le terme de "concentration" qui est plus large et plus accepté en droit comparé¹¹.

III. Le régime juridique des concentrations

A. EN GENERAL

Toute opération qui consiste en un transfert de propriété ou de jouissance sur la totalité ou une partie des biens, droits et obligations d'une entreprise est de nature concentrative. Il convient de citer les formes les plus classiques de concentration: fusion-absorption, fusion-scission, fusion par création d'une société nouvelle, apport partiel d'actif, prise de participation. Il va sans dire que tout achat d'action, selon le cas, pourrait se trouver soumis au contrôle des concentrations.

Il faut également signaler que toute opération qui fait acquérir à une ou plusieurs entreprises une influence sur la gestion d'une ou plusieurs autres entreprises est de nature concentrative¹².

B. DIFFERENTES SORTES DE CONCENTRATIONS

On distingue généralement trois sortes de concentrations¹³:

- **Une concentration horizontale** est une concentration des entreprises qui se situent sur le même niveau de production des services ou des biens. Il s'agira par exemple la fusion de deux fabricants de pneu. Ce genre de concentration peut sensiblement affecter la concurrence puis qu'elle diminue le nombre de concurrents. Elle augmente le niveau de l'offre du produit ou de services considérés. Le risque est alors que la nouvelle entité utilise son pouvoir pour relever ses prix ou diminuer la

¹¹ Voir l'art. 4 al. 3 de la Loi fédérale (Suisse) sur les cartels et autres restrictions à la concurrence; l'art. 39 de l'ordonnance (français) du 1^{er} décembre 1986 (modifiée par L. 92-1282 du 11 décembre 1992, L. 92-1336 du 16 décembre 1992, L. 92-1442 du 31 décembre 1992 et L. 93-122 du 29 janvier 1993); l'art. 3 du règlement 4064/89 du 21 décembre 1989 du Conseil de la Communauté européenne.

¹² Voir en général Labarde/Canivet, no. 140 - 144.

¹³ Sur ce sujet voir également Aslan, p. 116 ss.; Esin, p. 227; Labarde/Canivet, no. 162 - 164.

qualité des ses produits ou services. Cependant, une concentration horizontale n'a pas toujours des effets nuisibles. Dans certains cas, des petites entreprises peuvent se concentrer afin de créer les conditions de concurrence contre la société qui a une position forte dans le marché.

- **Une concentration verticale** se réalise entre des entreprises se situant à des niveaux différents de production ou de services. On parle d'une concentration verticale lors que, par exemple, la société mère de production fusionne avec les sociétés de distributions. Une concentration verticale ne change pas directement la structure du marché, cependant elle peut affecter les possibilités d'approvisionnement des concurrents ou leurs possibilités de débouchés. Une concentration verticale est de nature à restreindre la concurrence lorsqu'elle crée des barrières d'entrée sur le marché.
- **Une concentration conglomérale** se concrétise entre des entreprises qui ne sont ni sur le même marché ni au même niveau de production de services ou de biens. Donc, elle n'augmente pas les parts de marché des entreprises concentrées, elle est généralement neutre. Pourtant, une concentration conglomérale aura des effets nuisibles lors qu'elle supprime une concurrence potentielle ou facilite l'achat et la vente réciproque de manière à restreindre sensiblement la concurrence.

La Loi de Concurrence ne fait pas de distinction entre ces différentes sortes de concentrations et préfère une réglementation générale.

C. LES CONCENTRATIONS EN VERTU DE LA LOI DE CONCURRENCE

Selon l'art. 7 LCon "la fusion d'une ou plusieurs entreprises visant à créer une position dominante ou à la renforcer de façon à diminuer de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services, sur l'ensemble ou une partie du pays, ou encore l'acquisition, par une entreprise ou par une personne, du patrimoine, des actions - en totalité ou en partie- ou des moyens qui confèrent le pouvoir sur la gestion de celles-ci sont illicites, à moins qu'on ne les acquière par la

succession". Le texte retient donc deux critères alternatifs: le moyen utilisé et le résultat atteint¹⁴.

L'art. 7 LCon détermine les moyens de concentration. Ce sont:

a) **les fusions:** Selon l'art. 146 du CCT, la fusion des sociétés commerciales s'opère de deux manières différentes, soit par la dissolution de toutes les sociétés qui créent une société nouvelle (combinaison) soit par la reprise d'une société par une autre société qui reprend les biens et les membres, reprise dite absorption, incorporation ou annexion¹⁵. Dans le cas de la combinaison, toutes les sociétés qui s'unissent se dissolvent pour faire place à une nouvelle société. Il en va différemment dans le cas de l'absorption. La société absorbée disparaît, elle passe ses biens à la société absorbante par un transfert de nature d'une succession à titre universel (art. 151, 451 CCT). La société reprenante, en revanche, modifie sa structure économique. Dans toute fusion, que ce soit par combinaison ou par absorption, les biens de la société qui entend s'unir à une autre passent en totalité à la société reprenante sans qu'une liquidation s'en suive et que la reprise soit payée sous forme de remise d'actions par la société reprenante¹⁶.

Il convient de distinguer, dans toute les fusions, deux éléments inhérents à la nature des sociétés commerciales: l'élément économique et l'élément juridique. L'art. 146 ss. CCT règle l'aspect juridique de la fusion, tandis que la LCon s'intéresse à son aspect économique. Elle s'intéresse à la force économique résultant des fusions des entreprises, peu importe que la fusion se réalise ou non selon les règles du CCT. Ce qui compte, sous

¹⁴ Il en va de même pour le droit français. L'opération de concentration est définie par l'art. 39 de l'ordonnance de 1986: "La concentration résulte de tout acte, quelle qu'en soit la forme, qui emporte transfert de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens, droits et obligations d'une entreprise ou qui a pour objet ou pour effet de permettre à une entreprise ou à un groupe d'entreprises d'exercer, directement ou indirectement, sur une ou plusieurs autres entreprises une influence déterminante". Voir Labarde/Canivet, no. 139.

¹⁵ Pour la procédure de fusion des sociétés anonymes, voir Yasaman, Hamdi: La fusion des sociétés anonymes, (Anonim Şirketlerin Birleşmesi), Ankara 1987, p. 37 ss.; de Steiger, Fritz: Le droit des sociétés anonymes en suisse, Lausanne 1973, p. 381 ss.

¹⁶ Voir de Steiger, p. 382.

le rapport de la Loi de Concurrence, c'est l'intégration économique et ses effets réalisés sur la marché.

- b) l'acquisition de la totalité ou d'une partie d'un patrimoine par une entreprise ou par une personne.** Il s'agit d'une acquisition de patrimoine ou d'entreprise qui n'est pas particulièrement régie par le CCT. Si un patrimoine ou une entreprise sont acquis avec actif et passif, l'art. 179 COT s'applique en ce qui concerne les passifs. La reprise des actifs obéit aux règles propres au transfert de chacun des biens: transfert de la possession, réquisition d'inscription au registre foncier, cession de créance, etc¹⁷.
- c) l'acquisition de la totalité ou d'une partie des actions.** Il s'agira d'un transfert d'action qui devrait être fait dans les formes prévues pour différentes sociétés et pour différentes sortes d'action. Par exemple, le transfert des titres nominatifs d'une société anonyme aura lieu, sauf disposition contraire des statuts, par la remise du titre endossé à l'acquéreur (art. 416 al. 1 CComT). Il faut, de plus, que le transfert soit inscrit au registre des actions pour que ces dernières soient valides contre la société (art. 416 al. 1). Les actions au porteur peuvent être transférées par la simple remise du titre à l'acquéreur (art. 415 CComT).
- d) l'acquisition des moyens qui confèrent le pouvoir sur la gestion des entreprises.** Pour l'appréciation de cette possibilité, conjointement aux critères purement juridiques provenant des droits des sociétés, il faudrait également tenir compte de la pratique des affaires. Plusieurs facteurs sont à considérer¹⁸: une minorité de blocage ou l'existence d'un pacte d'actionnaires conférant à l'acquéreur la faculté d'intervenir dans la gestion de l'entreprise ou lors de la prise de décisions importantes, le caractère institutionnel ou non de l'acquéreur, la dispersion de l'actionnariat ou bien le fait que l'acquéreur soit le seul opérateur industriel de la société, surtout s'il opère sur le même marché ou sur un marché complémentaire de celui de l'entreprise¹⁹.

¹⁷ Voir Tercier, Pierre: Le droit des obligations, Zurich 1996, no. 1339.

¹⁸ Voir Labarde/Canivet, no. 144.

¹⁹ Dans l'affaire où le groupe Ferruzzi a pris une participation au capital de la soci-

Le caractère minoritaire d'une prise de participation n'est toutefois pas une circonstance suffisante pour écarter l'application de LCon, si celle-ci confère à l'acquéreur une influence déterminante sur le cédant²⁰.

L'art. 7 de la LCon ne détermine pas les critères nécessaires pour la notification au Conseil de la Concurrence; l'art. 7 al. 2 a laissé le soin de les régler au Conseil de Concurrence²¹, par les communiqués. Visant cet article, le Conseil de la Concurrence a publié deux communiqués concernant les concentrations. Le premier est le Communiqué No: 1997/1 sur "Les fusions et les acquisitions soumises à l'autorisation du Conseil de la Concurrence"²² et le second est le Communiqué No: 1998/4 sur "Les principes et la procédure à propos des notifications préalables et des recours de l'autorisation du Conseil de Concurrence pour gagner la validité juridique des acquisitions par la privatisation"²³.

En Suisse, la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 Octobre 1995²⁴, dite Loi sur les cartels remplace la Loi sur les cartels du 20 Décembre 1985. Le Conseil fédéral a publié l'Ordonnance sur le contrôle des concentration d'entreprises du 17 juin 1997 afin de déterminer les principes à propos des concentrations d'entreprises.

La nouvelle Loi sur les cartels prévoit un contrôle préventif des concentrations d'entreprises. On entend par concentration d'entreprises (i) la fusion de deux ou de plusieurs entreprises jusque-là indépendantes les unes des autres (ii) toute opération par laquelle une ou plusieurs entreprises acquièrent, notamment par prise de participation au capital ou conclusion d'un contrat, le contrôle direct ou

été Saint-Louis S.L.B., le conseil de la concurrence français a estimé qu'une prise de participation de l'ordre de 13% pouvait conférer une influence déterminante à l'acquéreur dans la mesure où se dernier devenait le seul industriel présent dans le capital et où il était lui-même un opérateur dans le secteur d'activité en cause, Avis no. 88-A-05 du 22 mars 1988 et Arrêtée ministériel du 13 avril 1988, BOC-CRF no. 8 du 16 avril 1988, p. 95.

²⁰ Voir Labarde/Canivet, no. 143.

²¹ Le Conseil de Concurrence est constitué à partir de 5 Novembre 1997. JO, 4.11.1997 No. 23160.

²² JO, 12.8.1997, No. 23078

²³ JO, 12.9.1998, No. 23461.

²⁴ RO 1996 546

indirect d'une ou de plusieurs entreprises jusque-là indépendantes ou d'une partie de celles-ci (art. 4 al. 3 LCart). Les moyens de contrôle sont notamment les droits de propriété ou de jouissance sur la totalité ou une partie des biens de l'entreprise ou bien les droits ou les contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes de l'entreprise (art. 1 de l'Ordonnance sur le Contrôle).

Par conséquent, on peut dire que les réglementations des droits turc et suisse sont parallèles.

D. LA CONCENTRATION DES ENTREPRISES EN VERTU DU COMMUNIQUE NO. 1997/1 DU CONSEIL DE CONCURRENCE

Le communiqué No: 1997/1 prévoit une réglementation presque parallèle aux règles du Règlement No. 4064/89 du Conseil des Communautés Européennes relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises.

L'art. 2 du communiqué énumère les opérations réputées comme la fusion et l'acquisition, impliquant une concentration. Donc, ces opérations sont soumises à l'autorisation du Conseil de Concurrence si elles dépassent les seuils prévus à l'art. 4 du communiqué no. 1997/1. Ce sont:

a) la fusion de deux ou plusieurs entreprises indépendantes

b) le contrôle ou l'acquisition, par une entreprise ou une personne quelconque, du patrimoine, de la totalité ou d'une partie des actions ou des moyens qui confèrent la compétence sur la gestion des entreprises.

c) les joint-venture

On entend par le contrôle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise, et notamment des droits de propriété ou de jouissance sur la totalité ou une partie des biens d'une entreprise et des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise (art. 2 al. 2 Communiqué). Le con-

trôle est réputé acquis par une ou plusieurs personnes ou entreprises qui sont titulaires de ces droits ou par des bénéficiaires de ces contrats ou encore par qui n'est pas titulaire de ces droits ou bénéficiaire de ces contrats mais possède le pouvoir effectivement d'exercer les droits qui en découlent (art. 2 al. 3). L'influence déterminante relève d'une analyse empirique et réaliste, tenant compte non seulement des critères purement juridiques mais aussi et surtout des éléments tirés de la pratique des affaires que nous avons cité plus haut.

Les opérations qui ne sont pas réputées comme la fusion ou l'acquisition sont énumérées à l'art. 3 du Communiqué. Selon cet article, les opérations suivantes ne tombent pas dans le champ d'application de l'art. 7 LCon et par conséquent ne sont pas soumises à l'autorisation du Conseil de la Concurrence.

a) la détention temporaire des valeurs mobilières par les entreprises qui les ont achetées en vue de la revente, à condition de ne pas exercer les droits de vote attachés à celles-ci en vue d'influencer le comportement de l'entreprise qui réalise l'émission de ces valeurs mobilières. L'activité normale de ces entreprises est de faire des opérations avec les valeurs mobilières pour leur propre compte ou pour le compte d'autrui. Il s'agira en fait d'intermédiaires dans le sens de la Loi sur le marché du capital.

b) l'acquisition d'une entreprise par une entreprise publique en vertu de la loi et en raison de la liquidation, de la faillite, de la solvabilité, de la cessation de paiement, du concordat, de la privatisation ou d'autres buts semblables.

c) la réalisation des faits énumérés à l'art. 2 du Communiqué par succession.

Dans le cas où les opérations énumérées à l'art. 2 dépassent les seuils indiqués à l'art. 4, il faut qu'elles soient notifiées au Conseil de la Concurrence et autorisées par celui-ci pour qu'elles soient licites. Le franchissement des seuils constitue une présomption d'atteinte à la concurrence. Il est donc une condition suffisante de contrôle par le Conseil de la Concurrence²⁵.

²⁵ Il en va autrement en droit français: "Une opération n'est contrôlable que si les seuils légaux sont atteints et, en outre, si elle est de nature à porter atteinte à la concurrence". Voir, Labarde/Canivet, no. 153.

IV. La validité des concentrations

A. LES CONCENTRATIONS ILLICITES

Selon l'art. 7 LCon toute concentration est illicite et prohibée lorsqu'elle vise à créer une position dominante ou à la renforcer sur une partie ou sur l'ensemble du pays. Il faut tout de suite signaler que la rédaction de l'art. 7 est très décevante. Il n'y a pas lieu de qualifier une concentration à la fois de "illicite" et de "prohibée" puisqu'une action prohibée sera illicite en cas de réalisation.

Deux critères s'imposent pour qu'une concentration soit illicite: (a) la création d'une position dominante ou (b) le renforcement de celle-ci. Il n'y a pas lieu d'apprécier si la concurrence a été restreinte de façon notable ou non. Il suffit d'observer le résultat obtenu: la création ou le renforcement d'une position dominante. La loi considère qu'une telle concentration restreint *per se* la concurrence de façon notable²⁶.

La teneur de l'art. 7 LCon laisse penser que les parties doivent avoir pour but de créer ou de renforcer une position dominante pour qu'une concentration soit illicite. En d'autres termes, faut-il chercher à savoir si les parties ont voulu obtenir un tel résultat pour qualifier une concentration d'illicite? A notre avis, la réponse est négative. Ce qui est prohibé par l'art. 7 LCon est un résultat économique (la création ou le renforcement d'une position dominante), peu importe que les parties aient voulu l'obtenir ou non.

Cependant, il faut signaler que le fait d'être en position dominante n'est pas prohibé, une entreprise peut être en position dominante par sa structure ou par ses dynamiques internes, ce qui, en effet est une conséquence de la concurrence²⁷. Nous rappelons que l'abus de la position dominante reste dans le champ d'application de l'art. 6 LCon

²⁶ Selon Aslan, l'art. 7 LCon prévoit encore une troisième condition qui est celle de restreindre la concurrence, p. 120. Je ne partage pas cette opinion. Bien que la rédaction de l'art. 7 laisse planer des doutes pour comprendre la volonté du législateur, à mon avis, cette condition n'est attribuable à l'une des opérations qualifiées comme concentration à savoir, la fusion. La création ou le renforcement d'une position dominante par une fusion qui a comme conséquence la restriction de la concurrence sur des marchés des biens ou de services dans une partie ou dans l'ensemble du pays est prohibée.

²⁷ Voir dans ce sens Aslan, p. 121.

B. LES CONCENTRATIONS SOUMISES A L'AUTORISATION DU CONSEIL

Selon l'art. 4 al. 1 modifié par le communiqué No. 1998/2, les concentrations d'entreprises au sens de l'art. 2 du Communiqué et de l'art. 7 LCon dont les parts totales sur le marché du produit concerné dans l'ensemble ou une partie du pays sont supérieures à 25% ou, même si elles ne dépassent pas ce montant dont les chiffres d'affaires totaux sont supérieurs à 25 trillions de livres Turques, sont soumises à l'autorisation du Conseil de la Concurrence. Il s'agit de deux sortes de seuils possibles: le chiffre d'affaires ou le part de marché.

Dans le cas où les entreprises dépassent le premier seuil, il est très probable qu'elles atteignent le second; parce qu'un chiffre d'affaires total de 25 trillions de livres Turques n'est pas un montant notable pour l'économie inflationniste de la Turquie. Cela nous montre que le Conseil de la Concurrence a tendance à contrôler de toute façon les fusions et les acquisitions.

Les montants édictés à l'art. 4 al. 1 du communiqué no. 1997/1 ne sont pas valables pour tous les marchés où les entreprises réalisant la concentration exercent leurs activités; on prend en considération seulement les valeurs sur le marché pertinent du produit où la concentration se réalise. Par exemple, lorsqu'une entreprise exerçant dans le secteur automobile acquiert le contrôle d'une entreprise exerçant dans le secteur des machines d'agriculture, la part de marché ou les chiffres d'affaires résultant des activités ordinaires de l'entreprise automobile ne sont pas pris en considération; car elles ne sont pas obtenues sur le marché pertinent, à savoir le marché des machines d'agriculture.

Comme le Communiqué prend en considération, la totalité ou une partie du marché pertinent dans le pays, en ce qui concerne les fusions avec les sociétés étrangères, il faudrait tenir compte seulement du marché ou du chiffre d'affaires de la société turque dans la mesure où la société étrangère n'a pas de marché ou de chiffres d'affaires en Turquie.

1. Le calcul des seuils

Pour calculer les parts de marché ou les chiffres d'affaires, on prend en considération les parts totales du marché pertinent et les chiffres d'affaires totales des filiales, des sociétés mères, des sociétés affiliées et des entreprises communes. L'art. 4 al. 2 se lit comme suit:

“Pour calculer la part de marché ou le chiffre d'affaires, on prend en considérations les parts totales du marché ou les chiffres d'affaires totaux sur le marché pertinent du produit concerné des entreprises ci-dessous:

a) *les propres parts de marché et les propres chiffres d'affaires, sur le marché du produit concerné, des entreprises qui réalisent la fusion ou l'acquisition.*

b) *les parts de marché et les chiffres d'affaires, sur le marché du produit concerné, des entreprises dans lesquelles elle dispose soit de plus de la moitié du capital ou du patrimoine commercial ou des droits de vote, soit du pouvoir de désigner plus de la moitié des membres du conseil de surveillance, du conseil d'administration ou des organes ayant le pouvoir de représenter l'entreprise ou de tout autre droit de conduire les affaires des entreprises les propres parts de marché et les propres chiffres d'affaires, sur le marché du produit concerné, des entreprises qui réalisent la fusion ou l'acquisition.*

c) *les parts de marché et les chiffres d'affaires, sur le marché du produit concerné, des entreprises qui disposent des droits ou pouvoirs mentionnés à la lettre (b) sur les entreprises qui réalisent la fusion ou l'acquisition.*

d) *les parts de marché et les chiffres d'affaires, sur le marché du produit concerné, des entreprises qui disposent des droits ou pouvoirs mentionnés à la lettre (b) sur les entreprises mentionnées à la lettre (c).*

e) *les parts de marché et les chiffres d'affaires, sur le marché du produit concerné, des entreprises qui disposent des droits ou pouvoirs mentionnés à la lettre (b) les entreprises mentionnées aux lettres (a)-(d)”.*

Le Communiqué no. 1997/1, après avoir été modifié par le Communiqué 1998/6, prévoit des seuils différents pour certains étab-

lissements de finance comme les banques, les sociétés de finances privées, les sociétés de crédit-bail, les sociétés intermédiaires, les sociétés de factoring et les sociétés d'assurances²⁸. Ce changement a été justifié par le fait que le Communiqué no. 1997/1, dans son état avant le changement, tenait compte seulement des "ventes nettes" et dès lors qu'il n'était pas possible d'établir les chiffres d'affaires des sociétés s'exerçant dans le secteur des services et qui ne faisaient pas de ventes.

2. Le marché géographique pertinent

La notion de marché géographique pertinent au sens de l'al.1 de l'art. 4 du communiqué est défini à l'al. 3 du même article²⁹. Il s'agit d'un marché où les entreprises exercent en fonction de l'offre et de la demande des biens et des services et où les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes pour pouvoir facilement le différencier des autres marchés, en particulier par la différence des conditions de concurrence. L'appréciation du marché géographique se fait en tenant compte en particulier des caractéristiques des biens et des services concernés, des obstacles d'entrée dans le marché par rapport au choix des consommateurs, d'une différence considérable entre le marché pertinent et les marchés voisins par rapport aux parts de marchés et des prix des biens et des services des entreprises.

Le marché pertinent est déterminé d'après les biens et les services sujets à la concentration et le marché est formé par des biens et des services traités comme identiques par rapport aux prix, à l'utilisation et aux caractéristiques. Les autres éléments qui peuvent affecter le marché sont également à considérer.

En droit suisse, le régime de l'autorisation ne concerne en principe que des entreprises qui, vu le niveau de leur chiffre d'affaires, sont susceptibles d'avoir une influence décisive sur la concurrence. L'autorisation n'est refusée qu'aux concentrations susceptibles de supprimer la concurrence efficace du marché par leur caractère dominant^{30 31}. Selon l'art. 9 al. 1 LCart les opérations d'entreprises

²⁸ Le communiqué no. 1998/6 a été publié dans le JO, 18. 11.1998, No. 23527.

²⁹ Pour le droit français voir Labarde/Canivet, no. 4 ss.

³⁰ Voir Montavon, p. 465-466.

³¹ Par entreprises dominant le marché, on entend une ou plusieurs entreprises qui

doivent être notifiées avant leur réalisation à la Commission de la Concurrence lorsque, dans le dernier exercice précédant la concentration: (i) les entreprises participantes ont réalisé ensemble un chiffre d'affaires minimum de 2 milliards de francs ou un chiffre d'affaires en Suisse d'au moins 500 millions de francs, et (ii) au moins deux des concentrations ont réalisé individuellement en Suisse un chiffre d'affaires minimum de 100 millions de francs. Pour les entreprises exerçant leurs activités dans le domaine des médias, il sera tenu compte d'un montant équivalant à vingt fois le chiffre d'affaires effectivement réalisé dans ces domaines (art. 9 al. 2 LCart). Pour les sociétés d'assurances, il sera tenu compte, au lieu du chiffre d'affaires, du montant total des primes brutes annuelles et pour les banques, d'un montant de 10 pour cent de la somme du bilan (art. 9 al. 3 LCart)³². Le régime d'autorisation s'applique indépendamment des valeurs-seuils lorsqu'une entreprise en position dominante prend part à une concentration. Mais pour cela, il faut qu'une décision passée en force établisse qu'une entreprise participante occupe une position dominante sur un marché au terme d'une procédure engagée en vertu de la Loi des Cartels (art. 9 al. 4). Il en va de même lorsque la concentration concerne soit ce marché, soit un marché voisin ou situé en amont ou en aval.

Le droit suisse s'éloigne du droit turc en deux sens: (a) il prévoit une seule valeur-seuil qui est celle du chiffre d'affaires et (b) il impose différentes valeurs-seuils pour des domaines différentes.

V. La notification

A. EN GENERAL

La formation d'un projet de concentration entrant dans le cadre légal doit être notifiée et dans les cas prévus une autorisation est sollicitée. Il s'agit du franchissement des seuils édictés à l'art. 4 du communiqué No.1997/1: le seuil en chiffre d'affaires ou le seuil en part de marché. La notification est alors obligatoire. Elle intervient avant la

sont à même, en matière d'offre ou de demande, de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché (art. 4 al. 2 LCart.)

³² Pour le calcul de ces montants voir les art. 4, 5, 6, 7, 8 de l'Ordonnance sur le Contrôle.

réalisation de l'opération; il s'agit donc d'une notification préalable. Elle est adressée au Conseil de la Concurrence, accompagnée d'un dossier. Le Conseil peut déclarer expressément qu'il ne s'oppose pas à l'opération. Il peut décider d'une enquête ou encore garder le silence, la concentration est alors réputée autorisée au bout de trente jours³³ (art. 10 al. 3 LCon). Le délai court à compter de la délivrance des formulaires au Conseil sous réserve que le dossier soit complet.

B. UNE NOTIFICATION PREALABLE

La notification au Conseil de la Concurrence a la qualité de notification préalable³⁴. Toutes les concentrations qui n'ont pas été notifiées ne sont pas valides. Pour qu'une concentration dépassant les seuils sus-indiqués soit valable, il est obligatoire que le Conseil de la Concurrence prenne une décision expresse ou tacite à cet égard (art. 5 al. 6 du communiqué). La notification a donc un effet suspensif³⁵.

Il est clair toutefois que, lorsque la notification intervient alors que l'opération n'est encore qu'à l'état de projet, sa concrétisation après l'autorisation du Conseil expose les entreprises au risque de réaménagement ultérieurs³⁶.

En droit suisse, les entreprises qui remplissent les conditions énumérées à l'art. 9 LCart doivent être notifiées par la Commission de la Concurrence avant la réalisation de la concentration d'entreprises. Il s'agit donc comme en droit turc d'une notification préalable.

C. LA FORME DE LA NOTIFICATION

La notification doit être faite en remplissant les formulaires attachés au Communiqué No. 1997/1 en vingt exemplaires (art. 5 al. 4). Toute autre forme de notification n'est pas admise. Elle doit émaner des entreprises concernées. Par contre, la notification faite par l'une des parties est aussi valable (art. 5 al. 1 de le communiqué).

³³ En droit français le délai est de deux mois, voir Labarde/Canivet, no. 292.

³⁴ Voir, Aslan, p. 180.

³⁵ En droit français, le délai de notification est de trois mois à partir de la réalisation de la concentration. Il ne s'agit par conséquent pas d'une notification préalable et elle n'a pas d'effet suspensif. Voir Labarde/Canivet, no. 292.

³⁶ Pour le droit français, voir Labarde/Canivet, no. 292 ss.

Si la notification est faite par les représentants légaux de l'entreprise, le formulaire doit être accompagné d'une procuration (art. 5 al. 2). Si deux ou plusieurs entreprises s'adressent en même temps, la notification peut être faite par un représentant conjoint (art. 5 al. 3). La notification doit contenir toutes les informations requises dans le formulaire et tous changements de ces informations doivent être immédiatement notifiés au Conseil.

Il en va de même pour le droit suisse. L'ordonnance du 17 juin 1996 prévoit que la notification soit faite par des formulaires (art. 11 ss. Ordonnance).

VI. L'examen des concentrations par le conseil de la concurrence

A. EN GENERAL

Tout projet de concentration ou toute concentration dépassant par son importance certains seuils en chiffres d'affaires et en part de marché sont soumis à l'examen du Conseil de la Concurrence³⁷. Le Conseil de la Concurrence examine les concentrations dans le cadre de l'art. 7 LCon (art. 6 du communiqué No. 1997/1). Cet examen tend à empêcher les concentrations excessives qui risqueraient de faire disparaître toute concurrence effective sur le marché³⁸. Elle est déclenchée sur notification de la concentration ou sur décision du Conseil de la Concurrence à partir d'indices de pratiques anticoncurrentielles ou de plaintes. Dans les quinze jours à partir de la notification, suite à un examen préalable, le Conseil doit déclarer s'il autorise la concentration ou s'il a décidé d'ouvrir une enquête (art. 10 al. 2 LCon). Dans le cas d'ouverture d'une enquête, le Conseil, avec son objection préalable, doit notifier que l'opération reste suspendue

³⁷ En droit français en vertu de l'art. 38 de l'ordonnance, les projets de concentration ou les concentrations peuvent être soumis à l'avis du Conseil de la Concurrence par le ministre chargé de l'économie dans la mesure où ils dépassent par leur importance certains seuils en chiffres d'affaires et en part de marché et de nature à porter atteinte à la concurrence. A la suite de cet avis, ce ministre et celui dont relève le secteur intéressé peuvent, par décision motivée, édicter à l'encontre des entreprises concernées des injonctions de nature à rétablir ou sauvegarder la concurrence, voir Labarde/Canivet, no. 290 ss.

³⁸ Voir, Ripert/Roblot, no. 490.

jusqu'à la décision définitive. Le Conseil peut également ordonner des mesures provisoires (art. 10 al.2 LCon). Faute d'une telle communication par le Conseil, la concentration gagne la validité après 30 jours à compter de la date de notification (art. 10 al. 3 LCon).

Lors de son examen, le Conseil prend en considération notamment³⁹:

- a) la structure du marché concerné et le besoin de développer et de protéger la concurrence efficace à l'égard de la concurrence effective ou potentielle des entreprises situées à l'intérieur ou à l'extérieur du pays.
- b) la position des entreprises concernées sur le marché et leur puissance économique et financière, leur accès aux sources d'approvisionnement ou aux débouchés, l'existence en droit ou en fait des barrières à l'entrée, l'évolution de l'offre et la demande des produits et des services concernés, les intérêts des consommateurs intermédiaire et finals ainsi que celle-ci soit à l'avantage des consommateurs et ne constitue pas un obstacle à la concurrence.

Le Conseil peut décider l'application de l'interdiction ou d'autres sanctions en examinant de nouveau la fusion ou l'acquisition dans les cas où sa décision relative à la licéité de la fusion ou de l'acquisition est prise sur la base de renseignements faux ou trompeurs (art. 9 du communiqué No. 1997/1).

B. EFFETS JURIDIQUES DE L'EXAMEN

Lorsque le Conseil de la Concurrence est au courant des fusions ou des acquisitions dont leurs notifications sont obligatoires et si celles-ci n'ont pas été notifiées, il les examine d'office. Cependant, cette faculté fait peser sur les entreprises un risque non négligeable: D'une part l'examen des opérations non notifiées n'est soumis à aucun délai et d'autre part les sanctions pénales s'appliquent⁴⁰.

³⁹ En droit français la méthode d'examen distingue deux procédures: (a) une procédure légère réservée aux opérations qui ne nécessitent pas d'une analyse approfondie et une procédure plus longue avec une analyse plus approfondie. Voir Labarde/Canivet, no. 293 ss.

⁴⁰ En droit français c'est le ministre qui peut déclencher lui-même la procédure de contrôle en saisissant le Conseil de la Concurrence. Voir Labarde/Canivet, no. 292 ss.

A la fin de cet examen:

- a) Le Conseil peut autoriser la concentration qui n'entre pas dans les limites de l'art. 7 al. 1 LCon. En d'autres termes, les fusions et les acquisitions qui ne créent ou ne renforcent pas une position dominante et par conséquent qui n'empêchent pas d'une manière significative la concurrence dans l'ensemble ou une partie du pays seront autorisés (art. 6 al. 2 du communiqué No. 1997/1).
- b) Le Conseil peut autoriser la fusion ou l'acquisition à condition que certaines mesures requises soient prises et certaines obligations remplies (art. 6 al. 3 du communiqué No. 1997/1)⁴¹.
- c) Le Conseil peut interdire purement et simplement l'opération si celle-ci est de nature à violer l'art. 7 LCon. Les fusions et les acquisitions qui créent ou renforcent une position dominante et par conséquent qui empêche la concurrence d'une manière significative dans l'ensemble ou une partie du pays sont illicites et ne seront pas autorisées (art. 6 al. 4 du communiqué No. 1997/1). Le Conseil peut également ordonner le rétablissement de la situation de droit antérieur dans l'hypothèse d'une concentration déjà réalisée. Il décide, avec les sanctions pénales, de la suppression de tous les faits effectifs réalisés illicitement; de la restitution, si c'est possible, de toute sorte d'action ou du patrimoine aux propriétaires précédents de sorte que les conditions et le délai soient déterminés par le Conseil de Concurrence; si ce n'est pas possible, de ne pas laisser à la gestion des entreprises les personnes qui les ont acquis pendant la période où celles-ci seront restitués aux propriétaires précédents ou à autrui, et autres mesures nécessaires (art. 11 de la LCon).
- d) Le Conseil peut conclure que l'opération en cause n'est pas une concentration et peut considérer la notification comme une notification au sens de l'art. 10 al. 1 LCon (notification concer-

⁴¹ Lors de la privatisation de 51% des actions de POAS (Petrol Ofisi A.Ş.) appartenant à l'administration de la privatisation, le conseil de la concurrence a utilisé son pouvoir de prévoir des conditions et a dicté certaines conditions au consortium formé par T. İş Bankası A.Ş., Park Holding A.Ş., Bayındır Holding A.Ş. et Petrol Ürünleri Turizm ve Nakliyat A.Ş., à qui l'adjudication est faite.

nant les accords, les décisions et les ententes) ou comme une demande de constatation négative au sens de l'art. 8 LCon ou encore comme une demande d'autorisation exceptionnelle dans le cadre de l'art. 5 LCon

En droit suisse, la Commission peut l'interdire ou l'autoriser moyennant des conditions ou des charges lorsqu'il résulte de l'examen que la concentration (i) crée ou renforce une position dominante capable de supprimer une concurrence efficace, et (ii) ne provoque pas une amélioration de la concurrence sur un autre marché, qu'il emporte sur les inconvénients de la position dominante (art. 10 al. 2 LCart). En évaluant les effets d'une concentration d'entreprise sur l'efficacité de la concurrence, la Commission tient aussi compte de l'évolution du marché ainsi que de la position des entreprises dans la concurrence internationale (art. 10 al. 4 LCart). Si l'autorisation est liée à une offre publique d'achat, la Commission peut exiger que les droits de vote obtenus par l'entreprise acquéreur ne soient exercés que pour le maintien de la valeur de l'investissement effectué (art. 16 al. 2 Ordonnance).

C. L'AUTORISATION EXCEPTIONNELLE

Même si certains accords, pratiques ou concentrations d'entreprises restreignent la concurrence, ceux qui ont aussi des effets positifs sur le marché peuvent être extraits du contenu de l'interdiction⁴² si c'est nécessaire à la sauvegarde des intérêts publics. Le régime de cette autorisation exceptionnelle est réglé par l'art. 5 LCon. Pour qu'une autorisation exceptionnelle soit accordée par le Conseil de la Concurrence, il faut que les conditions énumérées à l'art. 5 se réalisent ensemble. Ces conditions sont les suivantes:

a) qu'une amélioration nouvelle de la production ou de la distribution des biens ou services, ou une amélioration économique ou technique soit assurée;

b) que les consommateurs en profitent;

c) que la concurrence ne soit pas supprimée sur une partie notable du marché concerné;

⁴² Voir, Aslan, p. 79.

d) que, pour parvenir aux buts indiqués sous (a) et (b), la concurrence ne soit pas restreinte d'avantage que nécessaire.

Il faut signaler qu'en fait, l'autorisation exceptionnelle est prévue pour les accords, les décisions et les ententes dans le cadre de l'art. 4 LCon, et qu'elle est accordée sur demande des intéressés. En d'autres termes, dans des conditions normales, les parties d'une concentration, selon la teneur de l'art. 5 LCon n'ont pas le droit de faire une telle demande. Cependant, nous avons vu qu'en vertu de l'art. 8 du communiqué no. 1997/1, le Conseil de la Concurrence, s'il le veut, peut considérer une notification comme une demande d'autorisation exceptionnelle lorsqu'il conclut que l'opération en cause n'est pas une concentration. Par conséquent, l'autorisation exceptionnelle ne peut être accordée à une concentration que sur initiative du Conseil et sur notification de concentration. La notification est alors une condition préalable. Il convient de signaler une contradiction entre le formulaire de notification et l'art. 8 du communiqué no. 1997/1: Selon l'art. 6.1 du formulaire, les intéressés peuvent demander que la notification soit jugée comme une demande d'autorisation exceptionnelle dans le cas où le Conseil refuse d'autoriser la concentration. Pourtant, en vertu de l'art. 8 du communiqué un tel jugement n'est possible si le Conseil conclut que l'opération notifiée n'est pas une concentration. Il convient en fait, de changer la teneur de l'art. 6.1 du formulaire de façon à refléter la disposition de l'art. 8 du communiqué. Il ne faut pas oublier que les concentrations sont dans le fond des accords qualifiés et que par leur importance ils font objets d'une réglementation séparée dans l'art. 7 LCon.

La durée de l'autorisation exceptionnelle est au maximum de 5 années. L'autorisation exceptionnelle peut être subordonnée à l'accomplissement de certaines conditions et obligations (art. 5 al. 2 LCon). A l'expiration de la période d'autorisation exceptionnelle, à condition que les circonstances d'une telle autorisation persistent, le Conseil peut prolonger la période sur demande des intéressés. Les amendes ne sont pas applicables pour une opération autorisée exceptionnellement⁴³.

En droit suisse, Le Conseil Fédéral peut autoriser, à la demande des entreprises participantes, les concentrations d'entreprises qui ont

⁴³ Voir Aslan, p. 82-83.

été interdites par la Commission de la Concurrence. Pour que cette autorisation exceptionnelle soit accordée, il faut que la concentration soit nécessaire à la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants (art. 11, 30 LCart). Le droit suisse diffère du droit turc en ce sens que l'autorité compétente pour accorder une telle autorisation est le Conseil Fédéral et non pas le conseil comme c'est le cas en droit turc. Les motifs de l'autorisation exceptionnelle sont également différents dans les deux droits. La LCon cherche que toutes les conditions prévues à l'art. 5 se réalisent ensemble. Par contre, en droit Suisse, une concentration est autorisée exceptionnellement si elle est nécessaire à la sauvegarde des intérêts publics prépondérants. En d'autres termes, un seul motif sauvegardant des intérêts publics prépondérants peut suffire pour que l'autorisation exceptionnelle des concentrations d'entreprises soit accordée.

Je pense que la réglementation Suisse est plus adéquate en ce qui concerne en particulier le motif de l'autorisation exceptionnelle. En effet, ce qui est important est de sauvegarder un intérêt public prépondérant, peu importe que la concurrence ait été violée dans une certaine mesure. Pourtant, il sera difficile, voire même impossible, de bénéficier de la réglementation turque qui exige que toutes les conditions soient remplies en même temps.

D. LA CONSTATATION NEGATIVE

A la demande des entreprises intéressées, selon les informations dont il dispose, le Conseil peut émettre un certificat de constatation négative dans le but de démontrer qu'une concentration n'est pas contraire à la disposition de l'art. 7 de la Loi (art. 8 LCon). On constate de nouveau que la notification de concentration est une condition préalable, puisque l'émission d'un tel certificat repose sur la demande des parties. Nous avons vu qu'une telle demande est incorporée à l'art. 6.1 du formulaire de la notification des concentrations (voir supra C).

Une telle constatation négative a des avantages considérables pour les entreprises intéressées:

- Les parties seront libérées d'une insécurité légale dans ce sens qu'elles ne seront plus inquiètes de l'invalidité de l'opération de concentration.

- La concentration ne sera plus l'objet d'une enquête du conseil et par conséquent les sanctions pénales ne s'appliqueront pas.
- En matière de droit privé, la concentration ne sera pas tenue pour illicite et les parties exerceront leurs activités en toute sécurité.

Cependant, le Conseil a le droit de retirer le certificat lorsque les conditions citées à l'art. 13 LCon sont en cause (art. 8 al. 2 LCon). Les conditions sont les suivantes:

- a) une modification des circonstances permettant d'accorder une décision de constatation négative;
- b) l'inexécution des conditions ou des obligations auxquelles la décision est soumise;
- c) le fait que la décision est prise sur la base d'informations fausses ou incomplètes.

La reprise de la décision est valable dans le cas cité au paragraphe (a) ci-dessus à partir de la date de modification, et dans les autres cas à partir de la date de la décision (art. 13 al. 2 LCon). Dans le cas cité au paragraphe (c) ci-dessus, la décision est considérée non prise si les informations fausses ou incomplètes découlent du dol ou de l'intention de l'entreprise intéressée (art. 13 al. 3 LCon).

VII. Cas particulier des privatisations

On soutient que dans les pays en voie de développement, la privatisation va transformer les monopoles d'état en monopoles privés. Pourtant, il est clair que les monopoles privés qui ne sont pas toujours ouverts à la concurrence n'offrent pas de coûts bas ou une meilleure qualité de production. En d'autres termes, transformer un monopole d'état en monopole privé n'est pas toujours conforme à la volonté ou aux intérêts des consommateurs. Dans cette situation, la solution la plus répandue est la prise par le gouvernement de certaines mesures destinées à assurer la compétition. Cependant, la privatisation peut être vue comme un moyen de créer, encourager ou renforcer la compétition. A cet égard, les barrières empêchant l'entrée sur le marché doivent être relevées et une politique équitable doit être établie⁴⁴.

⁴⁴ Voir Erdem, p. 707.

La Loi du 24 novembre 1994 no. 4046⁴⁵ dite "Loi de privatisation" ainsi modifiée par la Loi du 27 avril 1995 no. 4105⁴⁶ et par la Loi du 3 avril 1997 no 4232⁴⁷; actuellement en vigueur pour régir les privatisations, prévoit dans son art. 2/d que dans tous les cas de privatisation, les effets négatifs d'une structure monopolistique doivent être entravés.

L'art. 16 de la Loi no. 4046 intitulé "la protection de la concurrence suite à des privatisations apporte des mesures et des règles à respecter à cet égard. Toute opération tendant (i) à partager le marché des biens ou des services et à partager ou contrôler les sources du marché; (ii) à empêcher ou à limiter les activités des concurrents ou de ceux qui veulent entrer sur le marché; (iii) à appliquer des conditions différentes pour des droits et obligations identiques et pour ceux qui se trouvent dans les mêmes circonstances; et (iv) à obliger les acheteurs à acheter d'autres marchandises et services en même temps que certaines marchandises et services, ou à obliger la vente de certaines marchandises ou de services en contrepartie de la présentation d'autres marchandises ou à fournir des conditions pour la revente ou la distribution des marchandises et des services, est prohibée.

Le Ministre de l'Industrie et du Commerce prendra les mesures nécessaires contre toute action, décision ou application pouvant empêcher, limiter ou troubler, directement ou indirectement, la concurrence entre les entreprises. Il en va de même lorsqu'il s'agit d'indices importants concernant toute action légale de fusion ou d'acquisition d'entreprises pouvant entraîner une importante diminution de la concurrence ou la monopolisation. La procédure et les principes d'application de l'art. 16 de la Loi no. 4046 seront établis par le Ministère de l'Industrie et du Commerce.

Même si, à notre connaissance, le Ministère de l'Industrie et du Commerce n'a pas fait, ou du moins, n'a pas publié la procédure et l'application de l'art. 16, la LCon comble cette lacune. La vente qui a été citée comme un moyen de privatisation à l'art. 18/A (a) de la Loi no. 4046 sera considérée comme une concentration au sens de l'art. 7 de la Lcon. Il va sans dire que la LCon s'applique également aux applications de privatisation.

⁴⁵ JO du 27 novembre 1994 no. 22124.

⁴⁶ JO du 2 mai 1995 no. 22275.

⁴⁷ JO du 8 avril 1997 no. 22958 bis.

- Le Conseil de la Concurrence a publié un communiqué visant à supprimer les conséquences nuisibles de la privatisation sur les marchés des biens et des services. Le transfert des actions, de la totalité ou une partie des droits ou des moyens d'une entreprise pour en changer le contrôle ou influencer les organes de décision, le transfert des unités de productions, des biens ou des services des entreprises par voie de privatisation, sont soumis à ce communiqué (art. 2 de le communiqué No. 1998/4). Sous cet angle, les actions privilégiés régies par l'art. 13/b de la Loi no. 4046 restent également dans le champ d'application du Communiqué. En vertu de l'art. 13 de la Loi no. 4046, le Haut Conseil de la Privatisation (HCP) a le pouvoir de déterminer (i) les sujets et les organisations stratégiques et (ii) le nombre et les droits liés à des actions privilégiées donnant le droit de gestion et d'approbation sur les décisions des organes dont l'Etat jouira au cas où la participation publique dans une entreprise stratégique tombe en-dessous de 50%. La raison de ce pouvoir est de prévenir la monopolisation et de protéger l'intérêt national en matière d'économie et de sécurité. Le HCP a aussi le pouvoir de changer le nombre de ces actions et les droits liés à celles-ci et de faire sortir du programme de privatisation les entreprises et des secteurs admis comme stratégiques. Il s'agira en effet d'actions privilégiées au sens de l'art. 401 CCT. Cependant, il apparaît que l'art. 13 de la Loi no. 4046 limite les privilèges au droit d'approuver les décisions des organes, il s'agira d'un privilège de vote. En outre, les actions de l'Etat peuvent jouir d'un privilège de veto. En d'autres termes, aucune décision ne peut être prise, ni au conseil d'administration, ni à l'assemblée générale, sans le consentement (vote positif) de l'administrateur (des administrateurs) nommés par l'Etat ou sans le vote positif de l'Etat à l'assemblée générale. L'article 13 de la Loi no. 4046 se réfère aussi à un certain nombre d'organisations dont les actions privilégiées doivent être émises si plus de 49 % de ces entreprises sera privatisé. Ces organisations sont: Türk Hava Yolları (Turkish Airlines), Türkiye Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası, TMO Alkoloid Müessesesi (l'Entreprise d'Alcholoide de TMO), Türkiye Petrolleri A.O. En d'autres termes, pour ces organisations, le HCP n'examinera pas s'il s'agit d'une monopolisation ou s'il y a lieu de protéger l'intérêt national en matière d'é-

conomie et de sécurité, mais décidera d'émettre des actions privilégiées lorsque 49 % de ces organisations sera privatisé⁴⁸.

Les transferts énumérées ci-dessous ne sont pas contenus dans l'art 2:

- a) les transferts faits aux organisations publiques aussi bien qu'aux administrations locales
- b) les transferts d'immobiliers ne visant pas la production de biens ou de services
- c) les ventes faites sur les marchés des capitaux étrangers
- d) les offres publiques
- e) les ventes en bloc impliquant une offre en souscription publique retardée ne dépassant pas 3 années, à condition que les dispositions concernant les marchés des capitaux soient réservées.
- f) les transferts aux employés
- g) les ventes par ordre spécial en bourse qui ne cause pas un changement du contrôle de l'entreprise
- h) les ventes aux fonds d'investissement des valeurs mobilières et/ou aux compagnies d'investissement des valeurs mobilières.

Le Communiqué prévoit en fait une double notification: une notification préalable et une notification pour obtenir l'autorisation du Conseil de la Concurrence.

A. LA NOTIFICATION PREALABLE

Les acquisitions par voie de privatisation soumises au présent communiqué font l'objet d'une notification préalable au Conseil de la Concurrence avant que les conditions de l'adjudication soient communiquées au public, à condition que la part de marché de l'entreprise ou de l'unité de production des biens ou des services qui seront privatisés soit supérieure à 20% ou que ses chiffres d'affaires⁴⁹

⁴⁸ Sur ce sujet voir en détail, Erdem, p. 707 ss.

⁴⁹ Les ventes aux organisations publiques et aux administrations locales en vertu

dépassent 20 trillion de livres Turques sur le marché du produit concerné, ou alors, si ces valeurs-seuils ne sont pas dépassées, que l'entreprise qui sera privatisée ait une concession⁵⁰ de droit ou de fait (art. 3 al. 1 du communiqué No: 1998/4).

Le communiqué No: 1998/4 diffère du communiqué no. 1997/1 concernant les concentrations en ce qui concerne les seuils obligent les parties à de faire une notification. Le communiqué no. 1998/4, outre le chiffre d'affaires et la part de marché, prévoit également un autre critère: celui de posséder des privilèges. De plus, les seuils prévus par le communiqué 1998/4 sont inférieurs à ceux du communiqué no. 1997/1. Il est difficile de comprendre le *ratio legis* de cette différence de réglementation.

Le but de la notification préalable est de prendre l'avis du Conseil de la Concurrence sur les conséquences de la privatisation sur le marché concerné, les situations des concessions après la réalisation de la privatisation. L'avis du Conseil de la Concurrence est requis pour la préparation des documents de l'adjudication (art. 3 al. 1 du communiqué No: 1998/4).

La notification préalable doit être faite par la Présidence de l'Administration de la Privatisation. Par conséquent, le Communiqué diffère du Communiqué no. 1997/1 concernant les concentrations en ce sens que la partie qui doit faire la notification n'est pas la société intéressée mais l'Administration de la Privatisation même. Il s'agit en fait d'une coopération avec le Conseil de la Concurrence afin d'établir les conditions assurant une concurrence efficace pendant l'adjudication.

Le Conseil de la Concurrence communique son avis dans les 40 jours à compter de la date d'inscription de la notification. Pour for-

d'une réglementation ne sont pas prises en considération dans le calcul du chiffre d'affaires de l'entreprises ou l'unité de production des biens ou de services à privatiser (art. 3 al. 1)

⁵⁰ La concession de droit ou de fait est définie à l'art 3 al 2 comme, étant dû que l'entreprise privatisée est une organisation publique et contribuant à un législation ou à l'application effective, toutes les prérogatives aussi bien que le droit de monopole que les autres entreprises exerçants sur le marché de la produit concernée n'en possèdent pas ou ne peuvent pas en posséder. Les dispositions à propos des droits ou des actions privilégiés de l'Etat qui seront formés par le Haut Conseil de la Privatisation.

muler son avis, il prend en considération l'avis du département professionnel concerné qui sera donné dans les 24 jours ouvrables, et l'avis de la Présidence de l'Administration de la Privatisation qui doit être formulé dans les 6 jours ouvrables, puis il communique son propre avis dans les 10 jours. (art. 4 al. 1, 2, 3 du Communiqué No. 1998/4).

B. LA NOTIFICATION POUR OBTENIR L'AUTORISATION DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Les acquisitions par voie de privatisation soumises à la notification préalable ou même celles qui ne sont pas soumises à une telle notification doivent être notifiées au Conseil de la Concurrence afin d'obtenir son autorisation si les parts totales des parties concernées de la privatisation (l'acquéreur et l'entreprise à privatiser) sur le marché du produit concerné sont supérieures à 25% du marché ou si les chiffres d'affaires totaux sont supérieurs de 25 trillions de livres Turques (art. 5 du communiqué No: 1998/4). Cette notification et l'autorisation du Conseil de la Concurrence sont des conditions de validité pour les opérations prévues par le Communiqué 1998/4. Il s'agit d'une application particulière du Communiqué 1997/1 concernant les concentrations. Le recours pour l'autorisation se fait après la conclusion de l'adjudication mais avant la décision du Haut Conseil de la Privatisation sur le transfert définitif de l'entreprise ou de l'unité de production des biens ou des services qui seront privatisés. Ce recours est fait sur dossiers indépendants pour chaque titulaire de proposition qui prendra place dans le projet de décision du Haut Conseil de la Privatisation présenté par la Présidence de l'Administration de la Privatisation au Haut Conseil de la Privatisation. (art. 6 du communiqué No: 1998/4).

VIII. Les sanctions pénales

Les entreprises réalisant des opérations de fusion ou d'acquisition en violant les dispositions de la LCon peuvent être amenées à payer des amendes. Selon l'art. 16 LCon les cas nécessitant cette mesure sont:

- a) Donner des renseignements faux ou trompeurs
- b) Ne pas notifier les opérations de fusion ou d'acquisition dans les délais nécessaires
- c) S'opposer aux conditions décrites concernant la décision d'une autorisation exceptionnelle.

En cas d'opposition aux comportements édictés à l'art 11 (b), le Conseil fixe un montant de 10% au plus du revenu de l'année comptable précédente.

Le Conseil de Concurrence impose une amende durable en cas d'opposition aux comportements édictés aux articles 9, 11 (b), 13 al. 1 et 15 LCon.

CONCLUSION

Les droits de la concurrence Turc et Suisse prévoient un régime basé sur les valeurs-seuils en ce qui concerne le contrôle des fusions ou des acquisitions comme le Règlement No. 4064/89 du Conseil des Communautés Européennes.

En droit turc, la Loi de la Concurrence détermine deux sortes de valeurs-seuils: la part totale des entreprises sur le marché du produit concerné et les chiffres d'affaires des entreprises participantes. Une telle réglementation montre que le Conseil de Concurrence vise à contrôler absolument ces opérations. Ces valeurs-seuils sont valables pour toutes les entreprises, quel que soit le domaine de leur activité ordinaire. Par contre, la Loi des Cartels prévoit une seule valeur-seuil qui est les chiffres d'affaires des entreprises participant à la concentration. Le droit suisse et le droit turc prévoient différentes valeurs-seuils pour des sociétés exerçant leurs activités dans le domaine des finances. Une telle réglementation est plus convenable parce qu'elle tient compte des particularités de ces différents marchés.

Une autre différence entre les deux droits apparaît au sujet de l'autorisation exceptionnelle. En droit suisse, une autorité supérieure à la Commission de la Concurrence, le Conseil Fédéral, autorise exceptionnellement des concentrations interdites par la Commission de la Concurrence. Dans le droit turc, la seule autorité compétente est

le Conseil de la Concurrence. Le Conseil interdit d'abord l'opération puis l'autorise exceptionnellement. Les motifs pour l'octroi de l'autorisation exceptionnelle sont aussi différents dans les deux droits. La Loi de la Concurrence prévoit que toutes les conditions prévues à l'art. 5 soit réalisées. Il est évident qu'il est très difficile que celles-ci se réalisent ensemble. Par contre, en droit Suisse, une concentration est autorisée exceptionnellement si elle est nécessaire à la sauvegarde des intérêts publics prépondérants. C'est-à-dire qu'un seul motif sauvegardant des intérêts publics prépondérants peut suffire pour qu'une autorisation exceptionnelle de concentration d'entreprises soit octroyée.

TABLE DES ABREVIATIONS

art.	article
BOCCRF	Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (France)
CComT	Code de Commerce turc
cf.	confer
CCT	Code Civil turc
COT	Code des Obligations turc
éd.	édition
édit.	éditeurs
JO	Journal Officiel
LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
LCon	Loi relative à la protection de la concurrence No.4054.
no	numéro(s)
p.	page
ss	et suivant (e)s
T.	Tome

BIBLIOGRAPHIE

Ne figurent dans cette bibliographie que les ouvrages et articles cités plusieurs fois.
Les autres se trouvent avec leurs références complètes dans les notes

Aslan, I, Yılmaz: Rekabet Hukuku ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (Le droit de concurrence et la Loi sur la protection de la concurrence), Bursa 1997.

Erdem, Ercüment: Quelques réflexions sur la Loi de la Privatisation, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s. 689 vd.

Esin, Arif: Rekabet Hukuku (le droit de la concurrence), İstanbul 1998.

Labarde, M.C. Boutard / Canivet, Guy: Droit français de la concurrence, Paris 1994.

Montavon, Pascal: Droit Suisse de la SA, Tome III, Lozan 1997.

Ripert, Georges / Roblot, René: Traité de droit commercial, Tome I, Paris 1996.