

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES  
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

**Table ronde sur le démantèlement des fusions concrétisées : expériences et enjeux –  
Note de référence**

Rédigé par le Secrétariat

23 juin 2022

Le présent document a été rédigé par le Secrétariat de l'OCDE et servira de référence lors de l'examen du Point 6 de la 138e réunion du Comité de la concurrence qui aura lieu du 21 au 23 juin 2022. Les opinions exprimées et les arguments avancés dans ce document ne reflètent pas nécessairement le point de vue officiel de l'Organisation ou des gouvernements de ses pays membres.

D'autres documents relatifs à cette discussion sont disponibles à l'adresse suivante :  
<https://www.oecd.org/daf/competition/disentangling-consummated-mergers-experiences-and-challenges.htm>

Pour toute question relative à ce document, veuillez prendre contact avec M. Antonio Capobianco.  
[courriel : Antonio.CAPOBIANCO@oecd.org].

**JT03494986**

## *Démantèlement des fusions concrétisées : expériences et enjeux*

Note de référence du Secrétariat\*

*L'un des points sur lesquels les régimes de contrôle des concentrations à travers le monde divergent concerne la capacité des autorités de la concurrence à examiner et corriger les effets anticoncurrentiels de fusions menées à bien. Au-delà des pays qui disposent d'un système de notification spontanée laissant aux parties la possibilité de conclure une opération sans obtenir l'accord préalable de l'autorité de la concurrence, seules quelques juridictions ont le pouvoir d'examiner les fusions déjà réalisées et d'imposer des mesures correctives si elles sont susceptibles d'amoinrir la concurrence de manière significative.*

*Ce document s'intéresse aux considérations de politique publique qui interviennent dans l'élaboration de mesures efficaces pour corriger les effets anticoncurrentiels des fusions menées à bien. Il est principalement axé sur les mesures correctives à la disposition des autorités de la concurrence qui ont le pouvoir de contrôler des fusions ex post, qu'elles aient déjà été examinées et autorisées ex ante, ou qu'elles n'aient pas fait l'objet d'une notification parce qu'elles étaient inférieures aux seuils applicables mais ont, une fois achevées, produit des effets anticoncurrentiels.*

*Il en ressort que les pouvoirs de réexamen des fusions menées à bien restent limités, mais qu'un nombre croissant de juridictions envisagent de s'en doter. Si ces pouvoirs comblent un vide juridique en permettant l'examen de fusions réalisées qui n'étaient pas soumises à notification, l'utilisation qui en est faite par les autorités devrait être guidée par certaines considérations importantes. Parmi elles, les effets que les enquêtes menées a posteriori pourraient avoir sur la propension des entreprises à fusionner, notamment si elles s'étendent aux fusions notifiées ; la disponibilité de mesures correctives proportionnées et efficaces, compte tenu de l'état d'avancement de l'intégration des actifs des parties ; et les coûts et bénéfices du démantèlement de la fusion.*

*Ce document étudie la faisabilité des mesures correctives structurelles dans un contexte ex post en s'appuyant sur des exemples tirés d'autres domaines comme les scissions volontaires d'initiative privée, les scissions et mesures correctives dans des cas non liés à des fusions, et les scissions et les séparations structurelles dans les secteurs réglementés. L'étude conclut que, même dans un contexte ex post, les scissions restent la mesure corrective à privilégier, mais que les autorités de la concurrence devraient également envisager des mesures comportementales dont les limites semblent moins importantes lorsqu'elles sont conçues dans un contexte ex post.*

---

\* Le présent document a été établi par Antonio Capobianco et Aura García Pabón (Division de la concurrence de l'OCDE). Il a bénéficié des commentaires d'Ori Schwartz, de Sabine Zigelski et de Paulo Burnier de la Division de la concurrence. Les opinions exprimées et les arguments avancés dans ce document ne reflètent pas nécessairement le point de vue officiel de l'Organisation ou des gouvernements de ses pays membres.

## Table des matières

<b>Démantèlement des fusions concrétisées : expériences et enjeux .....</b>	<b>2</b>
<b>1. Introduction .....</b>	<b>4</b>
<b>2. L'examen des fusions menées à bien : paysage actuel et considérations de politique publique.....</b>	<b>6</b>
2.1. Considérations de politique publique relatives aux pouvoirs d'examen <i>ex post</i> .....	7
2.2. Le traitement des fusions menées à bien dans différents systèmes d'examen des fusions .....	10
2.3. Pouvoirs résiduels dont disposent les autorités de la concurrence pour traiter et éventuellement corriger les effets des fusions concrétisées .....	16
2.4. Propositions de réformes visant à conférer des pouvoirs d'examen des fusions concrétisées aux autorités de la concurrence .....	20
<b>3. Les mesures correctives dans les cas de fusions concrétisées : expériences et difficultés.....</b>	<b>21</b>
3.1. Le recours à des mesures correctives dans un contexte d'examen <i>ex ante</i> des fusions.....	21
3.2. Le recours à des mesures correctives dans les examens <i>ex post</i> de fusions concrétisées .....	25
<b>4. Conclusions .....</b>	<b>51</b>
<b>Notes de fin.....</b>	<b>54</b>
<b>Références .....</b>	<b>59</b>

## Encadrés

Encadré 2.1. Les régimes de notification spontanée des fusions dans les pays de l'OCDE	12
Encadré 2.2. Les pouvoirs d'examen <i>ex post</i> en Suède, au Brésil et au Pérou	14
Encadré 2.3. Aux États-Unis, les fusions achevées et l'article 7 de la loi Clayton	16
Encadré 2.4. Enquête sur le marché bancaire des particuliers au Royaume-Uni	19
Encadré 3.1. Les différents types de mesures correctives : structurelles et comportementales	22
Encadré 3.2. Une préférence pour les mesures structurelles dans les lignes directrices sur les mesures correctives dans le cadre de fusions	24
Encadré 3.3. Les considérations d'intérêt public dans le cas des fusions concrétisées	27
Encadré 3.4. La fusion Magnesium Elektron / Rever aux États-Unis	28
Encadré 3.5. La cession par Jeld-Wen Inc. de Craftsman Manufacturing Inc aux États-Unis	29
Encadré 3.6. Conception du train de mesures correctives dans l'affaire de la fusion Stericycle/Ecowaste au Royaume-Uni	30
Encadré 3.7. États-Unis contre E.I. du Pont de Nemours & Co.	32
Encadré 3.8. Moment retenu pour l'analyse dans d'autres juridictions	33
Encadré 3.9. Le recours à des mesures provisoires dans le cadre de la fusion Facebook/GIPHY au Royaume-Uni	35
Encadré 3.10. La fusion Nestlé/Garoto au Brésil	37
Encadré 3.11. L'étude de Bain & Company sur les facteurs de succès des scissions volontaires	38
Encadré 3.12. Quelques exemples de scissions volontaires réussies	39
Encadré 3.13. L'application de mesures correctives structurelles en vertu du Règlement CE 1/2003	41
Encadré 3.14. Le recours à des mesures correctives structurelles dans le cadre de l'article 2 de la loi Sherman	43
Encadré 3.15. Les mesures correctives adoptées suite à l'enquête de marché sur les aéroports de la BBA au Royaume-Uni	45
Encadré 3.16. Recommandation de l'OCDE concernant la séparation structurelle dans les secteurs réglementés	47
Encadré 3.17. Les séparations structurelles dans les télécommunications	48
Encadré 3.18. Le recours à des mesures correctives comportementales dans la fusion Evanston Northwestern Healthcare Corp. et Highland Park Hospital aux États-Unis	51

No table of figures entries found.

## 1. Introduction

1. En 2014, lors des dernières discussions du Comité de la Concurrence de l'OCDE portant sur les pouvoirs et les expériences des juridictions en matière de contrôle des fusions concrétisées (OCDE, 2014<sub>[1]</sub>), il avait été constaté que seules quelques juridictions disposaient de tels pouvoirs et que, dans ce cas, ils étaient rarement utilisés, à l'exception notable des États-Unis. Un certain nombre de développements récents ont relancé le débat sur, d'une part, l'opportunité d'habiliter les autorités de la concurrence à examiner les effets de fusions menées à bien et à imposer des mesures correctives lorsque, après leur réalisation, elles ont produit des effets anticoncurrentiels sur le marché et, d'autre part, les circonstances dans lesquelles il est recommandé de faire usage de ces pouvoirs.

2. **Premièrement**, plusieurs études ont fait état d'une plus grande concentration du marché<sup>1</sup> et d'une augmentation du pouvoir de marché dans certains secteurs comme l'aviation, le secteur bancaire et le numérique (OCDE, 2018, p. 18<sub>[2]</sub>). Les éléments pointant vers une concentration accrue de certains marchés ou secteurs se doublent de marqueurs d'une hausse des marges et des bénéfices, soulevant l'inquiétude que les marchés dans le monde deviendraient moins concurrentiels (Koltay, Lorincz et Valletti, 2021<sub>[3]</sub>). Plusieurs raisons ont été avancées pour expliquer ces tendances préoccupantes, parmi lesquelles un certain laxisme dans l'application du droit de la concurrence qui a permis aux sociétés d'asseoir, de protéger et d'étendre leur pouvoir de marché par le jeu de fusions, de comportements ou d'accords anticoncurrentiels. Dans ce contexte, il a été proposé d'élargir les possibilités d'examen des fusions *ex post* pour permettre de déconcentrer les marchés et de diluer le pouvoir de marché.

3. **Deuxièmement**, il est apparu que dans un certain nombre de secteurs, et plus particulièrement dans les secteurs pharmaceutique et numérique, certaines opérations n'étaient pas soumises à l'examen des autorités de la concurrence en vertu des systèmes traditionnels de contrôle des fusions. Ces opérations échappent à toute vigilance parce que les éléments déclencheurs d'un contrôle juridictionnel se rapportent généralement au chiffre d'affaires des entreprises impliquées, de sorte que les acquisitions d'entreprises qui ne génèrent pas encore de chiffre d'affaires ne sont pas examinées.<sup>2</sup> Ce vide juridique a surtout été abordé dans le contexte des « acquisitions prédatrices », selon l'expression consacrée, d'entreprises naissantes (OCDE, 2020<sub>[4]</sub>), des opérations dans lesquelles la stratégie de l'acheteur est d'acquérir des concurrents émergents dans le seul but de mettre fin à leurs projets d'innovation et de faire barrage à une concurrence future. Ici encore, un certain nombre de propositions visant à instaurer des pouvoirs d'examen des fusions *ex post* ont été formulées pour remédier à cette lacune en permettant aux autorités de se pencher sur des opérations de ce type, qui ne sont pas soumises à notification mais ont malgré tout pour effet de limiter la concurrence potentielle.

4. **Troisièmement**, des évaluations *ex post* de décisions individuelles de fusion et des analyses rétrospectives menées par différents chercheurs ont soulevé des inquiétudes quant à la tolérance réglementaire généralisée dont jouissaient les fusions [ (OCDE, 2016<sub>[5]</sub>) et (OCDE, 2011<sub>[6]</sub>)]. Ces études ont pointé un taux faramineux de décisions d'autorisation<sup>3</sup>, associé à de faibles taux de réussite des mesures correctives accompagnant les autorisations conditionnelles et l'utilisation croissante (jusqu'à l'excès) de mesures de nature comportementale ; certains observateurs en ont conclu que les autorités de la concurrence avaient failli dans l'exercice de leurs pouvoirs de contrôle des fusions dont l'objet premier est de préserver des structures de marché concurrentielles.<sup>4</sup> Face à ce constat, des pouvoirs de contrôle *ex post* contribueraient à corriger ce qu'ils considèrent comme un échec et à remettre en place des structures de marché plus concurrentielles.

5. Dans ce contexte, la question s'est posée de savoir si les faiblesses des systèmes d'examen *ex ante* devraient être compensées par des pouvoirs d'examen *ex post* plus larges pour permettre aux autorités de remédier aux problèmes de concurrence qui n'étaient pas prévisibles ou qui n'avaient pu être résolus *ex ante* faute de compétence.

6. Le présent document s'appuie sur la note de référence du Secrétariat consacrée aux Enquêtes sur les fusions menées à bien sans déclaration (OCDE, 2014<sup>[1]</sup>). Il sera toutefois plus spécifiquement axé sur le démantèlement des fusions achevées, à savoir sur les mesures correctrices les plus efficaces que peuvent mettre en place les autorités qui ont compétence pour ces fusions. L'analyse se concentrera sur l'examen *ex post* des fusions qui n'ont pas été examinées au préalable par l'autorité de la concurrence parce que les seuils de notification n'étaient pas atteints mais qui ont produit des effets anticoncurrentiels, et sur l'examen *ex post* de fusions qui avaient été examinées et approuvées par une autorité de la concurrence mais qui ont par la suite produit des effets anticoncurrentiels.

7. Malgré l'intérêt que cela présenterait pour son objet, ce document ne reviendra pas dans le détail sur les mesures correctives adoptées par les autorités dans les cas de mise en œuvre prématurée ou de violation d'une obligation de statu quo / d'une clause suspensive imposée lors de l'examen de la fusion. Ces points ont fait l'objet de discussions approfondies lors de la Table ronde de 2018 sur la réalisation anticipée des opérations (OCDE, 2018<sup>[7]</sup>).<sup>5</sup> Il ne traitera pas non plus des interventions généralement décidées par les autorités lorsqu'elles constatent que les parties ont fourni, dans le formulaire de notification ou durant le processus d'examen de la fusion, des informations fausses ou trompeuses qui ont conduit, lors de l'évaluation *ex ante*, à sous-estimer l'atteinte à la concurrence ou à surestimer les bénéfices de la fusion pour le marché.<sup>6</sup>

8. Bien que ce document s'attache principalement aux mesures correctives dans le contexte des fusions concrétisées,<sup>7</sup> il ne traitera pas des mesures que les autorités de la concurrence peuvent imposer lorsque les mesures correctives prises antérieurement ont échoué ou n'ont pas suffi à rétablir une concurrence effective.<sup>8</sup> Ce document n'a pas non plus pour objet de passer en revue l'abondante littérature et les études *ex post* consacrées aux fusions, c'est-à-dire les analyses rétrospectives menées par des autorités de la concurrence ou des chercheurs<sup>9</sup> sur des décisions de fusion particulières ou sur certains types de mesures adoptées par le passé dans le but d'évaluer, a posteriori, leur efficacité et de nourrir les pratiques futures en matière d'application du droit (mesures correctives les plus efficaces, théories du préjudice, efficacité des outils d'évaluation, etc.).

9. Le présent document aboutit aux conclusions suivantes :

- le nombre de pays ayant le pouvoir d'examiner les fusions menées à bien et d'imposer des mesures correctives si ces fusions risquent d'affaiblir la concurrence de manière significative est relativement faible. Parmi eux figurent ceux qui sont dotés d'un système de notification spontanée, et quelques pays qui reposent sur un régime de notification *ex ante* obligatoire. Même aux États-Unis, où les fusions notifiées et autorisées peuvent être soumises à une enquête a posteriori, cette prérogative est rarement utilisée. Cette approche se justifie par des impératifs de sécurité juridique et de caractère définitif des décisions relatives aux fusions, ainsi que par la nécessité de préserver la motivation des entreprises à se lancer dans des activités de fusion et acquisition.
- Toutefois, ces dernières années, un nombre croissant de juridictions ont mis en place des pouvoirs d'examen des fusions a posteriori, tandis que d'autres envisagent de le faire pour remédier au vide juridique qu'entraîne le défaut de compétence pour les fusions qui étaient en-deçà des seuils de notification (et qui n'ont donc pas

été notifiées), mais qui pourraient produire des effets anticoncurrentiels une fois menées à bien.

- Des considérations importantes devraient guider les autorités dans l'exercice de ces pouvoirs. Parmi elles, les effets que les enquêtes menées a posteriori pourraient avoir sur la propension des entreprises à fusionner, surtout si elles s'étendent aux fusions notifiées ; la disponibilité de mesures correctives proportionnées et efficaces, compte tenu de l'état d'avancement de l'intégration des actifs des parties ; et les coûts et bénéfices du démantèlement de la fusion.
- Les cessions constituent également la mesure corrective préférable dans un contexte *ex post*. Leur conception et leur mise en œuvre ne sont pas prohibitives comme le montrent des exemples tirés d'autres domaines comme les scissions spontanées d'initiative privée, les scissions et mesures correctives dans des cas non liés à des fusions, et les scissions et les séparations structurelles dans les secteurs réglementés.
- Il est possible de minimiser les coûts des mesures structurelles dans le cadre de fusions concrétisées et d'accroître l'efficacité de telles mesures si elles sont prises aussi tôt que possible après la mise en œuvre de la fusion ou, si l'intervention est plus tardive, lorsqu'il est encore possible d'identifier des « lignes de démarcation » entre les activités fusionnées. C'est notamment le cas des cessions décidées lors d'examens *ex post* de fusions verticales ou lorsque les préoccupations portent sur des conglomérats.
- Lorsque les mesures structurelles ne constituent pas un remède viable aux problèmes identifiés, les autorités de la concurrence devraient envisager d'adopter des mesures correctives de nature comportementale dont les limites semblent moins importantes lorsqu'elles sont conçues dans un contexte *ex post*.
- Dans ce cas de figure, les mesures comportementales peuvent être adaptées pour corriger les problèmes de concurrence, en particulier sur les marchés matures, sur les marchés sur lesquels les produits sont homogènes et les structures tarifaires simples, et sur ceux qui ne sont pas soumis à des changements de dynamique importants. Ou encore, si elles sont suffisamment souples pour pouvoir être remaniées après un certain temps afin de prendre en compte les évolutions intervenues sur le marché.

10. Ce document s'articule de la façon suivante : son **chapitre 2** présente le paysage actuel des pouvoirs d'examen des fusions concrétisées et les considérations de politique publique qui s'y rattachent. Le **chapitre 3** expose les pratiques en matière de mesures correctives visant des fusions concrétisées et les difficultés que ces mesures peuvent poser en distinguant entre les mesures de nature structurelle et comportementale, et présente les enseignements tirés de plusieurs scénarios de scission ainsi que divers aspects liés à la mise en œuvre des trains de mesures adoptés. Enfin, le **chapitre 4** livre les principales conclusions de l'ensemble.

## 2. L'examen des fusions menées à bien : paysage actuel et considérations de politique publique

11. Alors que les pouvoirs exprès pour examiner les fusions achevées restent rares, les discussions récentes et les expériences de quelques juridictions qui envisagent de s'en doter ont donné un nouvel élan à la question. Ce chapitre expose les arguments de politique publique en faveur ou à l'encontre de pouvoirs d'examen *ex post* des fusions, qui sont de

nature à influencer le débat sur les mesures correctives mises à la disposition des autorités, dont traitera le chapitre 3. Après une brève présentation de la façon dont les différents systèmes de contrôle des fusions appréhendent les fusions concrétisées, il se penchera sur les récentes propositions visant à doter les autorités de la concurrence de tels pouvoirs ; enfin, il s'intéressera aux autres outils que peuvent utiliser les autorités pour agir sur les effets des fusions concrétisées (et éventuellement y remédier) en l'absence de pouvoirs de contrôle des fusions *ex post*.

## 2.1. Considérations de politique publique relatives aux pouvoirs d'examen *ex post*

12. Les multiples arguments de politique publique en faveur ou contre l'octroi de pouvoirs d'examen *ex post* aux autorités de la concurrence pour les fusions concrétisées ont fait l'objet d'une littérature abondante. Si le propos de ce document n'est pas d'étudier ces arguments dans le détail, il convient de les rappeler étant donné leur pertinence potentielle pour la discussion qui suivra sur les mesures correctives optimales dont disposent les autorités habilitées à examiner les fusions concrétisées.

### 2.1.1. Arguments de politique publique en faveur de pouvoirs d'examen des fusions *ex post*

13. Le principal argument, et peut-être le plus évident, en faveur de pouvoirs d'examen des fusions *ex-post* est qu'ils permettent aux autorités de la concurrence d'obtenir de **meilleurs résultats sur le plan de concurrence** étant donné l'incertitude inhérente à une analyse *ex ante* et à la faculté de prédire les structures de marché et le comportement des entreprises. L'examen d'une fusion après sa réalisation réduit le **risque d'erreur de jugement** lié au caractère prédictif de l'analyse effectuée lors d'un examen *ex ante* (Kwoka et Valletti, 2021, p. 7<sub>[8]</sub>). Les effets réels d'une fusion sur la concurrence peuvent être bien plus nocifs que ce qui avait été prévu. Dans ce cas, la remise en question *ex post* de la fusion préalablement examinée et autorisée pourrait permettre de remédier aux atteintes à la concurrence (Patel, 2020<sub>[9]</sub>). En d'autres termes, l'analyse de l'autorité de la concurrence s'étendrait de l'évaluation prédictive à l'observation des effets tangibles de l'opération sur le marché, ce qui pourrait être particulièrement utile sur les marchés dynamiques dont un examen *ex ante* risque de ne pas pouvoir appréhender toutes les évolutions futures.<sup>10</sup> Lorsque ces pouvoirs viennent s'ajouter à ceux d'un examen *ex ante*, il devient possible de corriger les erreurs de jugement et d'analyse et, partant, d'escompter de meilleurs résultats.<sup>11</sup>

14. L'existence de pouvoirs d'examen *ex post* contribue également à **alléger la charge administrative et réglementaire** tant de l'autorité de la concurrence que des parties à la fusion en ce qu'elle permet de relever les seuils de notification des fusions, et donc de limiter le nombre de dossiers constitués par les entreprises et étudiés par les autorités. Elle offre également une « soupape de sécurité », les opérations pouvant faire l'objet d'un examen même lorsqu'elles ne sont pas soumises à notification.<sup>12</sup> L'efficacité générale des systèmes de notification s'en trouve améliorée, sans laisser de vide juridique. Pour citer l'Association du barreau américain, « *Il y a toujours cette contrainte d'assurer que les seuils de notification ne soient pas si élevés qu'ils permettent à de trop nombreuses opérations inférieures au seuil mais potentiellement problématiques d'échapper à tout contrôle. Cette contrainte augmente lorsqu'il n'existe aucune possibilité de procéder à un examen ex post, et se fait encore plus forte si seules les opérations soumises à notification peuvent être remises en question, que ce soit avant ou après leur réalisation* » (ABA Antitrust Law Section, 2020<sub>[10]</sub>).

15. En outre, contrairement aux contrôles *ex ante*, les autorités de la concurrence bénéficient lors des enquêtes sur des fusions achevées d'un ***recul sur la réponse du marché*** qui leur permet d'analyser les effets réels de l'opération sur la concurrence (Patel, 2021<sup>[11]</sup>). Elles peuvent ainsi définir le marché plus précisément, observer la façon dont les prix, les quantités et les autres variables de la concurrence ont évolué, ou encore déterminer avec plus d'exactitude, entre autres choses, les effets sur l'innovation ou les tendances d'entrée et de sortie du marché. À cet égard, l'analyse a posteriori peut s'appuyer sur davantage de preuves tangibles des effets sur la concurrence au sein du marché. Il est donc plus simple pour les autorités d'établir des théories du préjudice et, dans l'hypothèse d'une enquête post-fusion, de concevoir des mesures correctives optimales (Kwoka et Valletti, 2021, p. 7<sup>[8]</sup>). L'information est déterminante de l'efficacité du contrôle des fusions étant donné la nécessité d'évaluer correctement l'impact d'une opération pour les consommateurs. La faculté d'accéder à de telles informations après la réalisation de la fusion facilite grandement la tâche des autorités de la concurrence.

16. La possibilité d'examiner les fusions a posteriori a également un ***effet disciplinaire sur le comportement de l'entité fusionnée sur le marché***. La menace que son comportement après la fusion puisse déclencher une enquête *ex post* (avec l'éventualité de mesures correctives, et notamment de cessions, que cela implique) peut la dissuader efficacement de se livrer à des comportements anticoncurrentiels (Nevo, 2021, p. 4<sup>[12]</sup>). Ces avantages se traduisent par des effets positifs pour le marché et le consommateur en permettant aux autorités de la concurrence de mieux s'attaquer à une hausse de pouvoir de marché et à une baisse de la concurrence sur les marchés dont la fusion a fortement modifié la structure concurrentielle.

17. Les tenants de ces pouvoirs citent, parmi les avantages d'un examen des fusions déjà réalisées, une précision et une certitude accrues dans l'analyse de l'opération et de ses effets sur le marché, des informations et des éléments de preuve plus importants en quantité et en qualité, et des effets positifs sur le comportement des parties après l'opération. En fin de compte, les autorités seraient mieux à même de protéger les consommateurs et le processus concurrentiel en veillant à ce que les fusions n'entraînent pas des changements structurels restreignant la concurrence effective sur le marché.

### ***2.1.2. Arguments de politique publique contre des pouvoirs d'examen des fusions ex post***

18. Des observateurs ont soulevé que la faculté pour les autorités de la concurrence d'examiner les fusions après leur réalisation pouvait comporter des difficultés et inconvénients pour l'autorité de la concurrence, l'entreprise et le consommateur.

#### ***Inconvénients pour les autorités de la concurrence***

19. L'une des difficultés auxquelles peuvent se heurter les autorités de la concurrence disposant de pouvoirs d'examen ex-post concerne la ***détection des cas nécessitant une enquête***. L'autorité devrait assurer une surveillance des activités de fusion afin de déterminer si une fusion non notifiée est susceptible d'entraîner une diminution substantielle de la concurrence. Il lui faudrait donc dédier des ressources à la veille des renseignements pour passer en revue les sources d'informations sur les fusions non notifiées ou non soumises à notification qui sont susceptibles de produire des effets anticoncurrentiels, et les signaler comme cibles potentielles d'une enquête. Si ces prérogatives quant à la détection des données sur les fusions non notifiées sont courantes dans les pays dotés d'un système de notification spontanée (voir chapitre 2.2.1), elles sont plus rares dans les systèmes de notification obligatoire *ex ante* où les ressources sont majoritairement consacrées à l'examen des notifications.

20. De plus, les données et éléments probants disponibles sur les effets anticoncurrentiels sur le marché peuvent ne pas être suffisants pour contester une opération achevée. Sans compter qu'il peut être coûteux et difficile de s'attaquer à une fusion après sa réalisation, sachant que l'autorité de la concurrence devra apporter la preuve du *lien de causalité* entre l'opération considérée et l'atteinte à la concurrence. Selon (Muris et Nuechterlein, 2020, pp. 30-31<sub>[13]</sub>), l'autorité de la concurrence aurait à prouver que le monde « sans », c'est-à-dire tel qu'il serait si l'autorité avait fait obstacle à la fusion avant sa réalisation, serait probablement plus concurrentiel que le monde tel qu'il est maintenant que la fusion s'est produite. Il lui faudrait également démontrer que les problèmes constatés ne sont pas la conséquence naturelle d'autres dynamiques ou évolutions du marché, mais bien la conséquence directe de la réalisation de la fusion. Établir ce lien de cause à effet peut se révéler particulièrement ardu dans les marchés dynamiques où les changements de structure et de gouvernance des entreprises interviennent rapidement et résultent d'une multiplicité de facteurs exogènes qui peuvent ne pas être liés à l'opération examinée<sup>13</sup> (Sher, 2004, p. 97<sub>[14]</sub>).

21. Étant donné la nécessité d'établir un lien manifeste entre l'opération et les distorsions de concurrence, l'examen de fusions concrétisées *peut donner lieu à des enquêtes/contentieux longs et fastidieux* (Givensky, 2013, p. 89<sub>[15]</sub>). Cette perspective doit être soigneusement étudiée par les autorités avant de décider d'attaquer ou non la fusion. Par exemple, l'enquête puis la procédure qui ont opposé d'abord la FTC puis le ministère de la Justice américain à Microsoft et se sont étirées des années 1990 jusqu'au début des années 2000, visaient la scission de la société. Même si l'affaire a été majoritairement considérée comme une victoire pour les autorités de la concurrence (ainsi que pour l'économie), cette scission n'a pas eu lieu. La hiérarchisation des affaires revêt donc une importance particulière dans les examens *ex post* pour que les autorités utilisent au mieux leurs ressources (OCDE, 2014, p. 17<sub>[1]</sub>).

22. Autre inconvénient potentiel pour les autorités : le risque que leur intervention aboutisse à des *mesures correctives sous-optimales* étant donné qu'il n'est pas toujours possible de restaurer le niveau de concurrence qui prévalait avant la fusion (Patel, 2020, pp. 33-34<sub>[9]</sub>). Plus le temps a passé entre la clôture de la fusion et l'ouverture de l'enquête post-fusion, plus ce risque augmente. Les difficultés liées aux mesures correctives seront abordées au chapitre 3.<sup>14</sup>

### *Inconvénients pour les entreprises*

23. L'une des grandes préoccupations que suscite l'attribution de pouvoirs d'examen des fusions concrétisées aux autorités de la concurrence a trait à leurs conséquences directes pour les entreprises et leur propension à s'engager dans des processus de fusion et d'acquisition (OCDE, 2014, p. 18<sub>[1]</sub>). La simple existence de pouvoirs d'examen a posteriori met à mal l'un des aspects majeurs du contrôle des fusions : le caractère définitif des décisions sur les fusions, et la certitude juridique qu'une opération non soumise à notification ou qui a été autorisée par une autorité ne fera pas ultérieurement l'objet d'un examen (ABA, 2018, p. 2<sub>[16]</sub>). L'impossibilité de prédire si une autorité prendra des mesures contre une fusion achevée pourrait *brider les incitations et la motivation des entreprises à s'engager dans des activités de fusion*, malgré les gains d'efficience qui en découleraient (Sher, 2004, p. 63<sub>[14]</sub>). Des comportements favorables à la concurrence pourraient ainsi être freinés s'il existe un risque qu'une autorité de la concurrence puisse les considérer comme abusifs/anticoncurrentiels.

24. De plus, la menace qu'une fusion soit contestée après sa réalisation et que des mesures correctives soient prises en conséquence *réduit la motivation à investir dans le développement produit* (Sher, 2004, p. 98<sub>[14]</sub>). Une enquête *ex post*, surtout si elle est

ouverte longtemps après la clôture de l'opération, accroît le risque de perdre le développement produit effectué depuis la fusion. En outre, une intervention de l'autorité contre une fusion concrétisée peut désavantager l'entité fusionnée vis-à-vis de ses concurrents qui ont poursuivi leur propre développement produit.<sup>15</sup>

25. Dans les hypothèses dans lesquelles les fusions qui n'atteignent pas les seuils de notification peuvent également être soumises à un examen *ex post*, l'**accroissement des coûts de l'opération** est également évident. Les candidates à la fusion devraient se demander s'il est judicieux de déclarer spontanément l'opération pour limiter les incertitudes et peser l'intérêt d'une telle déclaration au vu de l'augmentation du coût de l'opération (Potter, Jones et McElwee, 2014<sub>[17]</sub>).

#### *Inconvénients pour les consommateurs*

26. Enfin, le contrôle des fusions *ex post* peut avoir des inconvénients pour les consommateurs en général. Un contrôle *ex post* suivi de mesures correctives, quelle que soit leur nature, pourrait en effet perturber la dynamique du marché (Givensky, 2013, p. 96<sub>[15]</sub>) et, suivant leur ampleur, entraîner **une perte des avantages pour le consommateur** du fait de l'annulation des gains d'efficacité qu'avait engendrés l'opération initiale. La perte de compétitivité pourrait également se traduire par une baisse de la capacité et de la volonté de l'entreprise fusionnée d'opérer efficacement sur le marché, d'investir et d'innover, avec à la clé des pertes potentielles en ce qui concerne le bien-être du consommateur et l'efficacité sur le marché (Sher, 2004, p. 98<sub>[14]</sub>).

## **2.2. Le traitement des fusions menées à bien dans différents systèmes d'examen des fusions**

27. Les discussions qui ont porté en 2014 sur les fusions concrétisées (OCDE, 2014<sub>[1]</sub>) ont clairement fait apparaître l'importance de faire la distinction entre les pays dotés d'un système de notification **spontanée** des fusions et ceux qui appliquent un système de notification préalable **obligatoire**.<sup>16</sup> Dans un nombre croissant de pays qui ont opté pour la notification obligatoire, et plus particulièrement pour une notification avant la réalisation de la fusion, l'autorité de la concurrence dispose de pouvoirs exprès pour examiner des fusions concrétisées et imposer des mesures correctives si elles ont conduit à une baisse significative de la concurrence. Un petit nombre de pays ont par ailleurs adopté un système de notification **hybride** qui prévoit à la fois la notification obligatoire des opérations qui dépassent les seuils de notification, et la notification spontanée des fusions inférieures à ces seuils.<sup>17</sup> La plupart des considérations abordées dans ce document s'y appliquent également.

### **2.2.1. Les fusions concrétisées dans les systèmes de notification spontanée et obligatoire**

28. Dans un système de notification **spontanée** (voir Encadré 2.1), les parties qui fusionnent n'ont pas l'obligation de déclarer leur opération à l'autorité compétente, mais cette dernière peut se saisir de l'affaire et l'examiner avant ou après sa clôture afin de déterminer si elle produit des effets anticoncurrentiels. Dans ce cas, les mesures correctives et l'annulation de l'opération après sa clôture comptent généralement parmi les prérogatives de l'autorité de la concurrence.

29. La possibilité d'une analyse *ex post* est donc une caractéristique inhérente aux systèmes reposant sur la notification spontanée. Toutefois, aucun des pays dotés d'un système fondé sur la notification spontanée ne permet à l'autorité de contrôler d'office, *ex post*, une opération qui lui a été notifiée avant sa clôture ou qu'elle a déjà examinée avant

ou après sa réalisation. Les fusions auxquelles elle a donné son feu vert ne peuvent être réexaminées que dans des hypothèses spécifiques, par exemple s'il est fait appel de la décision de l'autorité devant un tribunal, ou si le dossier accompagnant la notification spontanée contenait des informations fausses ou trompeuses.

30. Pour ne pas faire peser une charge administrative excessive sur les entreprises, les systèmes reposant sur la notification spontanée limitent le contrôle réglementaire aux opérations qui le justifient. Cependant, le fait que les parties qui fusionnent décident que leur opération ne justifie pas une notification spontanée ne signifie pas que l'autorité ne s'en saisira pas. Dans les pays dotés d'un système de notification spontanée, les autorités de la concurrence ont l'obligation d'assurer une veille des activités de concentration pour déterminer si une fusion non notifiée risque de porter une atteinte substantielle à la concurrence. Des services de renseignement dédiés sont chargés de détecter les activités de fusion non notifiées et de décider ou non de les remettre en question. Ainsi, au Royaume-Uni, la CMA décidera d'enquêter sur une fusion non notifiée dès lors que, selon elle, il existe un risque raisonnable qu'elle réponde aux critères du test de renvoi à une enquête approfondie de phase 2 (c'est-à-dire qu'il est vraisemblable qu'une enquête conclue à une situation de fusion suscitant une éventualité réaliste de baisse substantielle de la concurrence).<sup>18</sup>

### Encadré 2.1. Les régimes de notification spontanée des fusions dans les pays de l'OCDE

Dans le paysage international, rares sont les systèmes de contrôle des fusions reposant sur une notification spontanée. Parmi les Membres de l'OCDE, trois pays ont opté pour un régime de ce type (l'Australie, la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni). D'autres pays non membres de l'OCDE en sont dotés, dont le Panama et Singapour.

L'**Australie** offre deux options pour la notification spontanée d'une opération : l'examen informel de la fusion et l'autorisation. Les parties à la fusion peuvent demander à être officiellement protégées contre toute action judiciaire pour violation de l'article 50 de la Loi de 2010 sur la concurrence et la consommation en déposant une demande d'autorisation de la fusion. Mais l'option la plus fréquemment utilisée par les parties à la fusion est l'examen informel, qui leur permet d'obtenir l'avis informel de l'ACCC (Australian Competition and Consumer Commission) sur la probabilité que la fusion soit contraire à l'article 50 (OCDE, 2014, p. 2<sub>[18]</sub>) et (OCDE, 2018<sub>[19]</sub>). Dans les Lignes directrices sur les fusions publiées par l'ACCC, l'autorité énonce un ensemble de critères pour informer les parties à une fusion sur les cas dans lesquels il est recommandé de notifier l'opération. Les parties désireuses de fusionner sont encouragées à notifier l'opération à l'ACCC lorsque leurs produits sont soit des substituts soit des compléments, et que l'entreprise fusionnée détiendra, après la fusion, une part de marché de plus de 20 % sur le(s) marché(s) concerné(s) (ACCC, 2008, p. 11<sub>[20]</sub>).

De manière similaire, en **Nouvelle-Zélande**, la Commerce Commission a fixé des seuils indicatifs pour la notification des fusions dans ses Lignes directrices sur les fusions et acquisitions (Commission du commerce néozélandaise, 2019, p. 7<sub>[21]</sub>) et (OCDE, 2018<sub>[22]</sub>). Ces lignes directrices indiquent les cas dans lesquels une fusion est moins susceptible de poser des problèmes de concurrence : 1) lorsque, après la fusion, les trois entreprises les plus importantes détiennent une part de marché combinée inférieure à 70 % et que la part de l'entreprise fusionnée est inférieure à 40 % ; ou 2) lorsque, après la fusion, les trois entreprises les plus importantes détiennent une part de marché combinée égale ou supérieure à 70 % et que la part de l'entreprise fusionnée est inférieure à 20 %.

Enfin, au **Royaume-Uni**, la loi de 2002 sur les entreprises recommande de notifier les fusions répondant à un ou plusieurs des critères suivants : le chiffre d'affaires au Royaume-Uni associé à l'entreprise acquise est supérieur à 70 millions GBP ou les deux entreprises fournissent ou se procurent au moins 25 % des mêmes biens ou services fournis au Royaume-Uni (ou une part substantielle) et la fusion augmente cette part de l'offre (CMA, 2021, p. 5<sub>[23]</sub>) et (OCDE, 2018<sub>[24]</sub>).

31. La grande majorité des régimes de contrôle des fusions dans le monde prévoient la notification obligatoire *ex ante* des opérations qui atteignent certains seuils fondés sur des critères comme le chiffre d'affaires, les actifs, la part de marché, ou la valeur de l'opération. Dans les pays dotés d'un système de notification préalable **obligatoire**, l'autorité de la concurrence a le pouvoir de contrôler les opérations qui atteignent certains seuils de compétence, et les parties qui fusionnent ont l'obligation de notifier les opérations qui relèvent de la compétence de l'autorité de la concurrence.<sup>19</sup> Le dossier doit être déposé avant la clôture de l'opération, et la réalisation de la fusion est suspendue jusqu'à son approbation par l'autorité (c'est l'effet suspensif de la notification).<sup>20</sup>

32. Les systèmes de notification préalable obligatoire reposent sur deux caractéristiques essentielles :

1. les opérations inférieures aux seuils de notification échappent totalement au contrôle des fusions car elles sont présumées ne pas produire d'effets anticoncurrentiels ;
2. dès lors qu'une fusion a reçu le feu vert de l'autorité compétente, elle ne peut faire l'objet d'un nouvel examen au regard du droit des fusions, sauf dans certaines hypothèses spécifiques (voir chapitre 2.3).<sup>21</sup>

33. Par conséquent, dans la plupart des juridictions dotées d'un système de notification préalable obligatoire, il n'y a pas place pour des examens *ex post* de fusions notifiées, à moins que cette possibilité ne soit expressément prévue par le droit des fusions.<sup>22</sup>

### ***2.2.2. Les juridictions expressément dotées de pouvoirs d'examen des fusions concrétisées***

34. Certaines juridictions dotées de pouvoirs d'examen des fusions *ex post* ont donné compétence à leur autorité de la concurrence pour examiner des opérations inférieures aux seuils ou exemptées de l'obligation de notifier pour tout autre motif. Ces pouvoirs sont considérés comme offrant une « soupape de sécurité » au système de contrôle des fusions en ce qu'ils permettent à l'autorité de la concurrence d'agir contre des opérations anticoncurrentielles qui, en principe, ne relèveraient pas de sa compétence. Parmi les pays qui ont fait ce choix figurent le Brésil, le Canada, le Chili, l'Irlande, le Japon, la Corée, la Lettonie, la Lituanie, le Mexique, la Norvège, le Pérou, la Slovénie et la Suède (voir Encadré 2.2). Généralement, l'exercice de ces pouvoirs est soumis à des conditions. Dans plusieurs juridictions, l'autorité de la concurrence peut examiner une fusion non notifiée lorsque les parties étaient en-deçà des seuils individuels mais qu'elles atteignent le seuil combiné, ou lorsque des éléments attestent des effets potentiellement anticoncurrentiels de l'opération. Dans la plupart des cas, les pouvoirs conférés à l'autorité de la concurrence pour revenir sur des fusions achevées sont limités dans le temps, et leur délai d'exercice peut aller de trois mois à compter de l'achèvement de la fusion (c'est le cas de la Norvège) à cinq ans (en Corée).

## Encadré 2.2. Les pouvoirs d'examen *ex post* en Suède, au Brésil et au Pérou

En **Suède**, si aucune des parties à la fusion n'atteint les seuils individuels mais qu'elles atteignent les seuils combinés, elles peuvent décider de notifier spontanément l'opération ; l'autorité de la concurrence peut également leur imposer la notification lorsque des motifs particuliers le justifient.<sup>1</sup> Parmi ces motifs figurent l'acquisition de petits concurrents lors de fusions ultérieures, ou l'acquisition d'une entreprise nouvellement établie sur un marché concentré dès lors que cette entreprise a le potentiel de compromettre la position de l'acquéreur dans le futur (entreprise considérée comme un « franc-tireur ») (Autorité suédoise de la concurrence, 2018<sub>[25]</sub>). Des plaintes émanant de clients ou de concurrents peuvent également constituer des motifs pour requérir une notification (OCDE, 2014<sub>[26]</sub>). L'autorité de la concurrence suédoise rapporte que, depuis 1997, elle a demandé à des entreprises de notifier leur opération dans six affaires.<sup>2</sup>

Au **Brésil**, depuis 2012, l'autorité de la concurrence (la CADE) a également le pouvoir d'examiner des fusions qui n'atteignent pas les seuils de notification. Les pouvoirs de la CADE pour examiner une fusion non soumise à notification se prescrivent par un an à compter de la réalisation de la fusion. L'autorité s'est vu accorder ces pouvoirs en raison de la taille du pays et de la possibilité que des fusions réalisées à l'échelle régionale et produisant des effets anticoncurrentiels puissent échapper à sa vigilance.<sup>3</sup> Entre 2012 et 2019, la CADE n'a fait usage de ces pouvoirs que dans trois affaires.<sup>4</sup> Deux d'entre elles se sont soldées par une autorisation sans conditions (OCDE, 2019, pp. 84-85<sub>[27]</sub>), tandis que la dernière en date a été autorisée sous réserve que l'entreprise fusionnée ne fasse pas l'acquisition de rivaux dans les deux années suivantes et qu'elle notifie à la CADE toute opération qui interviendrait pendant cette période.

Plus récemment, en 2021, le **Pérou** a promulgué une loi relative à l'examen des fusions anticoncurrentielles<sup>5</sup> qui institue pour la première fois un régime général de contrôle des fusions. Le secrétariat technique de la Commission de la concurrence déloyale de l'INDECOPI peut se saisir d'office de cas dans lesquels il existe des motifs raisonnables de penser que l'opération de fusion crée une position dominante ou porte atteinte à la concurrence effective sur le marché en question. La loi prévoit également une possibilité de notification spontanée lorsque les entreprises qui fusionnent n'atteignent pas les seuils de notification.

Note :

<sup>1</sup> Chapitre 4, article 7 de la loi suédoise sur la concurrence.

<sup>2</sup> Depuis 2010, l'autorité a enregistré 20 notifications spontanées, dont neuf au cours des cinq dernières années (2017-2021), ce qui représente 2 % du nombre total de fusions notifiées au cours de cette période. La dernière notification spontanée en date a été effectuée en 2021 par *Conaxess Trade Sweden AB* lors de l'acquisition de *Swedish Movement Group*. Les deux sociétés opéraient sur le marché de la distribution de produits de grande consommation en Scandinavie. Voir : (Autorité suédoise de la concurrence, 2022<sub>[28]</sub>)

<sup>3</sup> Article 88.7 de la loi n° 12 529 de 2011.

<sup>4</sup> Ces affaires sont : (i) le dossier de fusion n° 08700.006497/2014-06 *Greca Distribuidora/Betunel/ Centro Oeste Asfaltos* ; (ii) le dossier de fusion n° 08700.005959/2016-21 *Mallinckrodt Group / Guerbet* ; et (iii) le dossier de fusion n° 08700.005972/2018-42 *All Chemistry / SM Empreendimentos*.

35. C'est aux États-Unis que les pouvoirs des autorités quant à l'examen de fusions *ex post* sont les plus larges (voir Encadré 2.3). Le système américain de contrôle des fusions confère en effet à l'autorité de la concurrence un pouvoir général d'enquête sur toute opération passée, qu'elle ait été notifiée (et autorisée) ou non, et indépendamment de l'ancienneté de la fusion.<sup>23</sup> Si les autorités sont habilitées à remettre en cause des fusions préalablement examinées et autorisées, il est extrêmement rare qu'elles le fassent. Selon (Patel, 2021<sup>[11]</sup>), depuis 2001, les autorités américaines ont exercé un recours *ex post* contre des fusions autorisées dans quatre affaires.

36. La loi Hart-Scott Rodino, qui définit des seuils de déclenchement de l'obligation de notification, permet également aux instances chargées de l'application du droit de la concurrence fédéral et des États d'enquêter sur des opérations qui ne sont pas soumises à notification en vertu de ladite loi ou que les parties ont déjà menées à bien. L'article 7 de la loi Clayton permet quant à lui aux autorités américaines de la concurrence de remettre en question une fusion en démontrant qu'elle pourrait avoir réduit la concurrence de manière substantielle, et ce même si l'opération a déjà fait l'objet d'un contrôle par le passé et n'a pas été contestée. Ces pouvoirs ne sont pas limités dans le temps, de sorte que les autorités compétentes peuvent examiner toute transaction passée, même si de nombreuses années se sont écoulées depuis leur concrétisation. Le cas des États-Unis n'a pas d'équivalent.

### Encadré 2.3. Aux États-Unis, les fusions achevées et l'article 7 de la loi Clayton

Aux États-Unis, l'article 7 de la loi Clayton de 1914<sup>1</sup> habilite expressément les autorités de la concurrence à enquêter sur les fusions concrétisées et à les contester lorsqu'elles sont susceptibles de réduire la concurrence de manière substantielle. En revanche, ce n'est qu'en 1976, année de la promulgation de la loi Hart-Scott-Rodino, que les entreprises ont été soumises à une obligation de notification à partir de certains seuils avant de clôturer l'opération. La loi HSR a permis de réduire considérablement le nombre d'enquêtes post-fusion, sans pour autant éliminer ce type de contrôle. En vertu de l'article 7(A) I de la loi HSR, le fait que les autorités aient examiné et autorisé une fusion notifiée ne leur interdit pas de contester l'opération ultérieurement.

En 2001, les seuils instaurés par la loi HSR ont été revus à la hausse, ce qui a conduit à une augmentation des actions post-fusion (Akin Gump Strauss Hauer & Feld, 2012<sub>[29]</sub>). En 2012, les fusions achevées ont représenté près d'1/5<sup>e</sup> du total des fusions contestées par la Federal Trade Commission (J. Thomas Rosch, 2012<sub>[30]</sub>) et, au cours des dernières années, elles sont devenues l'un des domaines prioritaires auxquels sont consacrées les ressources des autorités compétentes (Givensky, 2013<sub>[15]</sub>). Le dernier décret visant à promouvoir la concurrence dans l'économie américaine, adopté en 2021 (Biden JR, 2021<sub>[31]</sub>), réaffirme le droit de contester des opérations réalisées en violation du droit de la concurrence.

Parmi les recours les plus récents visant une fusion autorisée figure celui intenté en 2017 par le ministère de la Justice américain dans l'affaire Parker-Hannifin/Clarcor, qui portait sur les produits de filtres à carburant pour l'aviation (Ministère, 2017<sub>[32]</sub>), alors que l'opération avait été implicitement acceptée par l'autorité qui avait laissé la période suspensive expirer. Parker-Hannifin a conclu avec le ministère de la Justice un accord prévoyant la cession de certains actifs qui étaient à l'origine de l'atteinte à la concurrence invoquée (Ministère, 2017<sub>[33]</sub>).

Note :

<sup>1</sup> Article 7 de la loi Clayton, Titre 15 du Code des États-Unis, § 18.

### 2.3. Pouvoirs résiduels dont disposent les autorités de la concurrence pour traiter et éventuellement corriger les effets des fusions concrétisées

37. En 2014, l'OCDE faisait déjà le constat que, même dans les juridictions dépourvues de pouvoirs d'examen *ex post*, les fusions qui se situaient en-deçà des seuils de notification n'échappaient pas nécessairement à un examen au regard du droit de la concurrence. Suivant la façon dont sont structurées et appliquées les autres dispositions de la législation, le vide juridique concernant les fusions non soumises à notification peut parfois être comblé par des pouvoirs résiduels en matière de concurrence. L'OCDE relevait également des limites importantes à l'application des dispositions générales du droit de la concurrence qui faisaient que ces solutions étaient rarement applicables en pratique (OCDE, 2014, p. 9<sub>[11]</sub>).

38. Dans les juridictions dépourvues d'un régime de contrôle des fusions, la question de savoir si les fusions étaient soumises aux dispositions générales interdisant les accords anticoncurrentiels entre concurrents et les abus de position dominante<sup>24</sup> était un débat pendant de nombreuses années. Aujourd'hui, ce débat est quelque peu obsolète<sup>24</sup> étant donné que de nombreux pays sont expressément dotés de pouvoirs de contrôle des fusions.<sup>25</sup> Il peut

cependant éclairer la façon dont les fusions non soumises à notification pourraient être contrôlées en l'absence de pouvoirs d'examen *ex post*. Si les dispositions relatives aux ententes entre concurrents et aux abus de position dominante ont été considérées comme applicables, au moins dans leur principe, aux accords de fusion par lesquels une entreprise fait l'acquisition d'un concurrent,<sup>26</sup> le débat s'est surtout concentré sur les limites importantes que peuvent comporter des dispositions conçues pour contrôler le comportement des entreprises lorsqu'il s'agit de les transposer à des opérations structurelles telles que les fusions.

39. Ces limites, qui seraient également valables si une autorité de la concurrence venait à envisager cette possibilité pour examiner des fusions achevées, sont de différentes natures.

40. Les dispositions de lutte contre les **abus de position dominante** requièrent par exemple qu'il existe déjà une position dominante et que celle-ci puisse être renforcée par la disparition d'un concurrent suite à la fusion. L'application de ce type de dispositions se heurte également à une autre limite de taille qui concerne les mesures correctives dont dispose l'autorité de la concurrence, étant donné que seules quelques-unes d'entre elles ont compétence pour imposer ce type de mesures (notamment lorsqu'elles sont de nature structurelle) dans les affaires d'abus de position dominante pour rétablir la concurrence sur le marché.<sup>27</sup> La plupart des autorités de la concurrence ne peuvent prendre que des ordonnances de cesser et de s'abstenir et infliger des sanctions pécuniaires qui, hormis leur effet dissuasif, ne permettent pas de démanteler l'entité fusionnée (OCDE, 2006<sub>[34]</sub>).

41. Pour ce qui est du recours aux dispositions sur les **accords anticoncurrentiels**, l'autorité pourrait seulement contrôler les accords de fusion entre des concurrents réels ou potentiels, mais pas les situations dans lesquelles les parties à l'opération n'auraient aucune relation horizontale ou verticale. Ce serait le cas, par exemple, des fusions conglomerales. Comme dans les affaires d'abus de position dominante, il n'est généralement pas possible d'appliquer des mesures correctives si une atteinte est constatée, seulement des amendes et des injonctions de cessation. En d'autres termes, ces interventions ne permettraient pas de rétablir le niveau de concurrence qui existait avant la fusion.

42. Depuis 2014, lorsque l'OCDE a débattu pour la dernière fois des pouvoirs des autorités de la concurrence en matière d'examen des fusions menées à bien, le Secrétariat avait approfondi sa connaissance d'un autre outil de l'arsenal des autorités de la concurrence, à savoir les études et les enquêtes de marché. Ces travaux avaient permis de dégager les possibilités offertes par ce type d'outil aux autorités souhaitant procéder à une analyse rétrospective de la concurrence (y compris des fusions achevées) lors de l'évaluation de la qualité et de l'intensité de la concurrence dans des marchés ou des secteurs donnés.

43. L'**étude de marché** consiste pour les autorités de la concurrence à évaluer l'efficacité du jeu de la concurrence et à identifier des mesures qui permettraient de remédier aux problèmes de concurrence qu'elles auraient mis au jour. Grâce à son large champ d'application et à la flexibilité de l'approche, ce type d'analyse permet également d'évaluer *ex post* l'impact des activités de fusion, y compris de fusions non notifiées, et de déterminer si elles ont contribué à un manque de concurrence sur le marché. Toutefois, cet outil pêche par l'absence de mesures correctives applicables, et aboutit généralement à des recommandations non contraignantes, souvent à l'intention du gouvernement, de réformer la législation pour promouvoir une concurrence plus efficace. Par conséquent, ce type d'étude pourrait être un outil de détection efficace des problèmes de concurrence causés par des fusions achevées mais ne constitue peut-être pas la solution optimale pour y remédier.

44. Les pouvoirs *d'enquête de marché* sont quant à eux peu courants.<sup>28</sup> Ils diffèrent des pouvoirs d'étude de marché en ce qu'ils permettent aux autorités d'imposer des mesures correctives, notamment structurelles, pour corriger les problèmes de concurrence identifiés lors de l'analyse (voir Encadré 2.4). Une enquête de marché pourrait donc être utilisée pour rétablir la situation concurrentielle modifiée par des fusions achevées mais, à la connaissance du Secrétariat, cette possibilité n'a jamais été appliquée.

#### Encadré 2.4. Enquête sur le marché bancaire des particuliers au Royaume-Uni

Le Royaume-Uni est l'un des rares pays dans lesquels l'autorité de la concurrence, la Competition and Markets Authority (CMA), peut imposer des mesures correctives, y compris de nature structurelle comme des scissions, à l'issue d'une enquête de marché.<sup>1</sup> Des secteurs et marchés très variés ont été analysés en vertu de ces dispositions, dont ceux des comparateurs Internet, des épicerie, des banques de détail, de l'énergie, des soins privés ou encore des maisons de retraite.

En 2014, la CMA a ouvert une enquête sur le marché bancaire des particuliers en vue de déterminer si des caractéristiques ou une combinaison de caractéristiques du marché des services bancaires aux titulaires de comptes courants personnels et aux petites et moyennes entreprises (PME) au Royaume-Uni produisaient des effets anticoncurrentiels (CMA, 2014<sub>[35]</sub>). Trois théories du préjudice ont d'abord été identifiées :

- Les entraves à la possibilité pour le consommateur de faire effectivement jouer la concurrence et de choisir et de changer de produit et d'établissement, qui ont pour effet de réduire l'incitation pour les banques à se livrer concurrence (ce qui incluait notamment un manque d'informations accessibles et transparentes pour comparer les offres et prendre des décisions avisées sur l'utilisation de leurs services bancaires, des biais comportementaux ou des structures tarifaires restreignant les décisions des clients, ainsi que les coûts et les risques d'un transfert de compte).
- La concentration conférant un pouvoir de marché à certaines banques (avec des parts de marché relativement stables dans le temps).
- Et les barrières à l'entrée et à l'expansion (barrières issues de la réglementation, économies d'échelle - réseau d'agences, accès aux systèmes de financement et de paiement, ventes croisées et subventionnement croisé).

En 2016, la CMA a publié son rapport final sur l'enquête de marché (CMA, 2016<sub>[36]</sub>) et annoncé un ensemble de mesures correctives afin d'accroître la concurrence entre les banques dans un contexte de faible implication des consommateurs. Les mesures correctives ont notamment été conçues en vue d'accroître cette implication des consommateurs, d'encourager le développement de nouveaux services, de faciliter le processus de transfert de compte courant et d'améliorer la disponibilité et la transparence des informations. Pour l'essentiel, elles comprenaient :

1. Des mesures générales touchant à l'accessibilité et à la qualité des informations, avec l'introduction d'une norme API ouverte pour permettre le partage de données, la publication de données sur la qualité des services, et la mise en place d'invites pour inciter le consommateur à se pencher sur les conditions de ses services bancaires.
2. Des mesures de réduction des coûts de transfert, pour sensibiliser le consommateur et accroître sa confiance dans le processus de transfert de compte, et améliorer ce processus.
3. Des mesures pour les découverts de compte courant, pour accroître la sensibilisation et l'engagement du consommateur en ce qui concerne l'utilisation et les frais de découvert.

4. Des mesures pour la transparence : concernant les prix, l'éligibilité des PME aux prêts, et la comparaison des produits et des processus d'ouverture de compte.

Après avoir envisagé des mesures correctives de nature structurelle, la CMA a estimé qu'imposer des cessions pour améliorer la concurrence n'aurait de sens qu'en présence d'éléments tangibles indiquant que la concentration du marché avait un effet sur le comportement concurrentiel, ce qui n'était pas le cas. La CMA a également réfléchi à la cession de Lloyds-TSB, qui résultait d'un plan de restructuration approuvé par la Commission européenne suite à l'octroi d'une aide d'état du Royaume-Uni en 2009, pour évaluer les coûts d'une future cession sur le marché et les perturbations que cela entraînerait pour les clients, et conclu qu'une mesure corrective de nature structurelle ne serait pas proportionnée aux problèmes constatés.

Note :

<sup>1</sup> En vertu des dispositions de la loi sur les entreprises de 2002. Voir (Fletcher, 2020<sup>[37]</sup>)

45. Pour conclure, ces pouvoirs sont des solutions de dernier recours pour remédier aux effets des fusions concrétisées. Leurs limites exposées dans les sections ci-dessus sont généralement liées au fait qu'ils sont soumis à des éléments déclencheurs distincts et répondent à des objectifs de politique publique différents de ceux relevant du domaine du contrôle des concentrations. Bien qu'ils puissent fournir des moyens de combler un vide juridique dans les juridictions dans lesquelles les fusions achevées ne peuvent être examinées au titre des dispositions générales applicables aux fusions, ils ne constituent généralement que des substituts imparfaits aux pouvoirs d'examen *ex post*.

#### 2.4. Propositions de réformes visant à conférer des pouvoirs d'examen des fusions concrétisées aux autorités de la concurrence

46. Comme nous l'avons évoqué ci-dessus, les pays dans lesquels les autorités de la concurrence peuvent examiner des fusions concrétisées qui n'ont pas été notifiées préalablement ne sont pas légion. Alors que les juridictions estiment qu'un nombre croissant d'opérations (plus spécialement dans le secteur du numérique<sup>29</sup>) ont échappé à un examen préalable au regard du droit de la concurrence parce qu'elles n'étaient pas soumises à notification, des propositions ont été faites pour permettre un examen *ex post* des fusions concrétisées. Bien qu'elles aient été formulées dans le cadre du débat sur les « acquisitions prédatrices » (« killer acquisitions »), elles ne s'y limitent pas et pourraient s'appliquer à d'autres opérations susceptibles de fausser la concurrence qui n'ont pas été examinées par l'autorité en application du régime en vigueur.

47. En 2021, l'**Italie** a prévu de mettre en place des pouvoirs d'examen des opérations situées en-deçà des seuils individuels mais dont le chiffre d'affaires combiné dépasse un certain montant,<sup>30</sup> notamment dans le secteur du numérique. L'autorité italienne de la concurrence a formulé une proposition de modification du droit de la concurrence qui a été approuvée par le Conseil des ministres.<sup>31</sup> Le projet de loi suit actuellement le processus législatif devant le Parlement en vue de son adoption officielle et devrait être entériné au plus tard fin 2022. La modification la plus intéressante aux fins du présent document porte sur la possibilité pour l'autorité de la concurrence d'examiner des opérations achevées lorsque trois conditions sont réunies : (i) l'opération a été réalisée au cours des six derniers mois ; (ii) seul un des seuils est atteint, ou le chiffre d'affaires global des entreprises est supérieur à 5 milliards EUR ; et (iii) elle comporte des risques notables pour la concurrence sur le marché national ou une partie de celui-ci.<sup>32</sup>

48. En février 2022, l'**Irlande** a publié un projet de texte portant modification de sa loi sur la concurrence (Department of Enterprise, Trade and Employment, 2022<sub>[38]</sub>), qui suit actuellement le processus législatif et dont l'adoption est prévue dans les prochains mois.<sup>33</sup> Parmi les modifications proposées du droit de la concurrence irlandais figure la possibilité pour l'autorité de la concurrence irlandaise de prendre des mesures provisoires interdisant la mise en œuvre de certaines opérations même lorsqu'elles ont été notifiées spontanément, ou de défaire des fusions achevées afin de restaurer et de préserver la concurrence.<sup>34</sup> La nouvelle loi conférerait également à l'autorité le pouvoir de requérir la notification, dans un délai imparti, d'opérations inférieures aux seuils et susceptibles de porter atteinte à la concurrence.<sup>35</sup>

### 3. Les mesures correctives dans les cas de fusions concrétisées : expériences et difficultés

49. L'un des nœuds du débat sur les fusions concrétisées concerne la disponibilité de mesures correctives efficaces que les autorités de la concurrence peuvent mettre en place lorsqu'elles ont compétence pour les fusions anticoncurrentielles concrétisées. La difficulté à identifier les mesures efficaces pour défaire une fusion qui porte atteinte à la concurrence est un argument fréquemment avancé contre l'octroi de tels pouvoirs aux autorités de la concurrence.

50. Ce chapitre s'intéresse à l'application de mesures correctives aux fusions en général et dans les enquêtes sur les fusions concrétisées. Il examinera notamment le délai dans lequel l'opération est analysée, les objectifs des mesures correctives, les difficultés posées par le démantèlement de fusions concrétisées, le recours à des mesures correctives de nature comportementale plutôt qu'à (ou en conjonction avec) des mesures de nature structurelle, et les processus de mise en œuvre des mesures décidées. Il s'appuie sur les expériences des autorités de la concurrence et les difficultés qu'elles rencontrent en ce qui concerne les fusions réalisées ainsi que sur des exemples de scissions privées ou de séparations structurelles dans d'autres domaines d'application du droit.

#### 3.1. Le recours à des mesures correctives dans un contexte d'examen *ex ante* des fusions

51. Dans la plupart des régimes de contrôle des fusions, celles qui suscitent des préoccupations sur le plan de la concurrence peuvent généralement être autorisées sous réserve de mesures correctives, à savoir des mesures qui éliminent les risques que l'opération fait peser sur la concurrence tout en préservant les avantages et les gains d'efficacité induits par l'intégration. Dans quelques rares hypothèses, les effets anticoncurrentiels sont tels qu'ils ne peuvent être corrigés. Dans ce cas, les autorités de la concurrence doivent faire obstacle à l'opération. D'après la base de données Compstats de l'OCDE, dans les 73 juridictions couvertes, 97.1 % en moyenne des fusions notifiées entre 2015 et 2020 ont été autorisées sans conditions, 2.2% l'ont été sous réserve de mesures correctives, et 0.7 % seulement ont été interdites. Sur près de 9 000 fusions notifiées par an dans le monde entre 2015 et 2020, cela représente une moyenne de 196 situations dans lesquelles des mesures correctives ont été imposées.

52. Dans le cadre des examens *ex ante*, les mesures correctives visent à éliminer les risques que l'opération est susceptible de comporter pour la concurrence et permettent d'approuver des fusions qui auraient par ailleurs été interdites. Les mesures correctives peuvent être *structurelles*, c'est-à-dire prendre la forme d'une cession d'actifs, *comportementales*, lorsqu'elles soumettent le comportement de l'entité fusionnée à des

obligations et des conditions, ou *hybrides* et donc combiner des mesures structurelles et comportementales (voir Encadré 3.1).

### Encadré 3.1. Les différents types de mesures correctives : structurelles et comportementales

Les mesures correctives disponibles dans le cadre du contrôle des fusions sont traditionnellement classées selon leur nature, structurelle ou comportementale.

Les mesures structurelles sont des mesures ponctuelles qui ont pour objectif de restaurer la structure concurrentielle d'un marché et aboutissent à la cession d'une entreprise ou d'une activité autonome existante et des actifs y afférents, ou à la cessions d'actifs physiques ou de droits. Il s'agit le plus souvent de :

- la cession d'une entreprise ou d'une activité existante ;
- la cession de droits de propriété intellectuelle ou leur concession sous licence ;
- ou la cession d'un ensemble d'actifs ou d'une partie d'une entreprise ou d'une activité existante de manière à permettre à l'acquéreur d'être suffisamment compétitif.

Les mesures structurelles visent à éliminer les risques que comporte l'opération pour la concurrence en créant une nouvelle source de concurrence ou en renforçant un acteur existant pour préserver le niveau de concurrence sur le marché.

Les mesures comportementales sont quant à elles conçues pour modifier ou réguler le comportement de l'entité fusionnée. Leur objectif est de promouvoir la concurrence sur le marché en soumettant le comportement d'acteurs du marché à des interdictions ou à des conditions, dans le but principal d'empêcher que l'entité fusionnée restreigne la concurrence. Bien qu'elles puissent prendre des formes et une ampleur diverses et variées suivant le marché concerné et sa dynamique, elles consistent le plus souvent à :

- faciliter la concurrence horizontale, avec notamment des obligations d'approvisionnement de tiers à des conditions équitables et raisonnables (qui peuvent inclure des données ou l'accès à des facteurs de production), limiter l'exercice en amont d'un pouvoir de marché ou les effets potentiellement anticoncurrentiels de relations verticales, interdire de lier des services à des produits, interdire le recours aux barrières contractuelles visant à contrôler certains intrants ou portant sur la fourniture d'informations critiques, notamment ;
- et contrôler les effets, restreindre les échanges d'informations entre parties, modifier la relation avec les clients finaux, ainsi que d'autres restrictions du comportement.

Source : tables rondes du Comité de la concurrence de l'OCDE sur [les mesures correctives dans les affaires de concentration](#) (2011) et sur les [remèdes en cas de fusion](#) (2003) et (RIC, 2016, pp. 8-9<sup>[39]</sup>).

53. Les avantages et les inconvénients de chaque type de mesure ont fait l'objet d'une abondante littérature, et les autorités de la concurrence affichent une préférence marquée pour les mesures de nature structurelle (OCDE, 2011<sup>[40]</sup>) et (OCDE, 2003<sup>[41]</sup>) (voir Encadré 3.2). En règle générale, les autorités apprécient la nature ponctuelle et la relative simplicité de ces dernières qui, une fois mises en œuvre avec succès, règlent directement et définitivement le problème identifié, sans nécessiter de suivi à long terme. Elles ne sont

toutefois pas sans comporter des inconvénients, comme des coûts élevés pour les parties à la fusion, d'éventuelles perturbations des relations avec les clients, la nécessité de trouver un acquéreur convenable qui puisse effectivement concurrencer l'entité fusionnée après l'opération, et leur irréversibilité (alors même que certains des risques redoutés pour la concurrence peuvent n'être que transitoires). Les mesures correctives structurelles ont pour objet de modifier la structure du marché de manière permanente afin de contrer les modifications structurelles entraînées par la fusion examinée et, si elles sont bien conçues, peuvent éliminer efficacement les effets anticoncurrentiels de l'opération (Khan, 2019, p. 980<sub>[42]</sub>).<sup>36</sup>

54. De leur côté, les **mesures correctives comportementales** sont souvent difficiles à concevoir. Elles doivent appréhender toutes les éventualités possibles, futures, ce qui peut se révéler complexe, notamment sur les marchés dynamiques ; de plus, elles nécessitent une surveillance pour en garantir le respect par l'entité fusionnée dans les mois et années qui suivent la réalisation de la fusion. Ce qui a un coût : or, les autorités de la concurrence n'ont généralement ni les moyens suffisants, ni le mandat, pour assurer le contrôle à long terme du comportement d'une entreprise (OCDE, 2011<sub>[40]</sub>) et (OCDE, 2003<sub>[41]</sub>). Cette complexité relative ainsi que la longueur des processus de mise en œuvre des mesures correctives de nature comportementale peuvent les empêcher de produire les résultats escomptés (Ezrachi, 2005, p. 2<sub>[43]</sub>). Si elles ne sont pas suffisamment souples, elles risquent de freiner la capacité de l'entreprise à s'adapter efficacement à l'évolution des conditions du marché, et donc nécessiter d'être revues par l'autorité de la concurrence à chaque bouleversement de la dynamique du marché.

55. Malgré ces inconvénients qui font que les autorités ont tendance à privilégier les mesures structurelles, les mesures comportementales ont montré leur utilité dans certaines situations (OCDE, 2011<sub>[40]</sub>) et (OCDE, 2003<sub>[41]</sub>):

1. en l'absence de mesures structurelles disponibles, ou lorsqu'elles sont irréalisables ou disproportionnées par rapport aux effets de l'opération ;
2. dans les fusions comportant des éléments verticaux/congloméraux, afin de préserver les gains d'efficacité potentiels de l'opération ;
3. lorsqu'une solution plus souple (ou moins permanente) est nécessaire, par exemple sur les marchés qui évoluent rapidement ;
4. pour compléter des mesures correctives structurelles afin d'assurer la viabilité et l'efficacité de l'intervention ;
5. et, dans les petites économies, lorsque les mesures correctives structurelles risquent d'être plus difficiles à mettre en œuvre et que les mesures comportementales constituent la solution de report pour les autorités de la concurrence.

### Encadré 3.2. Une préférence pour les mesures structurelles dans les lignes directrices sur les mesures correctives dans le cadre de fusions

La plupart des juridictions dotées d'un régime actif de contrôle des fusions ont élaboré des lignes directrices afin d'informer sur les principales pratiques des autorités de la concurrence en matière d'évaluation des fusions et acquisitions. De nombreux pays ont également publié des lignes directrices spécialement consacrées aux mesures correctives qui fournissent un cadre pour la structuration et la mise en œuvre des fusions. Ces lignes directrices abordent souvent des points de discussion sur des questions que peuvent soulever les différents types de mesures correctives, notamment sur les avantages et inconvénients des mesures de nature structurelle ou comportementale, et les scénarios dans lesquels les mesures comportementales pourraient se révéler plus appropriées et être utilisées conjointement à des cessions.

Par exemple, le « Merger Remedies Manual » publié par la Division antitrust du ministère de la Justice des États-Unis précise que les cessions d'entités autonomes existantes sont toujours privilégiées pour atteindre au mieux l'objectif de préserver la concurrence (US DOJ, 2020, p. 13<sub>[44]</sub>). Et ce pour la raison suivante : elles sont plus efficaces, simples, claires, et faciles à administrer. En outre, d'après une étude de la Federal Trade Commission sur les mesures correctives dans les cas de fusion, ce type de cession montre des taux de succès plus élevés que les cessions limitées à certains actifs et autres mesures correctives non structurelles (Federal Trade Commission des États-Unis, 2017<sub>[45]</sub>). Les lignes directrices reconnaissent toutefois que des mesures comportementales peuvent être utiles pour faciliter la mise en œuvre de mesures structurelles, notamment lorsqu'une cession est impossible, ou si des gains d'efficacité importants escomptés de l'opération se trouveraient compromis par une mesure structurelle et qu'une mesure comportementale peut remédier à cet écueil et être appliquée efficacement (US DOJ, 2020, pp. 13-16<sub>[44]</sub>).

Au sein de l'Union européenne, les conclusions sont assez similaires. La Communication de la Commission concernant les mesures correctives publiée en 2008 érige en principe général le fait que les engagements à caractère structurel sont généralement préférables dans la mesure où ils règlent les problèmes de concurrence soulevés par l'opération et ne nécessitent pas de mesures de surveillance à moyen ou long terme (Commission européenne, 2008, p. 6<sub>[46]</sub>).

L'autorité de la concurrence du Royaume-Uni montre également une préférence pour les mesures structurelles plutôt que comportementales. Les lignes directrices de la CMA relatives au contrôle des fusions relèvent que les mesures structurelles peuvent traiter les effets anticoncurrentiels de façon plus complète, tout en réduisant les distorsions sur le marché et en nécessitant moins de mesures d'application et de suivi une fois mises en œuvre (CMA, 2018, p. 17<sub>[47]</sub>).

Certains pays comme l'Australie, le Brésil, le Canada, la Colombie, la Corée ou encore Singapour ont opté pour une approche similaire.<sup>1</sup> S'ils s'accordent sur l'intérêt des mesures correctives comportementales dans certaines situations, notamment pour compléter des cessions et assurer leur mise en œuvre efficace, ou dans le cadre d'opérations verticales, ils affichent une préférence nette pour les mesures structurelles ou pour une combinaison de mesures structurelles et comportementales, en fonction des faits et circonstances de l'espèce. De manière générale, les autorités considèrent que des mesures correctives structurelles montrent une plus grande efficacité, sont souvent nécessaires pour éliminer l'atteinte substantielle à la concurrence produite par une fusion, et sont plus simples à faire appliquer.

Note :

<sup>1</sup> Pour prendre connaissance des lignes directrices relatives aux fusions des différents pays, voir : (ACCC, 2008<sup>[20]</sup>), (CADE, 2018<sup>[48]</sup>), (Bureau de la concurrence, 2006<sup>[49]</sup>), (Direction générale de l'industrie et du commerce (Colombie), 2019<sup>[50]</sup>), (Korea Fair Trade Commission (KFTC), 2017<sup>[51]</sup>) et (CCCS, 2016<sup>[52]</sup>).

### 3.2. Le recours à des mesures correctives dans les examens *ex post* de fusions concrétisées

56. Généralement, en ce qui concerne les mesures correctives, les autorités qui ont le pouvoir d'examiner les fusions concrétisées n'appliquent pas à ces dernières une politique distincte ou différente. Les mesures correctives suivent la même approche pour les fusions réalisées que pour les fusions non réalisées. En revanche, les considérations prises en compte dans la conception de ces mesures peuvent varier étant donné que les autorités ne font pas nécessairement face aux mêmes difficultés pour concevoir des mesures efficaces suivant qu'elles se trouvent en amont ou en aval de l'opération. Par exemple, l'autorité n'appréhendera pas de la même façon une mesure corrective structurelle et le démantèlement pur et simple d'une fusion concrétisée, qui serait le pendant *ex post* de l'interdiction *ex ante* d'une fusion. D'autant qu'un tel démantèlement peut se révéler plus complexe qu'une cession limitée à certains actifs.

57. La présente section s'intéresse à la nécessité d'établir un lien rationnel entre la fusion et les mesures correctives et de retenir des mesures qui soient à la fois viables et proportionnées. Elle examine également des exemples de mesures correctives conçues dans le cadre de fusions concrétisées et les leçons que l'on peut en tirer, notamment en ce qui concerne (i) le moment opportun pour examiner la fusion et concevoir les mesures correctives, (ii) les difficultés rencontrées par les autorités lors de la conception de mesures correctives structurelles, et (iii) la façon dont les mesures correctives comportementales sont appréhendées dans un contexte *ex post*.

#### 3.2.1. Rationalité, viabilité et proportionnalité des mesures correctives

58. Comme évoqué précédemment, lorsqu'elles enquêtent sur des fusions concrétisées, les autorités de la concurrence ont l'avantage de pouvoir observer les effets *tangibles* qu'a produits la fusion sur le marché, tandis que lors d'un examen *ex ante*, elles ne peuvent que spéculer *ex ante* sur ses effets futurs *probables*. Les autorités de la concurrence ont également plus facilement accès aux données du marché et à des données internes qui peuvent les aider à évaluer plus précisément les effets d'une opération sur la concurrence au sein d'un marché et qui ne sont pas disponibles lors d'une analyse conjecturale parce que réalisée *ex ante*. Lorsque les effets anticoncurrentiels d'une opération sont étayés par des éléments tangibles, il est plus facile pour les autorités non seulement d'établir des théories du préjudice mais également, point particulièrement éclairant aux fins du présent document, de déterminer l'impact de la fusion sur la concurrence et d'affiner leur action pour régler les problèmes effectivement induits par l'opération.

59. Toutefois, pour pouvoir imposer des mesures correctives *ex post*, l'autorité doit commencer par établir un *lien logique/de cause à effet* clair entre les problèmes de concurrence mis au jour par l'enquête, l'opération en question, et les mesures correctives potentielles. Comme dans les cas d'examens *ex ante*, l'autorité doit prouver que le marché sans la fusion serait probablement plus concurrentiel qu'il ne l'est maintenant que la fusion a été réalisée. Certains auteurs (Muris et Nuechterlein, 2020, p. 19<sup>[13]</sup>) estiment que lorsque l'autorité de la concurrence intervient dans des cas de fusions réalisées, la charge de la preuve est plus lourde que dans un contexte *ex ante*. Au-delà du lien de cause à effet entre l'opération, le préjudice et la mesure corrective, l'autorité de la concurrence devrait en effet

également prouver qu'il était *prévisible*, à l'époque de la réalisation de la fusion, qu'elle fasse naître des problèmes de concurrence. Les arguments fondés sur l'équité devraient empêcher une fusion favorable à la concurrence *ex ante* de se voir interdite *ex post* pour des raisons indépendantes de l'opération proprement dite (par ex., en cas de sortie inopinée de concurrents qui accroîtrait considérablement la concentration après la réalisation de la fusion).

60. S'agissant de la structuration des mesures correctives, pour qu'elles soient efficaces, elles doivent être non seulement *viables* mais également *proportionnées* à la menace identifiée pour la concurrence. En pratique, notamment si elle entend imposer une mesure structurelle et défaire la fusion concrétisée, il faudrait que l'autorité de la concurrence prouve que les bénéfices escomptés de cette mesure sont supérieurs au préjudice prévisible que causerait le démantèlement.<sup>37</sup> La proportionnalité de la mesure corrective tient donc une place majeure dans l'analyse des fusions concrétisées (Muris et Nuechterlein, 2020, p. 19<sub>[13]</sub>).

### Encadré 3.3. Les considérations d'intérêt public dans le cas des fusions concrétisées

Des difficultés spécifiques se font jour dans les juridictions dont le régime de contrôle et les critères d'évaluation des fusions, en sus de tenir compte de l'allocation efficiente des ressources et du bien-être des consommateurs, permettent également à l'autorité compétente de prendre en considération des objectifs de politique publique. Les objectifs d'intérêt public dans le contrôle des concentrations sont plus répandus dans les pays non membres de l'OCDE (OCDE, 2016<sup>[53]</sup>). S'ils jouent un rôle plus important dans ces pays, c'est que ces derniers ont plus fréquemment recours à des politiques industrielles et cherchent à aligner leur politique de la concurrence sur leurs politiques publiques générales (Lewis, 2002<sup>[54]</sup>, (S. et Sibanda, 2015<sup>[55]</sup>) et (Hodge, Goga et Moahloli, 2019<sup>[56]</sup>). Les clauses d'intérêt public les plus courantes sont motivées par des considérations socioéconomiques ou sociopolitiques, comme l'« emploi », la « compétitivité internationale », les « exportations » et la « promotion de la stabilité » (voir l'Afrique du Sud, le Botswana, la Zambie, le Kenya et la Namibie (Oxenham, 2012<sup>[57]</sup>), (Machine, 2014<sup>[58]</sup>), (Smith et Swan, 2014<sup>[59]</sup>)).

En Afrique du Sud, l'article 12A (3) de la loi sur la concurrence précise que les autorités de la concurrence compétentes (la Commission ou le Tribunal) doivent envisager l'impact de la fusion sur : i) une certaine industrie ou un certain secteur ; ii) l'emploi ; iii) la possibilité de devenir compétitives pour les entreprises détenues par des personnes traditionnellement désavantagées ; et iv) la capacité des industries nationales à être compétitives sur les marchés internationaux. Le test de l'intérêt public est distinct du test de la concurrence et, même si la fusion passe le test classique de la concurrence, des considérations d'intérêt public doivent tout de même être prises en compte (OCDE, 2016<sup>[53]</sup>).

Ainsi que nous le verrons dans la suite de ce document, concevoir des mesures correctives efficaces dans un contexte *ex post* se révèle difficile étant donné que, pendant le laps de temps qui s'est écoulé entre la clôture de l'opération et l'enquête, un certain nombre de facteurs exogènes ont pu produire des effets sur le marché, ce qui fait qu'il sera plus compliqué pour l'autorité compétente d'établir le lien de causalité entre la fusion réalisée et les problèmes de concurrence qui ont conduit à l'ouverture de l'enquête. Lorsqu'à ces problèmes de concurrence s'ajoutent diverses considérations d'intérêt public, le niveau de preuve qui pèse sur l'autorité peut devenir quasi impossible à fournir. De même, l'élaboration de mesures correctives aptes à remédier aux problèmes de concurrence tout en répondant aux considérations de politique publique accroît considérablement la charge administrative et les coûts pour l'entreprise, des arguments souvent brandis pour plaider contre des pouvoirs d'examen des fusions *ex post*.

#### 3.2.2. Exemples de mesures correctives conçues dans des cas de fusions concrétisées

61. Dans le monde, les enquêtes sur des fusions concrétisées font encore figure de rareté.<sup>38</sup> Et le recours à des mesures correctives structurelles pour traiter les problèmes de concurrence *ex post* est encore moins courant. Avec une exception notable : les États-Unis, où les deux autorités compétentes ont mis en œuvre avec succès des mesures correctives structurelles dans de nombreux cas d'examen *ex post* de fusions. L'exemple de cette juridiction, dans laquelle près de trois fusions concrétisées sont examinées par an depuis 2006 (Practical Law, 2020<sup>[60]</sup>), pourrait inspirer d'autres autorités de la concurrence pour

concevoir des mesures correctives structurelles en vue de rétablir le niveau de concurrence qui prévalait sur le marché dans sa structure avant la fusion (voir par exemple Encadré 3.4).

#### Encadré 3.4. La fusion Magnesium Elektron / Rever aux États-Unis

Aux États-Unis, la Federal Trade Commission (FTC) a réussi à imposer des mesures correctives structurelles dans l'affaire de la fusion concrétisée entre Revere et Magnesium Elektron, à laquelle la cession par la société des actifs de Revere a mis un terme définitif en 2012. L'affaire illustre un certain nombre d'éléments qui présentent un intérêt lors de la conception des mesures correctives par l'autorité compétente, comme la disponibilité d'un acquéreur adéquat, l'inclusion d'actifs pour garantir le bon fonctionnement de la cession sur le marché, et la possibilité de désigner des tiers pour garantir la mise en œuvre des mesures retenues et ainsi faciliter leur suivi par l'autorité.

En 2007, Magnesium Elektron North America Inc. a fait l'acquisition de Revere Graphics Worldwide Inc., qui était alors son seul concurrent au monde dans le domaine de la fabrication et de la vente de plaques de magnésium destinées à la photogravure. Avant son rachat, Revere produisait et distribuait également des plaques de zinc, de cuivre et de laiton, tandis que Magnesium Elektron n'opérait que sur le marché des plaques de magnésium.

En 2012, soit cinq ans plus tard, la FTC américaine a introduit un recours sur le fondement d'une violation de l'article 7 de la loi Clayton. À l'appui de sa plainte, la FTC arguait que l'acquisition était assimilable à une situation de fusion créant un monopole sur un petit marché où l'entrée de concurrents était peu probable.

La société est parvenue à un accord avec la FTC américaine (Federal Trade Commission des États-Unis, 2012<sup>[61]</sup>), qui a pris une ordonnance finale comprenant la cession des actifs de Revere, afférents notamment aux droits de propriété intellectuelle et au savoir-faire technique (la cession ne portait sur aucun actif physique) utilisés pour la fabrication de plaques de magnésium à Universal Engraving, une entreprise bien positionnée pour devenir un concurrent effectif sur le marché étant donné qu'elle opérait dans d'autres secteurs de métaux également utilisés pour la photogravure. L'ordonnance contenait en outre des mesures destinées à assurer l'entrée immédiate du nouveau concurrent sur le marché et sa viabilité, telles qu'une assistance technique et la fourniture initiale du produit et de certains produits chimiques utilisés et vendus avec les plaques de magnésium.

Elle comportait également des dispositions concernant la désignation d'un superviseur provisoire chargé de veiller au respect de l'ensemble des obligations qui leur étaient imposées, et d'un mandataire de cession pour faire appliquer les conditions de l'ordonnance s'il s'avérait que les parties ne les respectaient pas totalement (Federal Trade Commission des États-Unis, 2012<sup>[62]</sup>).

62. Plus récemment, en 2021, la Cour d'appel des États-Unis pour le quatrième circuit a confirmé une décision du Tribunal du district est de Virginie qui avait ordonné une cession, dans le cadre d'une fusion achevée, à l'issue d'une procédure privée intentée contre une fusion qui avait pourtant reçu le feu vert du ministère de la Justice américain (voir Encadré 3.5). Il est intéressant de noter que c'était la première fois qu'un tribunal imposait une cession en tant que mesure corrective dans un contentieux privé,<sup>39</sup> les mesures correctives étant habituellement le fait d'une autorité de la concurrence dans le cadre de ses prérogatives de droit public.

### Encadré 3.5. La cession par Jeld-Wen Inc. de Craftsman Manufacturing Inc aux États-Unis

En 2012, Jeld-Wen Inc a achevé l'acquisition de Craftsman Manufacturing Inc. Le marché concerné par cette fusion était celui des revêtements de portes aux États-Unis qui, avant l'opération, comprenait trois grands acteurs, tous verticalement intégrés.

L'opération a été notifiée au ministère de la Justice, qui a décidé à l'époque de ne pas engager de poursuites, ni lorsque le fabricant de portes Steves a introduit une réclamation en 2015. Steves a alors décidé de saisir le Tribunal du district est de Virginie sur le fondement de l'article 7 de la loi Clayton. En 2018, le tribunal de district a constaté la violation de l'article 7 et ordonné la cession d'actifs intégrés de l'entreprise à un tiers (McDonald et al., 2018<sup>[63]</sup>). En 2021, la Cour d'appel des États-Unis pour le 4e circuit a confirmé la décision et, sur la base des constatations ci-dessous, a conclu que la mesure structurelle constituait la seule mesure appropriée :

- la fusion a causé un préjudice concurrentiel irréparable et des sanctions autres telles que des dommages-et-intérêts ne permettraient pas de réparer un tel préjudice (après avoir constaté la menace d'écraser son principal client en aval, Steves) ;
- des mesures correctives comportementales ne protégeraient la concurrence que temporairement ;
- en l'absence de la mesure de cession d'actifs, la concurrence était menacée, tandis qu'avec une cession, le déséquilibre créé entre la société fusionnée et ses concurrents serait plus hypothétique ; et
- étant donné que la fusion avait créé un duopole permettant à l'entité fusionnée d'utiliser son pouvoir de marché pour menacer la survie de fabricants indépendants, l'intérêt général ne serait pas desservi par la scission *ex post* de l'entité fusionnée.

Source : (Herbert Smith Freehills, 2021<sup>[64]</sup>)

63. Si les États-Unis sont le pays qui dispose de l'expérience la plus étendue dans le domaine des mesures correctives structurelles imposées à des fusions achevées, on trouve des exemples intéressants dans d'autres juridictions. L'interdiction de la fusion Stericycle/Ecowaste au Royaume-Uni par la Commission de la concurrence (devenue la CMA) comprenait des mesures correctives structurelles sous la forme d'une cession des actifs acquis (voir Encadré 3.6). Dans sa décision, la Commission de la concurrence a fourni des explications sur les éléments qui devaient guider la détermination des actifs à inclure dans les mesures correctives pour assurer l'efficacité de l'intervention, ainsi que sur le caractère proportionné de la cession par rapport aux préoccupations que soulevait l'espèce.

### Encadré 3.6. Conception du train de mesures correctives dans l'affaire de la fusion Stericycle/Ecowaste au Royaume-Uni

En janvier 2011, Stericycle Inc., par l'intermédiaire de sa filiale SRCL Limited, a acquis la totalité du capital d'Ecowaste Southwest Limited, y compris son usine d'Avonmouth, ses contrats clients, ses licences, ses véhicules de ramassage et d'autres actifs (Competition Commission, 2012<sub>[65]</sub>). Les deux sociétés, qui opéraient dans la région d'Avonmouth<sup>1</sup>, offraient des services de collecte, de transport, de traitement et d'élimination des déchets médicaux. Sur le marché, les sociétés fournissant des services similaires soit étaient verticalement intégrées, soit n'assuraient que le ramassage et sous-traitaient les services de traitement.

En août 2011, l'Office of Fair Trading (OFT) a saisi la Competition Commission (CC) de l'acquisition afin qu'elle enquête et produise un rapport. Dans son rapport final publié en décembre 2012, la Commission concluait que la baisse substantielle de la concurrence sur le marché qu'entraînerait la fusion nécessitait que Stericycle cède l'entreprise acquise à un acheteur adéquat.

La Competition Commission a étudié deux propositions de mesures correctives soumises par SRCL. La première consistait à mettre à disposition à Ecowaste Southwest une capacité correspondant au débit annuel de l'usine d'Avonmouth avant l'opération, et à transférer un contrat clé à un acquéreur afin qu'il dispose d'une base pour asseoir sa présence sur le marché. La seconde proposition comprenait la cession de certains des actifs acquis, dont l'usine d'Avonmouth et deux comptes clés à long terme. La Competition Commission a cependant considéré qu'une cession totale d'Ecowaste Southwest, avec l'usine d'Avonmouth et tous les contrats clients, était la seule mesure corrective efficace et suffisante pour remédier aux effets préjudiciables de la fusion.

Les principaux éléments pris en compte pour déterminer l'étendue de la cession étaient :

- la nécessité de relations clients fortes (d'où l'inclusion de tous les contrats clients à long terme),
- l'utilisation de la capacité minimale nécessaire pour générer des bénéfices et des gains d'efficacité dans les usines de traitement,
- le personnel nécessaire pour assurer la viabilité de l'activité, et
- la possibilité de trouver un acquéreur adéquat.

Une clause de non-concurrence entre SRCL et Ecowaste Southwest pendant une courte période à compter de la cession a également été jugée nécessaire pour garantir le succès de l'établissement des nouveaux propriétaires des actifs.

Note :

<sup>1</sup> Cette zone géographique inclut la ville de Bristol ainsi que les circonscriptions de Bath et North East Somerset, de North Somerset et de South Gloucestershire.

64. Ces exemples illustrent la façon dont les autorités de la concurrence peuvent concevoir des trains de mesures correctives dans le cas de fusions achevées. Ils pourraient même servir de base à l'évaluation de situations dans lesquelles il ne serait pas approprié d'imposer des cessions et où il serait préférable de recourir à d'autres outils comme des mesures correctives de nature comportementale, qui seront analysées dans la section 3.2.5. Il ressort de ces expériences qu'imposer des mesures correctives structurelles dans le cas de fusions concrétisées est possible, bien que difficile, et peut être couronné de succès ;

elles montrent également qu'il est possible de limiter les coûts et risques associés aux mesures structurelles *ex post* si elles sont prises le plus tôt possible après la mise en œuvre de la fusion, ce qui accroît en outre l'efficacité de l'intervention.

65. Dans la section qui suit, nous analyserons trois questions qui revêtent une importance majeure pour les autorités de la concurrence lorsqu'elles conçoivent les mesures correctives dans les cas des fusions concrétisées.

1. Quel est le moment opportun pour analyser les effets d'une fusion achevée et, par suite, l'environnement de marché pertinent, pour concevoir des mesures correctives efficaces (section 3.2.3) ?
2. Quelles sont les difficultés rencontrées par les autorités de concurrence lors de la conception des mesures correctives structurelles pour rétablir la structure du marché qui prévalait avant la fusion ? En d'autres termes, dans quelle mesure est-il envisageable de défaire une fusion, de la « détricoter » (section 3.2.4) ?
3. L'approche vis-à-vis des mesures correctives comportementales doit-elle être différente dans un contexte *ex post* de celle adoptée lors de l'examen *ex ante* d'une fusion (section 3.2.5) ?

### **3.2.3. Le moment opportun pour examiner la fusion et concevoir les mesures correctives**

66. L'une des questions clés qui se pose lorsqu'il s'agit d'évaluer la proportionnalité de mesures correctives potentielles dans les cas de fusions concrétisées est le moment auquel il convient de se placer pour examiner les effets d'une opération sur le marché. Cette question est propre aux examens *ex post* puisque dans un contexte *ex ante*, l'autorité ne peut qu'évaluer les effets de la fusion qui sont prévisibles au moment de sa clôture. Dans un contexte *ex post* en revanche, deux moments sont envisageables pour cette analyse : le moment de la réalisation de l'opération, et le moment de l'ouverture de l'enquête *ex post* (voir Encadré 3.7 et Encadré 3.8). Ces deux moments peuvent être relativement éloignés l'un de l'autre, voire séparés par de nombreuses années. Et plus le laps de temps entre eux est important, plus l'analyse de la concurrence risque de différer (étant donné que les conditions du marché peuvent avoir beaucoup évolué entre-temps, et ce indépendamment de la fusion). Cela peut avoir un impact non seulement sur l'évaluation des effets de l'opération sur le marché, mais également sur les mesures correctives que l'autorité pourrait ou devrait retenir.

67. Si l'examen se concentre sur les effets que la transaction a produits sur le marché lors de sa réalisation, la ou les mesures correctives devraient être davantage axées sur un démantèlement de la fusion afin de recréer les conditions du marché telles qu'elles étaient avant la clôture de l'opération. Ainsi que nous le verrons plus loin, cela peut se révéler compliqué, surtout si l'enquête *ex post* sur la fusion a été ouverte bien après l'intégration des actifs des entreprises fusionnées. Si, au contraire, l'autorité se place au moment de l'examen pour évaluer les éventuelles restrictions de la concurrence induites par la fusion, la ou les mesures correctives devront plutôt être axées sur le rétablissement d'un niveau de concurrence équivalent à celui prévalant lors de l'enquête. La conception des mesures correctives efficaces sera donc moins tributaire de la capacité de l'autorité à « détricoter » la fusion, pour employer un terme familier.

### Encadré 3.7. États-Unis contre E.I. du Pont de Nemours & Co.

Aux États-Unis, la question du moment auquel doivent se placer les autorités lorsqu'elles contestent une fusion concrétisée est depuis longtemps sujette à discussion. Depuis 1956, année où la Cour suprême américaine a rendu son verdict dans l'affaire États-Unis contre E.I. du Pont de Nemours & Co (connue sous le nom d'affaire « DuPont »)<sup>1</sup>, les autorités américaines peuvent se référer aux conditions du marché au moment de la contestation de l'opération plutôt qu'à celui de sa réalisation. Une opération qui ne soulevait pas d'inquiétudes sur le plan de la concurrence lors de sa réalisation peut donc être remise en question ultérieurement si elle suscite alors des préoccupations et si les effets constatés semblent être la conséquence de l'opération. En pratique, les autorités américaines compétentes peuvent agir sur le fondement de l'article 7 de la loi Clayton à tout moment si elles estiment qu'une fusion est susceptible d'entraîner une baisse substantielle de la concurrence.

La décision dans l'affaire DuPont a donné lieu à des débats intenses sur les effets que la position adoptée par la Cour suprême américaine pourrait avoir sur la motivation des entreprises à fusionner. Les opposants à l'arrêt soutenaient que d'éventuels candidats à des fusions pourraient être découragés de procéder à des opérations offrant des gains d'efficience par crainte de se voir imposer par la suite des mesures fondées sur des situations de marché auxquelles la fusion a contribué, mais qui n'étaient pas prévisibles à l'époque de sa réalisation (Broomley, 1958<sub>[66]</sub>). Dans l'affaire DuPont, c'est cette position que défendait le juge Brennan dans son opinion dissidente, où il invoquait des « principes élémentaires d'équité » pour affirmer que les acquisitions qui étaient légales au moment du rachat des actions ne devraient pas être remises en question par la suite sur la base de développements ultérieurs imprévisibles.

Note :

<sup>1</sup> États-Unis contre E.I. du Pont de Nemours & Co 351 US 377 (1956)

68. L'une des difficultés que pose l'examen du paysage concurrentiel au moment où la fusion est remise en question est que le lien de causalité entre l'opération et les problèmes de concurrence constatés peut être ténu, voire absent, tandis que l'incertitude quant au rôle éventuel qu'a pu jouer la dynamique exogène est élevée. La hausse du pouvoir de marché de l'entité fusionnée peut être liée à de nombreux autres facteurs, comme l'entrée ou la sortie ultérieure de concurrents, des modifications des préférences et de la demande des consommateurs, ou d'autres facteurs sans lien avec l'opération (Sher, 2004, p. 64<sub>[14]</sub>). Même lorsque l'autorité parvient à établir un lien avec l'opération en question, il n'est pas absolument certain que les effets observés sur le marché sont bien la conséquence du comportement de l'entité fusionnée après l'opération, comportement qui devrait être examiné au regard des dispositions du droit de la concurrence, plutôt que la conséquence directe des modifications structurelles entraînées par l'opération réalisée (ABA Antitrust Law Section, 2020<sub>[10]</sub>).

### Encadré 3.8. Moment retenu pour l'analyse dans d'autres juridictions

La question du moment opportun pour l'examen d'une fusion concrétisée dans les autres juridictions n'est pas clairement tranchée, les autorités ayant adopté des approches différentes. Certaines appliquent le modèle américain et analysent la situation du marché au moment où l'opération est remise en question, tandis que d'autres préfèrent se placer au moment où l'opération a été réalisée.

Le **Mexique** n'a mené que peu d'enquêtes sur des fusions après leur réalisation. L'une d'elles concernait une fusion sur le marché de la production et de la vente de tequila.<sup>1</sup> L'enquête avait été ouverte six mois après la clôture de l'opération, que les parties n'avaient pas notifiée dans les délais. Outre une sanction pour mise en œuvre prématurée, la Commission a ordonné aux entreprises fusionnées de revenir au *statu quo ante*, et notamment de céder l'ensemble des actifs, parts et actions. L'autorité a motivé sa décision par un changement des conditions de la concurrence sur le marché suite à la réalisation de la transaction.

Le **Chili** a instauré un contrôle obligatoire des fusions en 2016. En vertu de ce nouveau régime, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) a le pouvoir d'enquêter sur les fusions non soumises à notification qui, après leur réalisation, ont généré des effets anticoncurrentiels sur le marché.<sup>2</sup> En pratique, elle n'a utilisé ces pouvoirs qu'à une occasion, en 2021, lorsqu'elle a attaqué en justice l'acquisition en 2018 des actifs de Naviera GyT S.A. par Navimag Carga S.A. En sus d'une amende, la FNE a demandé que soient prononcées des mesures correctives comportementales.<sup>3</sup> En l'espèce, l'autorité a analysé la structure du marché avant et après l'opération, y compris les effets sur les prix et sur la qualité des services offerts jusqu'à la date du recours contre la fusion. La FNE soutenait que, jusqu'à cette date, l'entité fusionnée bénéficiait d'un monopole sur le marché avec des prix accrus et une baisse de l'offre de services, et en concluait que des mesures correctives étaient nécessaires pour garantir une baisse des prix et une hausse de l'offre de services (FNE, 2021<sub>[67]</sub>).

Au **Brésil**, dans l'affaire Nestle/Garoto qui fait l'objet de l'Encadré 3.10, la CADE a appliqué un raisonnement similaire à celui de l'autorité chilienne évoqué ci-dessus. Dans l'affaire Nestle/Garoto, la réévaluation de la fusion par l'autorité se fondait sur la dynamique du marché après la fusion, ce qui indique qu'ici encore, les mesures ont été déterminées en fonction de la situation du marché au moment de l'évaluation menée par l'autorité plutôt que lors de la réalisation de la fusion.

La question du moment opportun pour l'analyse et les mesures correctives prises en conséquence est moins criante lorsque l'enquête est ouverte rapidement après la réalisation de la transaction. Dans de nombreux cas, l'autorité intervient juste avant que les parties ne procèdent effectivement à la réunion de leurs actifs. C'est le cas au **Canada**, si l'on se réfère au délai dans lequel il est possible d'enquêter sur les fusions qui ne sont pas soumises à notification (jusqu'à un an). Le Bureau de la concurrence a examiné différentes fusions au cours des dernières années, et toutes n'étaient pas achevées au moment de l'analyse.<sup>4</sup> La situation est similaire au **Royaume-Uni**, où la CMA peut agir dans un délai de quatre mois à compter de la conclusion de l'opération, ce qui implique que l'analyse est majoritairement conjecturale comme lors des examens de fusion *ex ante*.

Note :

1 Affaire CNT-085-99.

2 En vertu de l'article 3 du décret-loi n° 211 de 2016.

3 Parmi les mesures correctives demandées figuraient la mise en œuvre de systèmes de tarification justes, une hausse de l'offre, des critères objectifs pour améliorer la sécurité d'approvisionnement et la

disponibilité du service, et l'interdiction de signer des contrats qui porteraient une atteinte significative à la disponibilité du service.

4 Voir par exemple Evonik/PeroxyChem, Dow/DuPont, Iron Mountain/Recall, et Tervita/Complete.

69. Il ressort clairement de ces développements que la durée écoulée entre la clôture de l'opération et l'examen *ex post* est hautement déterminante pour la conception des mesures correctives et, partant, pour l'efficacité de l'intervention de l'autorité à restaurer la situation concurrentielle. L'élaboration de mesures pour rétablir les niveaux de concurrence qui prévalaient avant l'opération peut se révéler compliquée en pratique, surtout si l'enquête est ouverte longtemps après la clôture de l'opération. L'autorité doit alors tenir dûment compte des développements produits, des investissements et des innovations réalisés entre-temps sur le marché, ainsi que des ressources que les parties fusionnées ont consacrées à l'intégration de leurs actifs dans la nouvelle entité. Dans les marchés caractérisés par des niveaux élevés de technologies, la rapidité des innovations et des développements de produits ainsi que l'émergence de nouveaux marchés peuvent grandement compliquer la tâche des autorités. Dès un an après la réalisation de l'opération, les produits ou actifs de l'entreprise acquise peuvent être devenus obsolètes ou avoir été totalement déployés pour la production de biens ou services différents (Sher, 2004, p. 91<sub>[14]</sub>).

#### **3.2.4. Le recours à des mesures correctives structurelles dans le contexte d'un examen des fusions *ex post***

70. L'un des arguments avancés par les opposants<sup>40</sup> à l'utilisation de pouvoirs d'examen *ex post* par les autorités de la concurrence est qu'elles ne disposent d'aucune mesure corrective efficace pour rétablir la concurrence. Cet argument sous-entend qu'une fois les actifs de l'entreprise absorbée (physiques, humains et financiers) ont suivi le processus d'intégration qui a abouti à la création de la nouvelle entité, il devient très difficile et onéreux, voire contreproductif, de revenir sur le processus d'intégration et de séparer à nouveau les actifs. Certains peuvent avoir été éliminés au cours du processus tandis que d'autres ont été affectés à des utilisations différentes et, après un certain temps, il peut arriver qu'il soit même impossible de distinguer les actifs originaux de l'acquéreur de ceux de la cible.

71. Le « détricotage » de la fusion par l'autorité peut se révéler difficile, très coûteux, voire irréalisable lorsque des moyens de production importants de la partie absorbée ont déjà été combinés de manière irréversible (par ex., en cas de fermetures d'usines et de centres de R&D pour supprimer des capacités de production redondantes, ou en cas de fusion de biens immobiliers, pour ne citer que quelques exemples).<sup>41</sup> Il peut être tout simplement impossible de démanteler la fusion ; et, même lorsque c'est possible, les bénéfices escomptés peuvent ne pas compenser les pertes d'efficacité, la longueur des procédures réglementaires, et le coût potentiellement élevé du contentieux lié à ce processus. C'est par exemple le cas des « acquisitions prédatrices » visant à éliminer les actifs et les produits de la cible, ou des acquisitions prédatrices « inversées » dans lesquelles la motivation de l'acquéreur est d'éliminer ses propres actifs et produits pour leur substituer ceux de la cible (OCDE, 2020, p. 47<sub>[4]</sub>).

72. Certaines préoccupations légitimes liées à un examen *ex post* peuvent être dissipées si l'autorité de la concurrence intervient à un moment où l'intégration des activités des entreprises fusionnées n'est pas encore effectuée ou ne l'est que partiellement (voir par exemple Encadré 3.9). Les autorités de la concurrence peuvent alors prendre des mesures provisoires pour éviter que l'intégration des activités nuise à l'efficacité de l'évaluation de l'opération par l'autorité et, surtout, de la mise en œuvre optimale du train de mesures qu'elle adoptera (voir (OCDE, 2022<sub>[68]</sub>) et (OCDE, 2014, p. 20<sub>[1]</sub>)).<sup>42</sup> Si la fusion a déjà été

réalisée, il peut être plus compliqué de démêler les actifs fusionnés et, plus le temps passe, plus le marché évolue, plus la difficulté augmente. Dans ce scénario, des mesures provisoires pourraient toujours être envisagées et seraient normalement adressées à l'acquéreur, avec pour but d'empêcher toute poursuite de l'intégration des activités de la cible sans l'approbation préalable de l'autorité de la concurrence.

### Encadré 3.9. Le recours à des mesures provisoires dans le cadre de la fusion Facebook/GIPHY au Royaume-Uni

En mai 2020, Facebook a achevé son acquisition de GIPHY, le premier fournisseur d'images animées et d'autocollants GIF. Moins d'un mois plus tard, la Competition and Markets Authority (CMA) du Royaume-Uni prenait une ordonnance d'exécution initiale enjoignant aux parties à la fusion de maintenir les activités séparées au motif que la fusion pouvait potentiellement entraîner une baisse substantielle de la concurrence sur le marché des réseaux sociaux et de l'affichage digital au Royaume-Uni. La CMA a étudié deux théories du préjudice : les effets unilatéraux horizontaux causant une perte de concurrence potentielle sur le marché de l'affichage publicitaire, et les effets verticaux sur la concurrence dans l'offre de réseaux sociaux provoqués par un verrouillage potentiel des intrants concernant l'accès aux bibliothèques de GIPHY. En novembre 2021, la CMA concluait dans son rapport final que l'opération était susceptible de réduire la concurrence sur le marché (CMA, 2021<sup>[69]</sup>).

Alors que Facebook proposait des mesures correctives de nature comportementale visant à garantir un libre accès à la bibliothèque, la CMA a estimé qu'étant donné la nature du marché, des mesures comportementales ne constitueraient pas un remède efficace et suffisant, et que la seule solution envisageable pour remédier aux problèmes de concurrence identifiés était que Facebook cède GIPHY dans son intégralité. La CMA a également souligné le risque que Facebook contourne les obligations, et les difficultés liées au suivi et à l'application des mesures comportementales.

73. Certains commentateurs ont également signalé les coûts administratifs auxquels font face les entreprises lorsqu'elles mettent en œuvre des mesures correctives de nature structurelle dans le cadre d'une fusion déjà réalisée, étant donné l'impact d'un tel processus sur les ressources affectées à de longues enquêtes à l'issue incertaine, ainsi que les coûts directs du processus de cession proprement dit (Givensky, 2013, pp. 94-95<sup>[15]</sup>). L'un des arguments souvent brandi contre les mesures correctives structurelles dans le cas des fusions concrétisées est le coût marginal d'une scission *ex post*, souvent considéré comme prohibitif, et qui justifierait de renoncer à défaire des fusions concrétisées. Enfin, dernier argument récurrent : revenir sur des opérations entraînerait des inefficiences et des coûts sur le marché, sans la certitude que les actifs cédés aillent à un tiers qui réussira à se maintenir dans une position suffisamment compétitive.<sup>43</sup>

74. Les sections suivantes analyseront ces arguments plus en détail en s'appuyant sur des exemples de séparations structurelles dans d'autres contextes. Elles étudieront notamment des scénarios dans lesquels les mesures correctives structurelles et la scission des entreprises se sont révélées réalisables :

- lorsque l'opération a été réalisée mais que les actifs des parties fusionnées n'ont pas encore été totalement intégrés ;
- les processus de scission volontaire qui ont fait preuve de leur efficacité et ont augmenté la valeur de marché des entreprises ;

- les scissions réussies d'entreprises dans d'autres domaines d'application du droit ;
- et les scissions dans les secteurs réglementés.

*Les actifs ne sont pas totalement intégrés et les « lignes de démarcation » sont facilement identifiables*

75. Parfois, l'opération a déjà été convenue et actée sur le plan juridique, mais les parties à la fusion n'ont pas encore intégré leur activité et les actifs n'ont pas été intégrés ou seulement partiellement.<sup>44</sup> C'est notamment le cas lorsque l'intervention de l'autorité suit de près la réalisation de la fusion (voir par exemple Encadré 3.10) ou lorsque les parties à la fusion entendaient maintenir les actifs de la cible séparés de ceux de l'acquéreur ou ne pas les intégrer totalement. Ce peut également être le cas dans les fusions verticales ou d'entreprises aux activités complémentaires, plutôt que dans les fusions entre concurrents horizontaux. Dans ces hypothèses, il peut être plus simple pour l'autorité de défaire l'opération étant donné que les deux entreprises sont séparées par des « lignes de démarcation » claires, ce qui peut faciliter la mise en œuvre de mesures correctives structurelles (Kwoka et Valletti, 2021, p. 1292<sub>[8]</sub>).<sup>45</sup>

### Encadré 3.10. La fusion Nestlé/Garoto au Brésil

En 2002, Nestlé a fait l'acquisition du fabricant de chocolat Garoto ; deux ans plus tard, avant que Nestlé ait pu intégrer les actifs de Garoto, l'autorité de la concurrence brésilienne (la CADE) a suspendu l'opération en raison de préoccupations quant à la concurrence sur le marché national du chocolat. Dans sa décision, la CADE a rejeté une proposition des parties à la fusion de céder les actifs des segments des enrobages de chocolat et des chocolats de toutes formes, qui étaient fortement concentrés, et interdit la vente des actifs au principal concurrent (Lacta du groupe Mondelez) (CADE, 2016, p. 9<sub>[70]</sub>).

Par conséquent, depuis 2004, Nestlé possédait Garoto mais l'exploitait séparément pour ce qui était de la fabrication et de la gestion de l'activité. La CADE agissait dans le cadre de l'ancien régime de contrôle des fusions brésilien, qui reposait sur un système de notification *ex post*.<sup>1</sup> À l'époque, Nestlé détenait une part de marché d'environ 34 %, que l'acquisition de Garoto aurait portée à 58 %. La part de marché du principal concurrent s'élevait à 33 %.

En appel, l'affaire a été renvoyée pour des raisons de procédure à la CADE afin qu'elle prenne une nouvelle décision. En 2016, lors du deuxième examen de l'opération, la CADE a accepté l'offre de Nestlé visant à remédier aux problèmes de concurrence soulevés par l'autorité au motif que le marché avait radicalement changé et que sa première décision n'avait plus lieu d'être. Le train de mesures est resté confidentiel afin d'assurer la viabilité de leur mise en œuvre, mais il incluait la cession de marques appartenant à Garoto, ainsi que plusieurs mesures comportementales (CADE, 2016<sub>[71]</sub>). La CADE a estimé que les mesures correctives étaient adaptées au vu de la structure du marché au moment où elles ont été proposées (et non au moment où la fusion avait été réalisée) (CADE, 2016, p. 9<sub>[70]</sub>).

Note :

<sup>1</sup> La loi n° 12 529 de 2011 est entrée en vigueur en 2012 sous le nom de Nouvelle loi sur la concurrence au Brésil. La principale modification qu'elle introduisait était la mise en place d'un système d'examen des fusions *ex ante* assorti d'une obligation suspensive jusqu'à la clôture de l'examen.

### *Scissions volontaires d'initiative privée*

76. Les entreprises s'engagent régulièrement dans des projets de restructuration spontanée, qui peuvent inclure des opérations de scission dont l'objectif est d'améliorer la valeur de marché d'actifs existants. Les données disponibles suggèrent que près d'un tiers des fusions et acquisitions ou réorganisations impliquent des cessions sous une forme ou une autre (Van Loo, 2020, p. 4<sub>[72]</sub>) Il ressort d'une étude portant sur la période de 2001 à 2010 et couvrant 40 scissions volontaires qui avaient toutes pour objectif d'augmenter la valeur de marché des entreprises qu'au moins un tiers de ces opérations ont augmenté la valeur des actifs de plus de 50 % par rapport à leur valeur avant la séparation (Bain & Company, 2014<sub>[73]</sub>) (voir Encadré 3.11).

### Encadré 3.11. L'étude de Bain & Company sur les facteurs de succès des scissions volontaires

Dans une étude portant sur 40 scissions volontaires de sociétés réalisées entre 2001 et 2010 en vue d'accroître leur valeur de marché, le cabinet Bain & Company a analysé la tendance croissante aux cessions et scissions d'initiative privée afin de déterminer si les bénéfices de ce type de restructuration volontaire étaient supérieurs à leur coût, c'est-à-dire si ce type d'opération portait ses fruits et dans quelle mesure (Bain & Company, 2014<sup>[73]</sup>).

Parmi les éléments pris en compte par les entreprises lorsqu'elles décident de se séparer de certaines composantes de leur activité, l'étude cite les coûts de l'opération, qui ne sont pas considérables puisqu'ils représentent jusqu'à 1 % du chiffre d'affaires consolidé, et sa durée, le délai entre la décision de séparation et la clôture de l'opération avoisinant les 12 mois seulement. L'étude conclut que, alors que l'entité scindée engrange généralement des rendements positifs, il faut généralement entre 12 et 18 mois aux nouvelles entreprises pour libérer la valeur de la séparation, et que les performances varient considérablement suivant les cas. Dans un tiers des séparations, la valeur des nouvelles entités a été augmentée de plus de 50 % par rapport à leur valeur d'avant séparation mais dans un autre tiers, la capitalisation boursière combinée des nouvelles entités 18 mois après la séparation était 40 % inférieure à leur valeur avant la scission.

Cette étude a dégagé certains facteurs déterminants pour la réussite des scissions. Parmi eux :

- l'évaluation des motifs de la séparation, notamment des opportunités potentielles de réaliser de meilleures performances sur le marché avec des entités indépendantes ;
- la définition des changements à effectuer pour assurer que les deux entreprises resteront compétitives sur leurs futurs marchés ; et
- un plan pour compenser les coûts liés à la perte d'économies d'échelle résultant, notamment, de la duplication des équipes de gestion, des services informatiques et des autres fonctions partagées.

D'un côté, les scissions sont motivées par la volonté de permettre à l'une ou aux deux entreprises de mieux se positionner sur le marché en accédant à de nouveaux marchés, en réduisant les coûts ou en effectuant des investissements stratégiques. D'un autre côté, elles sont susceptibles d'entraîner des dissynergies qui peuvent être accrues par le niveau d'intégration des activités avant la séparation. L'étude a par ailleurs constaté une hausse de 5 % des frais administratifs au cours de la première année qui suit la séparation. Toutefois, ces nouveaux coûts avaient pu être totalement compensés 12 à 24 mois après la séparation lorsque le processus avait été bien mené.

L'étude conclut que, lorsque les scissions répondent à une motivation judicieuse sur le plan des affaires, qu'elles sont bien structurées et assorties de programmes pour assurer la mise en œuvre efficace de la séparation, elles peuvent générer des bénéfices et accroître la valeur de l'entreprise pour les actionnaires.

Source : (Bain & Company, 2014<sup>[73]</sup>)

77. Il ressort de ces études que les scissions structurelles ne sont pas nécessairement trop coûteuses ou irréalisables, et que ce type d'arguments ne devrait pas suffire à

décourager les autorités d'imposer des mesures de séparation structurelle dans un contexte *ex post* (voir Encadré 3.12). Mais il convient également de souligner qu'il existe des différences entre les scissions volontaires et celles qui résultent d'une décision d'une autorité de la concurrence. La première distinction de taille tient aux objectifs de l'opération : lorsqu'elle résulte de mesures correctives, l'objectif est de réduire la concentration du marché et de remédier potentiellement à un pouvoir de marché excessif, tandis que les scissions volontaires ont pour seule motivation d'accroître les bénéfices pour servir des intérêts privés. La deuxième porte sur le type d'opérations qui sont le plus souvent l'objet des cessions : alors que les mesures structurelles décidées par l'autorité sont généralement utilisées pour remédier à des problèmes de concurrence horizontale, les scissions volontaires interviennent le plus souvent dans le cadre de restructurations verticales ou de conglomérats.

### Encadré 3.12. Quelques exemples de scissions volontaires réussies

Parmi les exemples de scissions volontaires récentes figurent la vente par Fox de 20<sup>th</sup> Century Fox Production, ensuite acquise par Disney ; la scission d'eBay qui s'est séparée de PayPal, et la scission de Hewlett Packard pour former deux entreprises distinctes dans le cadre d'un plan de restructuration.

En 2018, le ministère de la Justice des États-Unis a donné son feu vert à l'acquisition de 20<sup>th</sup> Century Fox Production par Disney après avoir exigé la vente de Fox Sports Regional Networks. Fox Corporation (également connue sous le nom de New Fox) a été constituée en 2017 en vue de l'opération, lorsque les actifs qui n'allaient pas être acquis par Disney ont été sortis de 21<sup>st</sup> Century Fox. New Fox a été créée de manière à la doter d'un profil financier solide et à la positionner pour poursuivre la croissance et tirer parti des activités de retransmission en direct des actualités et du sport de Fox, ainsi que du réseau de radiodiffusion (The Walt Disney Company, 2018<sup>[74]</sup>).

De même, en juin 2015, eBay Inc. a annoncé la séparation d'eBay et de PayPal pour constituer deux entreprises indépendantes cotées en bourse (eBay Inc., 2015<sup>[75]</sup>). Les raisons avancées pour cette opération, à savoir la volonté que les deux entreprises puissent se concentrer sur leurs marchés respectifs et gagner en agilité, montrent que les motivations derrière une scission peuvent avoir trait à la création de valeur et de gains d'efficacité pour les deux entités séparément.

En novembre 2015, Hewlett Packard Inc. s'est scindée pour donner naissance à deux entités distinctes : HP, qui se concentre sur les activités d'imprimante et d'ordinateur à destination des particuliers, et HPE, dont les activités de cloud et équipements informatiques s'adressent aux entreprises. Des études conduites *ex post* ont montré qu'après la scission, les deux entités ont mené des opérations de restructuration et réalisé des efforts de réduction des coûts, des innovations produits décisives et des acquisitions stratégiques ; la séparation leur a donc permis d'adopter une approche sur mesure pour leurs activités, avec des retombées positives pour leurs performances sur leurs marchés respectifs (Nasdaq, 2017<sup>[76]</sup>).

### *Scissions et mesures correctives structurelles en-dehors des fusions*

78. Le contrôle des fusions n'est pas le seul domaine d'application du droit de la concurrence dans lequel les autorités compétentes peuvent imposer des mesures correctives structurelles. Dans certaines juridictions, pas toutes, elles peuvent prendre ce type de mesures dans deux cas de figure : à la clôture d'une enquête de marché, ou pour remédier

aux conséquences d'un abus de position dominante ou d'une monopolisation (OCDE, 2019<sup>[77]</sup>) (voir chapitre 2.3). Les exemples tirés de ces domaines d'application du droit illustrent également la faisabilité des mesures correctives structurelles (Kwoka et Valletti, 2021, p. 1293<sup>[8]</sup>).

79. Il est rare que les autorités de la concurrence imposent des mesures structurelles dans les cas d'*abus de position dominante*. Seules quelques juridictions disposent de pouvoirs en ce sens, qu'elles n'appliquent qu'en dernier ressort (voir, par exemple, Encadré 3.13). La raison en est que le principal objectif des mesures correctives de nature structurelle dans les affaires d'abus de position dominante est de corriger un comportement abusif passé et d'empêcher qu'il se reproduise ultérieurement, et non d'éliminer la position dominante de l'entreprise qui fait l'objet de l'enquête. On est donc très loin de l'emploi de mesures correctives structurelles dans le cadre du contrôle des fusions, qui vise généralement à éviter que la fusion ne crée ou ne renforce un pouvoir de marché pour l'avenir en préservant une structure de marché concurrentielle.

### Encadré 3.13. L'application de mesures correctives structurelles en vertu du Règlement CE 1/2003

Le Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil habilite la Commission européenne à imposer des mesures correctives structurelles en cas d'infraction au droit de la concurrence. Aux termes de l'article 7 du règlement, la Commission peut imposer aux entreprises qui enfreignent les dispositions des articles 101 et 102 du traité toute mesure corrective de nature structurelle qui soit proportionnée à l'infraction commise et nécessaire pour faire cesser effectivement l'infraction s'il n'existe pas de mesure comportementale qui soit aussi efficace ou si, à efficacité égale, cette dernière s'avérait plus contraignante pour l'entreprise concernée que la mesure structurelle.

Le considérant 12 du Règlement précise qu'« [i]l ne serait proportionné de modifier la structure qu'avait une entreprise avant la commission de l'infraction que si cette structure même entraînait un risque important que l'infraction ne perdure ou ne soit répétée ».

Il ressort des dispositions applicables et de la jurisprudence de l'UE que la Commission européenne doit respecter plusieurs principes visant à éviter toute utilisation arbitraire de ses pouvoirs en la matière. Ces principes sont les suivants :

- **Nécessité** : un lien direct doit exister entre l'infraction et la mesure corrective. La mesure corrective doit mettre fin au comportement anticoncurrentiel et empêcher qu'il se reproduise, sans poursuivre d'autres objectifs. Le critère de la nécessité a été défini de manière à créer un filtre et à assurer que « *de manière générale, la mesure corrective est apte à faire cesser l'infraction, ne va pas au-delà de cet objectif et ne porte sur aucun aspect extérieur à la procédure* ». La Cour de justice de l'Union européenne a également précisé que l'intervention de la Commission devait non seulement mettre un terme aux infractions mais également remédier à leurs effets continus, c'est-à-dire aux conséquences qui peuvent continuer de nuire à la concurrence alors même que le comportement déclencheur a cessé.
- **Droits de la défense** : pour imposer une mesure corrective, la Commission doit monter un dossier solide et présenter une théorie du préjudice expliquant en quoi la mesure corrective constitue une réponse adéquate à l'infraction ; la mesure ne peut par exemple pas viser à corriger des problèmes de concurrence qui ne sont pas identifiés dans sa décision (en pratique, l'application de ce principe fait peser sur la Commission des contraintes similaires à celles découlant du critère de nécessité). La mesure corrective ne peut pas non plus avoir pour objectif de remédier à des infractions potentielles, ou à un comportement dont les effets ne sont pas encore identifiés.
- **Caractère proportionné et indispensable** : la mesure corrective ne doit pas excéder ce qui est nécessaire pour rétablir la concurrence, ou la possibilité de concurrence, sur le marché.
- **Égalité de traitement** : des affaires similaires ne peuvent pas être traitées différemment, et des affaires différentes ne peuvent pas être traitées de manière similaire, à moins qu'il existe des motifs spécifiques de le faire. Le principe est particulièrement pertinent s'agissant des mesures correctives en matière d'accès et d'offre.

Pour l'heure, la Commission européenne n'a jamais imposé de mesures correctives structurelles en application de l'article 7 du Règlement 1/2003.

Source : (OCDE, 2019<sup>[77]</sup>) et (Maier-Rigaud, 2016<sup>[78]</sup>).

80. Les autres juridictions pouvant imposer des mesures correctives de nature structurelle dans le cadre d'enquêtes ayant trait au droit de la concurrence sont les États-Unis, le Canada et Singapour. Aux États-Unis, les autorités compétentes peuvent appliquer de telles mesures en cas d'infraction à l'article 2 de la loi Sherman (monopolisation et tentative de monopolisation). Le ministère de la Justice estime ainsi que des mesures correctives structurelles peuvent être appropriées si la violation de l'article 2 présente un lien de causalité manifeste et significatif avec l'acquisition par le défendeur d'un pouvoir de monopole, et s'il a été déterminé que d'autres mesures ne pourraient pas produire l'effet correctif recherché de manière satisfaisante (Ministère de la Justice des États-Unis, 2009<sup>[79]</sup>) (voir Encadré 3.14). Au Canada, le Bureau de la concurrence est également habilité à prendre des mesures correctives structurelles dans les affaires d'abus de position dominante au titre de l'article 79(2) de la loi sur la concurrence. Toutefois, le Bureau de la concurrence n'a, à ce jour, ordonné aucune cession au titre de l'article 79, et s'en est remis à des sanctions et des mesures correctives comportementales par le biais, pour l'essentiel, d'ordonnances interdisant aux contrevenants de continuer de se livrer à des pratiques anticoncurrentielles.<sup>46</sup> De manière similaire, la loi sur la concurrence de Singapour confère le pouvoir général à la Commission de la concurrence de Singapour (CCS) d'imposer des mesures correctives visant à préserver la concurrence, et les Lignes directrices de la CSS relatives à l'application du droit soulignent la possibilité pour l'autorité de faire cesser une infraction en recommandant ou en imposant à une entreprise d'apporter des modifications structurelles à son activité (CCS, 2016<sup>[80]</sup>).

### Encadré 3.14. Le recours à des mesures correctives structurelles dans le cadre de l'article 2 de la loi Sherman

Aux États-Unis, les tribunaux rechignent à ordonner des cessions dans les affaires de monopolisation, ce qui tranche avec leur attitude vis-à-vis des fusions (Waller, 2003<sup>[81]</sup>). La Cour suprême américaine a cependant ordonné une cession en 1972 afin de promouvoir la concurrence sur un marché. Il s'agissait de l'affaire Otter Tail dans laquelle une entreprise de transport d'électricité a été contrainte de vendre de l'électricité à des entreprises municipales de distribution d'électricité. Dans l'affaire Alcoa, dans laquelle une entreprise en situation de monopole avérée était également accusée d'autres violations du droit de la concurrence, le Congrès américain est intervenu à l'issue d'un long contentieux pour ordonner la cession de certaines des activités d'Alcoa, dont le tribunal a ultérieurement assuré le suivi, et entériné les cessions par la loi (Waller, 2007<sup>[82]</sup>).

La scission d'AT&T aux États-Unis fournit un autre exemple de recours à la séparation structurelle dans le cadre de l'application du droit de la concurrence. En 1974, le ministère de la Justice a intenté une action sur le fondement du droit de la concurrence contre American Telephone & Telegraph (AT&T) pour monopolisation sur le marché des télécommunications. Il lui était notamment fait grief d'avoir monopolisé les marchés de la fabrication d'équipements téléphoniques et des services de télécommunications longue distance. Le ministère de la Justice faisait valoir qu'AT&T avait le monopole des services de téléphonie locale et de téléphonie longue distance, que les conditions pour raccorder les opérateurs concurrents à son réseau n'étaient pas raisonnables, et que l'entreprise ne baissait ses prix que sur les marchés sur lesquels elle faisait face à de la concurrence. Sa filiale Western Electric était en outre le principal producteur d'équipements de téléphonie. À l'issue de son enquête, le ministère de la Justice a réclamé qu'AT&T renonce totalement à la propriété de Western Electric et cède les sociétés d'exploitation Bell (Bell Operating Companies, (les « BOC ») qui fournissaient des services locaux et régionaux.

En janvier 1982, les parties sont parvenues à un accord en règlement de l'affaire. Les mesures correctives comprenaient une partie structurelle, à savoir une cession verticale par laquelle AT&T se séparait de ses exploitants locaux (les « BOC »), qui ont eux donné naissance à sept exploitants régionaux (les « RBOC »). Aux termes de cet accord, la société conservait ses services longue distance, la fabrication des équipements (Western Electric) et le département de recherche. AT&T a également dû transférer suffisamment d'actifs pour permettre aux RBOC d'exercer leur activité, y compris, moyennant une redevance, tous les brevets existants et ceux qui verraient le jour dans les cinq années suivantes. AT&T n'était pas seule à être soumise à des obligations, puisque l'accord imposait aux RBOC de requérir l'autorisation du tribunal pour pouvoir élargir leur champ d'activité. Elles devaient également fournir un accès non discriminatoire à leurs réseaux locaux.

Il convient de souligner qu'à l'époque, AT&T était la plus grande entreprise au monde, et que la scission a fait l'objet de vives controverses, certains prédisant notamment une baisse de la qualité, un risque pour la sécurité nationale, et des effets négatifs pour les intérêts des actionnaires. En pratique, la cession a été plus simple que prévu, principalement du fait que les BOC étaient déjà structurées d'une façon qui permettait de les réorganiser sans grande difficulté en sociétés indépendantes. Quant aux actionnaires, ils n'ont pas non plus enregistré les pertes prédites par les détracteurs de la

scission. De plus, la structure d'AT&T était déjà la résultante d'un processus réglementaire et non de la dynamique du marché.

L'éclatement d'AT&T a fait débat parmi les spécialistes du droit de la concurrence ; malgré les nombreuses critiques dont les décisions ont été la cible, certains observateurs considèrent qu'elle a été une réussite, notamment en raison de ses effets sur les prix et les développements technologiques (par exemple, voir (Cavanagh, 2005, pp. 202-203<sup>[83]</sup>) et (Sullivan, 2001<sup>[84]</sup>)). Comme toujours, l'absence de contre-scénario ne permet pas de vérifier ce dernier point.

Source : (OCDE, 2019<sup>[77]</sup>)

81. Les enquêtes dans le domaine de la concurrence ne sont pas le seul champ d'application du droit au-delà du contrôle des concentrations dans lequel les autorités de la concurrence peuvent imposer des mesures correctives. Certaines d'entre elles peuvent prendre ce type de mesures, y compris structurelles, dans le cadre d'*enquêtes de marché* lorsqu'elles constatent que certains aspects structurels auront un impact négatif sur le fonctionnement d'un marché.<sup>47</sup> Ainsi, au Royaume-Uni, l'article 131 de la loi sur les entreprises de 2022 autorise l'autorité de la concurrence à ouvrir une enquête de marché pour déterminer si une caractéristique ou un ensemble de caractéristiques du marché en question sont susceptibles de produire des effets anticoncurrentiels. Dans ce cas, la CMA est tenue au titre de l'article 134 de ladite loi de décider de la mesure la plus appropriée pour corriger, atténuer ou éviter ces effets préjudiciables pour le consommateur (voir Encadré 3.15).

82. D'après les Lignes directrices de la CMA relatives aux enquêtes de marché, le choix des mesures correctives dépend de l'espèce et doit répondre à des critères de nécessité, d'efficacité et de proportionnalité. D'autres éléments entrent en ligne de compte dans la conception et la mise en œuvre des mesures correctives suite à une enquête de marché, comme l'évaluation des bénéfices pour le consommateur, la chronologie des effets des mesures, les dispositions réglementaires et leur interaction future avec d'autres mesures correctives dans le même secteur (CMA, 2013<sup>[85]</sup>). Ces dernières années, de nombreux secteurs se sont vu imposer des mesures correctives tant structurelles que comportementales, notamment ceux de la banque de détail, des épiceries, des assurances emprunteur, des aéroports, ou encore de l'énergie (OCDE, 2020<sup>[86]</sup>).

### Encadré 3.15. Les mesures correctives adoptées suite à l'enquête de marché sur les aéroports de la BBA au Royaume-Uni

En 2009, l'ancienne Competition Commission (CC) (aujourd'hui intégrée à la CMA) a ouvert une enquête de marché pour analyser l'offre de services aéroportuaires de la British Airports Authority – BAA (CMA, 2016<sup>[87]</sup>). Lors de cette étude, l'Autorité a constaté que la possession par la BAA de plusieurs aéroports du Royaume-Uni représentant plus de 60 % du total des passagers au Royaume-Uni, associée à certaines caractéristiques du marché<sup>1</sup>, produisait des effets préjudiciables pour la concurrence dans l'offre de services aéroportuaires.

En ce qui concerne la propriété commune des aéroports, la Competition Commission a établi que : (i) elle empêchait la concurrence entre les aéroports d'Édimbourg et de Glasgow ; et (ii) elle empêchait la concurrence entre les trois aéroports de Londres, et cet aspect était amplifié par les contraintes de capacité et le contrôle des prix qui caractérisaient le marché à l'époque.

Pour remédier aux problèmes de concurrence identifiés lors de l'enquête de marché, la Competition Commission a imposé un train de mesures correctives qui comprenait la cession de trois aéroports<sup>2</sup>, ainsi que des mesures comportementales<sup>3</sup> pour garantir le rétablissement de la concurrence sur le marché. Le train de mesures incluait également des recommandations au ministère du Transport concernant la réglementation économique appliquée aux aéroports, et plus particulièrement la mise en œuvre d'un système de licence prévoyant des obligations différenciées en fonction de la taille et du pouvoir de marché des aéroports dans le but d'introduire davantage de flexibilité dans la réglementation et de favoriser une hausse de la concurrence.

Note :

<sup>1</sup> Parmi ces caractéristiques figuraient certains aspects du système de planification et de la politique des pouvoirs publics qui avaient pour effet de créer des barrières à l'entrée et à l'expansion, le cadre réglementaire en vigueur pour les aéroports, le fait que l'aéroport d'Heathrow était la seule grande plateforme aéroportuaire du Royaume-Uni, et l'isolement géographique de l'aéroport d'Aberdeen.

<sup>2</sup> L'aéroport de Stansted, l'aéroport de Gatwick (chacun à un acquéreur différent) et l'aéroport soit d'Édimbourg, soit de Glasgow.

<sup>3</sup> Les mesures comportementales comprenaient le renforcement des procédures de consultation sur la qualité des services à Heathrow dans l'attente de la mise en place d'un nouveau cadre réglementaire ainsi que, pour l'aéroport d'Aberdeen, la communication d'informations sur les dépenses en capital et la consultation des parties prenantes.

83. Certaines stratégies visant à faciliter et améliorer l'application des mesures correctives structurelles, ainsi que des mesures de nature comportementales lorsqu'elles sont nécessaires, qui ont été mises en œuvre dans des scénarios différents pourraient également être utiles lors de la conception des mesures correctives concernant les fusions concrétisées. Par exemple, le recours à des mandataires ou des tiers pour scinder les entreprises ou séparer certaines entités en application des mesures structurelles a fait ses preuves dans les régimes *ex ante* et facilite la mise en œuvre de ce type de mesures. À partir du moment où les autorités de la concurrence peuvent s'appuyer sur des mandataires pour superviser un processus de cession dans un contrôle *ex ante*, il peut en être de même pour les fusions concrétisées. Les mandataires sont des spécialistes aguerris qui pourraient contribuer à alléger la tâche de l'autorité en participant à la supervision du processus de cession, tout en réduisant le risque d'une baisse de compétitivité des actifs cédés et donc de l'efficacité des mesures correctives (RIC, 2016, pp. 24-25<sup>[39]</sup>).

84. L'exemple de l'Encadré 3.15 illustre le rôle important que peut jouer un mandataire au stade de la mise en œuvre de mesures structurelles. La Competition and Markets Authority considère d'ailleurs que l'*administrateur* est indispensable en vue d'une supervision continue rigoureuse (CMA, 2019, p. 19<sup>[88]</sup>), en ce qu'il peut par exemple assurer que l'acquéreur choisi sera effectivement en situation d'exploiter les actifs acquis de manière efficace, et que le processus de cession se déroule sans encombre (CMA, 2016, p. 18<sup>[87]</sup>).

85. L'analyse des mesures correctives dans le cadre d'abus de position dominante ou d'enquêtes de marché permet de dégager plusieurs enseignements. Premièrement, les mesures structurelles peuvent être efficaces pour remédier aux problèmes de concurrence, et ce plus particulièrement dans les entreprises intégrées verticalement (OCDE, 2016<sup>[89]</sup>). L'ACCC a d'ailleurs montré une nette préférence pour la séparation structurelle plutôt que pour les mesures comportementales dans ce cas de figure.<sup>48</sup> Ce choix pourrait également prévaloir pour les fusions concrétisées étant donné que les lignes de démarcation sont plus nettes dans ce type de scénario, comme nous l'avons vu précédemment. En outre, il apparaît que les scénarios dans lesquels les préoccupations ont trait à une propriété commune ou à des co-entreprises se prêtent tout particulièrement aux mesures correctives structurelles qui peuvent simplement prendre la forme d'une cession de parts. Enfin, il y a certains secteurs dans lesquels les mesures structurelles ont davantage de chances de porter leurs fruits. Citons par exemple les industries de réseaux et les secteurs qui ont suivi un processus de privatisation, ou encore les secteurs des services collectifs qui sont souvent réglementés (Alexiadis et E., 2013<sup>[90]</sup>).

#### *Exemples de scissions et de séparations structurelles dans des secteurs réglementés*

86. Dans de nombreuses industries de réseaux comme l'électricité, les télécommunications et le rail dans lesquelles des parties de la chaîne de valeur affichent des économies d'échelle et qui, par conséquent, sont souvent considérées comme des monopoles naturels, les régulateurs ont privilégié différents niveaux de séparation. L'objectif poursuivi par la séparation structurelle dans ces secteurs est de préserver le monopole réglementé tout en garantissant la concurrence dans d'autres parties de la chaîne de valeur de manière à ne pas éliminer les gains d'efficacité. La séparation peut prendre différentes formes, de l'indépendance comptable ou fonctionnelle (opérationnelle) à la scission structurelle modifiant de manière permanente la structure concurrentielle du secteur.<sup>49</sup>

87. La Recommandation de l'OCDE de 2001 concernant la séparation structurelle dans les secteurs réglementés (OCDE, 2001<sup>[91]</sup>) ainsi que les rapports sur sa mise en œuvre ont conclu que la séparation structurelle constituait une mesure corrective pertinente dans les secteurs verticalement intégrés où seules quelques activités sont soumises à des contraintes de concurrence (OCDE, 2016, p. 5<sup>[89]</sup>).

### Encadré 3.16. Recommandation de l'OCDE concernant la séparation structurelle dans les secteurs réglementés

La Recommandation de l'OCDE concernant la séparation structurelle dans les secteurs réglementés de 2001 recommande aux Adhérents de comparer attentivement les bénéfices et les coûts d'une séparation structurelle lorsque les entreprises réglementées mènent des activités potentiellement concurrentielles et des activités complémentaires non concurrentielles, telles que les activités correspondant à un monopole naturel (OCDE, 2001<sub>[91]</sub>).

Après sa mise en œuvre, l'OCDE a mené de nombreux examens sur les expériences des pays concernant la séparation structurelle dans des secteurs réglementés, examens qui ont conduit à la modification de la recommandation en 2011 afin d'assurer la prise en compte, dans l'analyse d'une séparation structurelle, des impacts potentiels sur l'investissement.

Le dernier rapport sur la mise en œuvre de la recommandation a été publié en 2016 (OCDE, 2016<sub>[89]</sub>). Il concluait que la séparation structurelle restait une mesure corrective pertinente pour promouvoir le processus de libéralisation du marché et soulignait l'existence d'autres domaines d'applicabilité comme les secteurs verticalement intégrés ; c'est d'ailleurs cette conclusion qui a motivé la dernière modification du texte.

La recommandation dispose que les coûts et bénéfices à mettre en balance incluent les effets sur la concurrence, les effets sur la qualité et le coût de la réglementation, les effets sur les incitations à l'investissement des entreprises, les coûts de transition des modifications structurelles et les bénéfices économiques et d'intérêt général de l'intégration verticale, à la lumière des caractéristiques économiques du secteur dans le pays concerné.

88. Les justifications de politique publique à l'appui des séparations structurelles dans les secteurs réglementés sont extrêmement diverses et diffèrent de celles qui fondent les mesures structurelles dans les cas de fusions concrétisées. Des séparations ont ainsi été décidées par les régulateurs pour lever des conflits d'intérêt, promouvoir la diversité, garantir la couverture et la qualité, ou encore pour empêcher une concentration excessive de pouvoir de marché ou le transfert d'une position dominante d'un marché à un autre. Parmi les secteurs qui ont connu des séparations structurelles, on trouve notamment ceux des services collectifs,<sup>50</sup> des services postaux, des ports, de la banque, du transport<sup>51</sup> et des systèmes de paiement (OCDE, 2019<sub>[77]</sub>). Le succès de ce type de mesures dans les secteurs réglementés est largement dépendant d'éléments tels que l'ampleur de la séparation (totale ou fonctionnelle) ; le moment de sa mise en œuvre ; l'opportunité d'assortir les mesures structurelles de mesures comportementales, comme un engagement à garantir un accès égal et équitable ; et l'examen périodique des mesures prises afin de vérifier qu'elles continuent de répondre à une préoccupation sous-jacente (Khan, 2019, p. 1052<sub>[42]</sub>). Les expériences des pays qui ont imposé des cessions dans des secteurs réglementés montrent que les mesures structurelles offrent un instrument puissant aux régulateurs et aux États pour améliorer la concurrence et corriger des dysfonctionnements sur les marchés.

### Encadré 3.17. Les séparations structurelles dans les télécommunications

C'est aux États-Unis, en 1984, que s'est produite la scission la plus marquante d'une entreprise de télécommunications, lorsque la justice américaine a ordonné le démantèlement du monopole réglementé d'AT&T<sup>1</sup> et l'éclatement du réseau de téléphonie longue distance en sept entreprises régionales (les Bell Operating Companies), dont chacune était chargée de fournir des services locaux et intrarégionaux (voir Encadré 3.14) (Swanson, 2014<sup>[92]</sup>). L'exemple de la scission d'AT&T a été imité par plusieurs juridictions, qui se sont lancées dans la séparation des activités de télécommunications et d'actifs y afférents fournissant différents services de télécommunications :<sup>2</sup>

- En 1997, le Brésil a scindé sa société de télécommunications en sept entreprises régionales et une entreprise longue distance lors d'un processus de privatisation organisé par la loi générale sur les télécommunications<sup>3</sup>.
- Le Japon a suivi une voie similaire en 1999 en réorganisant le principal fournisseur de télécommunications national en plusieurs petites entreprises régionales (Asai, 2006, p. 24<sup>[93]</sup>).
- En 2012, l'Australie a remédié aux problèmes d'entrave à la concurrence dans le secteur posés par Telstra, une entreprise verticalement intégrée, en donnant son aval à l'Engagement de séparation structurelle soumis par l'entreprise, qui prévoyait à l'horizon 2020 la séparation structurelle des activités de gros et de détail, ainsi que l'arrêt de la fourniture des services de téléphonie fixe et d'accès haut débit à Internet sur les réseaux cuivre et HFC à mesure du déploiement de la fibre optique NBN.<sup>4</sup>
- Récemment, le Mexique a imposé à América Móvil, dont il avait été constaté qu'il était l'opérateur prépondérant dans le secteur des télécommunications depuis 2014, des obligations en vue d'une séparation structurelle ;<sup>5</sup> en particulier, dans le segment des services fixes, l'IFT a ordonné la séparation structurelle des services d'infrastructure en amont (Telnor) et des services en aval (Telmex) à l'échéance de mars 2020.<sup>6</sup>

Même si ces scissions varient dans leur ampleur et vont de la séparation comptable à la séparation fonctionnelle ou structurelle, elles visent de manière générale à remédier aux inefficiences inhérentes aux structures monopolistiques existantes (Grundin et al., 2020<sup>[94]</sup>) et à permettre à l'État de promouvoir une plus grande efficacité de la concurrence et de l'innovation dans l'ensemble de la chaîne de valeur du secteur.

Note :

<sup>1</sup> En 1913, l'American Telephone and Telegraph Company (AT&T) est parvenue à un règlement avec le ministère de la Justice dans le cadre d'une action intentée contre la société pour infraction au droit de la concurrence, aux termes duquel elle acceptait de se séparer de l'entreprise de télégraphe Western Union et de permettre à des opérateurs de téléphonie de se raccorder au réseau longue distance d'AT&T.

<sup>2</sup> Pour une étude exhaustive sur les obligations de séparation dans les télécommunications imposées dans les pays de l'OCDE, voir : (OCDE, 2016<sup>[89]</sup>)

<sup>3</sup> Loi n° 9472 de 1997.

<sup>4</sup> Voir (ACCC, 2022<sup>[95]</sup>) et (Department of Infrastructure, Transport, Regional Development and Communications, 2022<sup>[96]</sup>).

<sup>5</sup> D'après la résolution de l'IFT du 6 mars 2014 approuvée dans l'accord P/IFT/EXT/060314/76. Le Federal Telecommunications Institute (IFT) est habilité à constater l'existence d'un opérateur prépondérant et à imposer les mesures asymétriques nécessaires pour faire obstacle aux atteintes à la concurrence et au libre accès au marché. Un acteur est considéré comme prépondérant dès lors qu'il détient une part du marché national supérieure à 50 %, cette part étant mesurée en nombre d'utilisateurs ou d'abonnés, ou en parts

d'audience, trafic ou utilisation de la capacité de ses réseaux. En outre, l'IFT est chargé d'examiner la prépondérance tous les deux ans ainsi que d'évaluer l'efficacité des mesures prises et si elles mériteraient d'être modifiées, complétées ou supprimées au vu de la situation concurrentielle des marchés.

<sup>6</sup> En vertu de l'accord P/IFT/270218/130 par lequel l'IFT a approuvé le plan de mise en œuvre de la séparation des deux entreprises.

89. Les exemples évoqués ci-dessus autorisent à conclure qu'il est possible d'appliquer des mesures correctives structurelles dans un contexte d'examen des fusions *ex post*. C'est d'autant plus vrai lorsque le temps écoulé entre la réalisation de l'opération et l'intervention de l'autorité de la concurrence est court et que les actifs de la partie absorbée ne sont pas encore intégrés. Plusieurs éléments factuels suggèrent en outre que les scissions peuvent accroître la valeur des actifs concernés ou, à tout le moins, qu'elles n'entraînent pas nécessairement des coûts faramineux, ou des pertes qui ne pourraient être compensées par les gains résultant d'une hausse de la concurrence suite au processus de cession. Les divers scénarios analysés se rejoignent sur un point : les cas dans lesquels les mesures correctives structurelles se sont montrées réalisables concernent généralement des entreprises pour lesquelles il existait des « lignes de démarcation » facilement identifiables entre les différents types d'activités, ce qui est souvent le cas dans les opérations verticales ou conglomerales.

### 3.2.5. Le recours à des mesures correctives comportementales dans un contexte d'examen des fusions *ex post*

90. Qu'elles interviennent en amont ou en aval de la réalisation de l'opération, la réussite des mesures correctives structurelles dépend largement de la possibilité d'identifier un acquéreur convenable pour les actifs qui seront cédés (OCDE, 2011, p. 20<sub>[40]</sub>).<sup>52</sup> Dans un contexte *ex ante*, les mesures comportementales peuvent ne pas être adaptées ou suffisantes pour remédier aux problèmes structurels identifiés, ce qui conduit généralement à l'interdiction de la fusion. Dans un contexte *ex post*, le risque de ne pas trouver d'acheteur convenable sur des marchés qui sont généralement hautement concentrés peut priver l'autorité de la concurrence de solutions structurelles, et donc l'inciter à envisager des mesures comportementales qui feront des substituts imparfaits à des solutions structurelles. Un processus de vente forcée peut également avoir un impact sur la valeur des actifs et nuire à l'efficacité des mesures correctives à rétablir la concurrence. Ce risque augmente lorsque la fusion est déjà réalisée, étant donné que le caractère imposé de la cession des actifs peut significativement affecter l'offre (quantité et qualité) pour les actifs qui doivent être cédés. En outre, lorsque la clôture de l'opération est ancienne, imposer des mesures structurelles peut également compromettre les gains d'efficacité réalisés sur le marché par les parties après la fusion, même lorsqu'ils ne sont pas directement liés à l'acquisition. Enfin, comme nous l'avons exposé ci-dessus (voir section 3.1), les autorités de la concurrence ont trouvé dans les mesures comportementales des compléments utiles aux mesures structurelles dans des cas *ex ante*, ce qui se vérifierait également dans un contexte *ex post*.

91. Alors que les mesures correctives comportementales *ex post* se heurtent à certaines des limites rencontrées lorsqu'elles sont décidées *ex ante*, notamment en ce qui concerne leur précision, leur exhaustivité et les coûts du suivi qu'elles impliquent, leur conception *ex post* peut permettre de pallier certaines des faiblesses qu'elles montrent dans un contexte *ex ante* et accroître leur efficacité. Conçues *ex post*, les mesures comportementales pourraient par exemple cibler plus précisément les problèmes de concurrence identifiés, être plus spécifiques, moins conjecturales, et donc potentiellement moins coûteuses à mettre en œuvre et à suivre et, en définitive, plus fructueuses (voir Encadré 3.18). Leur efficacité pourrait encore être accrue si elles sont conçues en se fondant sur la situation

concurrentielle au moment de l'examen, et en tenant compte du comportement et des décisions commerciales de l'entité fusionnée et de ses concurrents après la fusion, ainsi que du comportement observé des consommateurs. La CMA a ainsi constaté que les mesures comportementales pouvaient être plus efficaces dans les circonstances suivantes (CMA, 2019, p. 25<sup>[88]</sup>):

- sur les marchés avec des produits simples et homogènes ;
- sur les marchés matures ou qui ne sont pas soumis à des évolutions constantes et des structures tarifaires complexes ;
- et lorsque leur souplesse permet de prendre en compte les changements intervenus sur le marché après un certain temps.

### Encadré 3.18. Le recours à des mesures correctives comportementales dans la fusion Evanston Northwestern Healthcare Corp. et Highland Park Hospital aux États-Unis

En janvier 2002, Evanston Northwestern Healthcare Corp (ENH), qui contrôlait déjà le Glenbrook Hospital, a fait l'acquisition de Highland Park Hospital ; les entreprises étaient toutes situées à Evanston, dans l'Illinois, aux États-Unis. En 2004, la FTC a intenté une action au motif que la fusion réduisait la concurrence et augmentait les prix pour les assureurs et les consommateurs de soins médicaux sur le marché géographique concerné (Federal Trade Commission des États-Unis, 2008<sup>[97]</sup>). À l'appui de sa plainte, la FTC faisait valoir que les praticiens affiliés aux deux hôpitaux négociaient et fixaient les prix de manière illégale, ce qui privait les consommateurs des bénéfices de la concurrence.

Dans sa décision initiale, le juge administratif a constaté que l'acquisition avait entraîné une hausse des prix et substantiellement réduit la concurrence pour les services aux patients hospitalisés pour des soins de courte durée, et a ordonné la cession de l'hôpital acquis. L'objectif de cette mesure structurelle était de permettre aux réseaux de soins coordonnés de négocier séparément avec les hôpitaux.

Cependant, en 2007, en appel, après avoir étudié la proposition et les observations de l'ENH, la FTC a confirmé le caractère anticoncurrentiel de l'acquisition mais a estimé que, dans ce cas particulier, la mesure corrective imposée par le juge administratif serait trop coûteuse et potentiellement risquée et qu'il convenait de lui substituer une mesure comportementale. Pour l'essentiel, l'autorité a exigé qu'Evanston mette en place deux équipes distinctes et indépendantes pour la négociation des contrats avec les réseaux de soins coordonnés afin de stimuler la concurrence entre les deux hôpitaux d'Evanston et l'hôpital de Highland Park (Federal Trade Commission des États-Unis, 2008<sup>[98]</sup>).

Dans son analyse, la FTC a tenu compte de la durée qui s'était écoulée depuis la réalisation de la fusion (sept ans) et des améliorations développées et mises en œuvre après la fusion, comme le programme de chirurgie cardiaque et le déploiement à l'hôpital Highland Park d'un système informatique de dossiers médicaux « dernier cri » baptisé EPIC qui n'auraient pas survécu à une cession. La FTC a évalué, en sus de la probabilité de survie des améliorations, les coûts qu'entraîneraient le redéploiement et le maintien des deux programmes, ainsi que le temps nécessaire pour les mettre en œuvre après la cession.

Il est important de souligner que, tout en reconnaissant que les améliorations apportées auraient pu se réaliser sans l'opération, la FTC a tenu compte de leur utilité pour juger du caractère approprié d'une cession, cette dernière présentant le risque d'en éliminer les bénéfices. La FTC a insisté sur sa préférence pour des mesures structurelles et sur les circonstances particulières de l'espèce qui faisaient qu'elles n'étaient pas adaptées (Federal Trade Commission des États-Unis, 2007<sup>[99]</sup>).

## 4. Conclusions

92. Ce document a exploré la question des pouvoirs de contrôle des fusions dont disposent les autorités de la concurrence et leur ampleur. Il partait du constat d'une hausse des niveaux de concentration et de pouvoir de marché, qui touche plus particulièrement certains secteurs de l'économie. Il est également revenu sur les préoccupations suscitées par la croissance des grandes entreprises technologiques portée, entre autres, par des acquisitions de concurrents potentiels naissants qui ont échappé à tout contrôle.

93. Il a porté une attention particulière aux pouvoirs dont disposent les autorités de la concurrence pour examiner les fusions *ex post*, c'est-à-dire après leur réalisation, et à leurs avantages et inconvénients dans la perspective d'une application efficace des règles de concurrence. En s'appuyant sur les travaux de l'OCDE dans ce domaine, il a traité en profondeur des mesures correctives que les autorités devraient envisager lorsqu'elles cherchent à défaire une fusion achevée, c'est-à-dire des mesures les plus efficaces qu'elles peuvent mettre en œuvre si elles ont compétence pour ce type de fusion.

94. Un certain nombre de points ressortent clairement de l'analyse menée.

95. Seul un petit nombre de juridictions ont le pouvoir de contrôler des fusions concrétisées et d'imposer des mesures correctives si elles conduisent à une baisse significative de la concurrence, et très peu d'entre elles utilisent ces pouvoirs de manière régulière. Dans les juridictions dotées de systèmes de notification obligatoire *ex ante*, où l'utilisation de tels pouvoirs se heurte à un certain nombre de difficultés juridiques et de considérations de politique publique, ils offriraient une soupape de sécurité aux autorités de la concurrence.

96. Dans le sillage des récentes discussions sur les vides juridiques dont bénéficient les acquisitions prédatrices, notamment dans les secteurs pharmaceutique et des hautes technologies, des propositions ont mis en exergue les avantages que tireraient les autorités de la concurrence de la possibilité d'intervenir *ex post* contre des fusions anticoncurrentielles et de remédier aux éventuels problèmes de concurrence causés par des fusions concrétisées. Alors qu'il s'agit d'un aspect caractéristique des juridictions dotées d'un système de notification spontanée, seules quelques-unes parmi celles qui reposent sur un système de notification *ex ante* obligatoire disposent de tels pouvoirs.

97. Ce document conclut que les pouvoirs d'examen *ex post* des fusions peuvent contribuer à combler le vide juridique laissé par le défaut de compétence pour des fusions anticoncurrentielles situées en-deçà des seuils de notification (qui ne sont donc pas soumises à notification). Des considérations importantes devraient cependant guider les autorités dans l'exercice de ces pouvoirs. Parmi elles, l'impact que les enquêtes *ex post* peuvent avoir sur la propension à fusionner, qui repose en grande partie sur la sécurité et la prévisibilité juridiques du système de contrôle des fusions.

98. D'autres éléments entrent en ligne de compte, comme la disponibilité de mesures correctives proportionnées et efficaces pour régler *ex post* les problèmes identifiés par l'autorité de la concurrence. Le laps de temps qui sépare la clôture de l'opération et l'enquête semble également revêtir une importance majeure. Plus il est long, plus le niveau d'intégration des actifs des parties est élevé, et défaire la fusion peut devenir impossible d'un point de vue pratique, ou extrêmement coûteux, ce à quoi peut s'ajouter la perte de gains d'efficacité réalisés.

99. En règle générale, les pouvoirs d'examen *ex post* ne peuvent pas être utilisés pour réexaminer des fusions qui avaient été notifiées et approuvées par l'autorité de la concurrence. Ce principe répond à des impératifs de sécurité juridique et de caractère définitif des décisions relatives aux fusions, ainsi qu'à la nécessité de préserver la motivation des entreprises à se lancer dans des activités de fusion et acquisition. Dans le cas des fusions qui ont été notifiées et autorisées, la charge de la preuve qui pèse sur l'autorité de la concurrence est très élevée : elle doit en effet démontrer que l'atteinte à la concurrence était prévisible lors de la réalisation de l'opération. Les arguments fondés sur l'équité devraient empêcher que des fusions favorables à la concurrence au moment de leur réalisation se trouvent interdites ultérieurement en raison de facteurs qui ne se sont matérialisés qu'après la fusion et qui sont sans lien avec cette dernière.

100. Les cessions constituent également la mesure corrective préférable dans un contexte *ex post*. En dépit des critiques liées aux coûts élevés de l'application de mesures correctives *ex post*, leur conception et leur mise en œuvre ne semblent pas être en soi prohibitives ainsi que l'illustrent plusieurs exemples tirés d'autres domaines d'application du droit de la concurrence (comme les abus de position dominante et les enquêtes de marché) et d'examens passés de fusions concrétisées. L'analyse des motivations et des bénéfices de scissions volontaires d'initiative privée, de scissions et de mesures correctives structurelles en-dehors du cadre des fusions ainsi que de séparations structurelles dans des secteurs réglementés semble confirmer que les autorités de la concurrence ne devraient pas hésiter à envisager une séparation structurelle pour remédier aux conséquences de fusions concrétisées.

101. En revanche, il peut être difficile voire impossible de concevoir des mesures correctives de nature structurelle post-fusion lorsque des actifs de production majeurs de la partie absorbée ont déjà été combinés de manière irréversible, voire sortis du marché. Dans de tels cas de figure, défaire ce qui a été fait peut se révéler impraticable. Il reste toutefois possible de minimiser les coûts des mesures structurelles dans le cadre de fusions concrétisées et d'accroître l'efficacité de telles mesures si elles sont prises aussi tôt que possible après la mise en œuvre de la fusion (ce qui suppose que l'autorité dispose d'un système de veille des fusions efficace) ou, si l'intervention est plus tardive, lorsqu'il est encore possible d'identifier des « lignes de démarcation » entre les activités fusionnées. Ce peut notamment être le cas des cessions décidées lors d'examens *ex post* de fusions verticales ou lorsque la mesure corrective a pour but de remédier à des problèmes dans le cadre de conglomerats.

102. Lorsque les mesures structurelles ne constituent pas un remède viable aux problèmes identifiés, les autorités de la concurrence devraient envisager d'adopter des mesures correctives de nature comportementale. Les limites bien connues de ce type de mesures dans les systèmes d'examen *ex ante* semblent moins importantes lorsqu'elles sont conçues dans un contexte *ex post*. En effet, l'autorité de la concurrence bénéficie d'un recul sur la réponse du marché à la fusion et peut accéder à des informations sur la façon dont l'entité fusionnée s'est comportée après la réalisation de la transaction, ce qui lui permet de concevoir ces mesures avec davantage de précision et de façon plus exhaustive, et ainsi d'éviter le coût élevé de leur suivi ainsi que leur contournement.

103. Les expériences des autorités de la concurrence montrent que, dans un contexte *ex post*, les mesures correctives de nature comportementale pouvaient être particulièrement adaptées pour corriger les problèmes de concurrence sur les marchés matures, sur les marchés sur lesquels les produits sont homogènes et les structures tarifaires simples, et sur ceux qui ne sont pas soumis à des changements de dynamique importants. Ou encore, si elles sont suffisamment souples pour pouvoir être remaniées après un certain temps afin de prendre en compte des évolutions intervenues sur le marché.

104. Alors qu'un nombre croissant de juridictions adoptent et utilisent des pouvoirs d'examen des fusions *ex post*, la communauté des affaires aurait avantage à bénéficier d'une plus grande transparence et d'informations plus détaillées sur les circonstances dans lesquelles ce type d'intervention est envisagé par l'autorité de la concurrence et les mesures correctives qu'elle est prête à accepter pour remédier aux problèmes de concurrence constatés. Au vu de la cherté du traitement des fusions réalisées (pour toutes les parties impliquées), des lignes directrices relatives au moment et aux méthodes retenus pour y procéder contribuerait à réduire le coût de l'incertitude.

## Notes de fin

<sup>1</sup> Pour une discussion sur la façon dont est mesurée la concurrence sur le marché, voir (OCDE, 2021<sub>[121]</sub>).

<sup>2</sup> Lorsque l'entreprise ciblée génère un chiffre d'affaires nul ou faible parce qu'il s'agit d'un concurrent naissant ou qui n'est pas encore actif sur le marché, aucune autorité de la concurrence ne sera chargée de l'examen de cette opération susceptible de produire des effets anticoncurrentiels échappant à tout contrôle.

<sup>3</sup> Les fusions sont généralement autorisées (éventuellement avec des mesures correctives si les inquiétudes sont surmontables) dès lors qu'elles ne créent pas un monopole ou un duopole. D'après les données de l'OCDE (base de données CompStats (OCDE, 2022<sub>[120]</sub>)), en moyenne, 99.3 % des fusions notifiées dans 73 juridictions dans le monde entre 2015 et 2020 ont été autorisées, et 0.7 % ont été interdites. De toutes les opérations examinées, 2.2 % ont été autorisées sous conditions, 0.8 % en phase I et 1.4 % en phase II (examen approfondi).

<sup>4</sup> Cet argument est étayé par de multiples évaluations de fusions *ex post*. Voir par exemple les travaux de (Kwoka, 2013<sub>[107]</sub>) et (Kwoka, 2017<sub>[106]</sub>) ; ou ceux menés par les autorités de la concurrence des États-Unis (Federal Trade Commission des États-Unis, 2011<sub>[133]</sub>) et des Pays-Bas (Kemp et Severijen, 2010<sub>[108]</sub>) dans le secteur de la santé. Pour une discussion plus détaillée, voir également (Blonigen et Pierce, 2016<sub>[114]</sub>).

<sup>5</sup> Si ces affaires se concluent le plus souvent par des amendes, il arrive que d'autres mesures soient nécessaires pour prévenir toute atteinte potentielle à la concurrence. Toutefois, lorsque l'autorité enquête sur la fusion, l'analyse se cantonne généralement à un examen *ex ante* de la fusion proprement dite.

<sup>6</sup> Ces interventions débouchent souvent sur des amendes et une réévaluation des effets de l'opération sur la concurrence, et rarement sur une décision d'interdiction obligeant l'autorité à imposer des mesures correctives pour séparer les actifs des entreprises fusionnées et revenir au *statu quo ante*. Par exemple, l'UE, jusqu'en 2021, n'est jamais revenue sur une décision d'autorisation au motif que des informations erronées avaient été fournies au cours du processus (Herbers, 2021<sub>[110]</sub>). En outre, d'après les contributions de nombreux pays à la Table ronde du Comité de la concurrence de l'OCDE sur les Enquêtes sur les fusions menées à bien sans déclaration (OCDE, 2014<sub>[123]</sub>), dans les juridictions qui disposent de pouvoirs pour contrôler l'opération et, le cas échéant, l'annuler si les parties ont fourni des informations fausses ou trompeuses, les enquêtes ne se sont soldées que par des sanctions pécuniaires et, dans le cas des États-Unis, des poursuites pénales.

<sup>7</sup> Les travaux fournis du Comité de la Concurrence de l'OCDE dans ces domaines offrent de plus amples informations sur les mesures correctives dans le cadre des fusions. Voir par exemple les tables rondes sur [les mesures correctives dans les affaires de fusions transfrontalières](#) (2013), [les mesures correctives dans les affaires de fusions](#) (2011), [les mesures correctives et les fusions](#) (2003) ou encore plusieurs tables rondes qui peuvent présenter un intérêt comme celles sur l'[évaluation de l'impact des décisions de fusion](#) (2011), sur le processus décisionnel des autorités dans les affaires de fusions (2016) et sur les [mesures correctives destinées aux consommateurs](#) (2018).

<sup>8</sup> Voir Processus décisionnel des autorités dans les affaires de fusions (2016).

<sup>9</sup> La FTC américaine a été l'une des plus grandes pourvoyeuses de « rétrospectives sur les fusions » (voir <https://www.ftc.gov/policy/studies/merger-retrospectives>). L'UE a également publié une étude majeure sur l'examen a posteriori de décisions de fusion menée par la direction générale de la concurrence (Ormosi et al., 2015<sub>[103]</sub>). L'OCDE elle-même a organisé un certain nombre de tables rondes et ateliers consacrés aux expériences de diverses autorités de la concurrence en matière d'évaluation *ex post* de décisions d'application du droit, y compris dans le cadre de l'examen de fusions (voir par exemple (OCDE, 2011<sub>[6]</sub>)).

<sup>10</sup> En sus de limiter les erreurs d'analyse potentielles, cela permet de se présenter devant les tribunaux avec un dossier plus solide en cas d'action en justice.

<sup>11</sup> À cet égard, les examens *ex post* peuvent servir plusieurs objectifs. Pour commencer, ils peuvent permettre de déterminer si l'autorité de la concurrence s'est montrée trop tendre dans son application de la législation en étudiant les conséquences de la fusion sur les prix (entre autres) dans le secteur concerné. Ensuite, ils peuvent aider à évaluer la capacité prédictive des différents outils économiques utilisés pour filtrer ou évaluer les fusions, notamment celle du test UPP ou des simulations de fusion. Enfin, ils peuvent permettre de reconsidérer l'efficacité des différents types de mesures correctives à contrer les effets potentiellement préjudiciables des fusions.

<sup>12</sup> Parmi les juridictions qui ne permettant pas l'examen *ex post* des fusions concrétisées figure l'Union européenne. Le vide juridique concernant les fusions en-deçà des seuils de notification définis dans le Règlement de l'UE sur les concentrations a récemment été corrigé par la Commission européenne, qui a élargi les types d'opérations soumises à son « mécanisme de renvoi » permettant aux autorités nationales de la concurrence des États membres de l'UE de demander à la Commission d'examiner des opérations (article 22 du Règlement). Les orientations de la Commission européenne encouragent les autorités de la concurrence à renvoyer pour examen au niveau européen les acquisitions d'entreprises qui génèrent un chiffre d'affaires faible ou nul dans l'UE ou dans un État membre si la cible de l'acquisition est susceptible de jouer un rôle concurrentiel important à l'avenir. D'autres pays (comme l'Allemagne ou l'Autriche) ont modifié leurs seuils de notification pour que les acquisitions de concurrents naissants (dont le chiffre d'affaires est donc faible ou nul) soient tout de même soumises à déclaration sur le fondement de la valeur des actifs concernés. (Voir la discussion sur les « acquisitions prédatrices » dans (OCDE, 2020<sub>[4]</sub>)).

<sup>13</sup> Quoi qu'il en soit, la quantité de ressources utilisées pour enquêter sur des fusions concrétisées peut être comparable à toute autre enquête visant à faire appliquer la loi ou à un examen *ex ante*. Par conséquent, la sélection des fusions méritant d'être remises en question doit tenir compte tant des bénéfices que des coûts d'une intervention, comme c'est le cas pour les autres pouvoirs que détiennent les autorités de la concurrence.

<sup>14</sup> Il convient de souligner que ce n'est pas spécifique à l'examen des fusions achevées : les mesures correctives imposées *ex ante* peuvent également se révéler sous-optimales, et ce type de mesures peut même montrer une efficacité supérieure dans un contexte *ex post*.

<sup>15</sup> L'impact potentiel sur les motivations de l'entreprise à fusionner dépendra, bien entendu, des délais dans lesquels l'autorité de la concurrence peut exercer ses pouvoirs d'examen *ex post* et de sa compétence pour remettre en question une fusion achevée qui avait été préalablement autorisée.

<sup>16</sup> Plus de 100 juridictions dans le monde sont dotées d'un régime actif de contrôle des fusions. Sur les 73 pays couverts par la base de données CompStats de l'OCDE, sept seulement (soit moins de 10 %) en sont dépourvus. Parmi les Membres de l'OCDE, seul le Luxembourg n'en dispose pas. Alors que la majorité des juridictions s'accordent sur la nécessité d'incorporer le contrôle des fusions dans le droit de la concurrence, des divergences persistent sur les caractéristiques et l'étendue des pouvoirs d'examen des fusions octroyés aux autorités de la concurrence. La plupart des régimes de contrôle des fusions dans le monde reposent sur un système de notification *ex ante* obligatoire, imposent des frais de dossier, utilisent le chiffre d'affaires comme seuil de notification, suivent un processus en deux étapes, et prévoient une procédure simplifiée pour les cas présumés inoffensifs.

<sup>17</sup> C'est le cas du Chili, de l'Indonésie, du Pérou, de la Suède et de la Corée. Dans ces pays, l'option de la notification spontanée permet aux parties de déclarer des fusions inférieures aux seuils fixés

afin d'obtenir une sécurité juridique dans le cas d'opérations qui, sans être soumises à notification, pourraient produire des effets anticoncurrentiels.

<sup>18</sup> Voir (CMA, 2020<sub>[125]</sub>).

<sup>19</sup> C'est généralement à l'acquéreur qu'incombe l'obligation de notifier.

<sup>20</sup> Si les parties omettent de notifier une fusion qui atteint les seuils de notification (mise en œuvre prématurée), l'autorité conserve la possibilité d'enquêter sur l'opération et d'imposer des mesures correctives si elle produit des effets anticoncurrentiels ; elle peut également infliger une amende aux parties à la fusion pour violation de l'obligation de notification.

<sup>21</sup> En règle générale, dans les systèmes de notification obligatoire, l'autorité de la concurrence peut contrôler une opération achevée dans deux hypothèses : lorsque la décision d'autorisation initiale a été prise sur la base d'informations fausses ou trompeuses, et si les parties qui fusionnent ont omis de notifier une opération soumise à notification (mise en œuvre prématurée).

<sup>22</sup> Voir la discussion au chapitre 2.2.2.

<sup>23</sup> Voir par exemple l'affaire États-Unis contre E.I. du Pont de Nemours & Co. (1957) dans laquelle une opération a été attaquée 30 ans après sa réalisation.

<sup>24</sup> On trouve encore quelques exemples de pays dépourvus d'un régime de contrôle des fusions mais qui peuvent s'appuyer sur un mécanisme de contrôle *de facto*. Ainsi, en 2017, la Commission du commerce équitable de la Jamaïque a recouru à une disposition portant interdiction générale des pratiques anticoncurrentielles (article 17 de la loi sur la concurrence équitable) pour examiner une fusion entre deux des trois opérateurs mobiles présents à l'époque dans le pays. Voir (Jamaica Fair Trading Commission, 2017<sub>[126]</sub>).

<sup>25</sup> D'après la base de données CompStats de l'OCDE, 66 juridictions (soit 90 % des 73 couvertes par la base de données) sont dotées d'un régime de contrôle des concentrations. Ces 66 juridictions se répartissent en deux groupes : (i) 34 d'entre elles ont institué leur régime de contrôle des fusions l'année de la mise en place de leur droit de la concurrence ; et (ii) les 32 autres juridictions l'ont institué dans les années qui ont suivi l'entrée en vigueur de leur droit de la concurrence. Voir (OCDE, 2022<sub>[120]</sub>).

<sup>26</sup> Voir par exemple, pour l'Europe, l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire Europemballage et Continental Can contre Commission ; affaire 6/72 ; Recueil de jurisprudence 1973 p.215 ; CMLR 1973 p.219 (sur le recours à l'article 102 du TFUEU puis à l'article 86 du Traité CEE) et dans British American Tobacco Company Ltd. et R.J. Reynolds Industries Inc. contre Commission ; affaires 142/84 et 156/84 (sur le recours à l'article 101 du TFUEU puis à l'article 85 du Traité CEE).

<sup>27</sup> Parmi les juridictions qui peuvent imposer des mesures correctives de nature structurelle dans les cas d'abus de position dominante figurent l'Union européenne, en vertu de l'article 7 du Règlement du Conseil (CE) n° 1 de 2003, le Canada en application de l'article 79 (2) de la loi sur la concurrence de 1985, et les États-Unis en vertu de l'article 2 de la loi Sherman.

<sup>28</sup> À la connaissance du Secrétariat, seuls trois pays de l'OCDE disposent de tels pouvoirs : l'Islande, le Mexique et le Royaume-Uni.

<sup>29</sup> Voir par exemple le rapport (Lear, 2019<sub>[129]</sub>), qui conclut qu'au total, Google, Amazon et Facebook ont réalisé 299 acquisitions entre 2008 et 2018. Très peu de ces fusions ont fait l'objet d'un examen de phase I par la CMA, et elles sont encore plus rares à avoir fait l'objet d'un examen approfondi. De même, la Commission européenne n'en a examiné que très peu. Pour une discussion plus détaillée sur l'absence de contrôle d'opérations qui ont été clôturées sans examen préalable au regard des règles de la concurrence parce qu'elles n'étaient pas soumises à notification, voir : (OCDE, 2020<sub>[4]</sub>) et (Kwoka et Valletti, 2021<sub>[8]</sub>).

<sup>30</sup> L'article 16(1) de la loi n° 287 de 1990 impose la notification préalable d'une opération lorsque le chiffre d'affaires total réalisé en Italie par les entreprises concernées est supérieur à 511 millions

EUR et lorsque le chiffre d'affaires agrégé réalisé au niveau national par chacune d'au moins deux des entreprises concernées est supérieur à 31 millions EUR.

<sup>31</sup> Les principales évolutions en ce qui concerne le contrôle des fusions portent sur la modification des critères de fond (actuellement, la création ou le renforcement d'une position dominante) pour les aligner sur les critères de contrôle des fusions de l'Union européenne fondés sur une entrave significative à la concurrence effective (« SIEC ») et adopter de nouveaux seuils de notification. Voir : (AGCM, 2021<sup>[134]</sup>).

<sup>32</sup> D'après (Pregno et Pili, 2021<sup>[102]</sup>), l'autorité de la concurrence doit également tenir compte des effets préjudiciables au développement et à la dissémination de petites entreprises caractérisées par des stratégies innovantes.

<sup>33</sup> Le projet de loi a pour objet de transposer la directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de la concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur. Pour connaître son état d'avancement, voir (Oireachtas, 2022<sup>[104]</sup>).

<sup>34</sup> Il dispose que si la Commission constate que l'opération aura pour résultat d'amoindrir substantiellement la concurrence sur les marchés des biens et services au sein du pays, elle pourra déterminer si la fusion doit être dénouée ou dissoute pour rétablir la situation antérieure à sa réalisation.

<sup>35</sup> Il prévoit que la demande de notification des opérations inférieures aux seuils doit être faite par la Commission au plus tard 60 jours ouvrables à compter de : (i) la date à laquelle l'une des entreprises impliquées dans la fusion a publiquement annoncé son intention de faire une offre ; (ii) la date à laquelle la Commission a eu connaissance que les parties ont conclu un accord en vue de la réalisation d'une transaction ; ou (iii) la date à laquelle la fusion a été mise en œuvre.

<sup>36</sup> « *Alors que les mesures correctives comportementales visent à empêcher les entreprises de s'engager dans des types de comportements spécifiques, les mesures de nature structurelle visent à éliminer d'emblée les facteurs qui permettent ou favorisent ces comportements.* »

<sup>37</sup> Les auteurs sont parvenus à la conclusion que, dans certaines situations, l'analyse des coûts/bénéfices plaidera en défaveur du démantèlement d'une fusion même si ses effets anticoncurrentiels étaient prévisibles lors de sa réalisation.

<sup>38</sup> Hormis les États-Unis, les juridictions qui sont intervenues directement *ex post* dans des affaires de fusion l'ont principalement fait dans des cas de mise en œuvre prématurée, de défaut de déclaration d'une fusion soumise à notification, ou de communication d'informations inexacts lors du processus de notification ; ou encore dans le cadre des régimes de notification spontanée ainsi que nous l'avons vu dans la précédente section.

<sup>39</sup> L'article 7 de la loi Clayton permet certes à des parties privées d'agir en justice contre des violations, mais elles doivent dans ce cas démontrer leur intérêt à agir, c'est-à-dire l'existence d'un préjudice concurrentiel causé par l'opération. En raison de la difficulté à prouver ce préjudice ainsi que du coût et de la durée des procédures, les parties privées sont peu enclines à attaquer des fusions en justice, préférant faire part de leurs griefs aux autorités de la concurrence (McDonald et al., 2018<sup>[63]</sup>). Sans compter qu'aux États-Unis, les actions en réparation de dommages causés par une fusion se prescrivent par quatre ans, tandis que l'action administrative n'est soumise à aucun délai de prescription, ce qui en fait une option beaucoup plus attrayante.

<sup>40</sup> Voir (MacLeod, 2021<sup>[105]</sup>), (Patel, 2020<sup>[9]</sup>) et (Sher, 2004<sup>[14]</sup>) qui traitent de la difficulté à trouver des mesures correctives dans le cadre de l'examen *ex post* des fusions.

<sup>41</sup> Par exemple, lors de la fusion Facebook / GIPHY en 2021 qui fait l'objet de l'Encadré 3.9, au moment de l'intervention de la CMA, Facebook avait déjà supprimé la fonction et l'équipe des ventes et du marketing de GIPHY et transféré la quasi-totalité de ses effectifs ainsi que les fonctions de back-office vers Facebook, ce qui avait affaibli GIPHY par rapport à sa situation antérieure à la fusion. Parmi ses mesures correctives, la CMA a donc joint à Facebook de ré-instituer certaines

activités de GIPHY et de veiller à ce que l'entreprise dispose du personnel nécessaire pour lui permettre d'être compétitive à l'issue de la cession. Ces mesures comprenaient des incitations financières et autres pour faire revenir d'anciens employés au sein de GIPHY, ainsi qu'un processus de recrutement pour remplacer les membres clés du personnel qui refuseraient.

<sup>42</sup> Si la fusion n'a pas encore été réalisée, les mesures provisoires seraient adressées à la fois à l'acquéreur et à l'entreprise cible. Selon le stade d'intégration, l'autorité de la concurrence peut avoir pour but d'empêcher (i) l'échange d'informations sensibles entre les parties, (ii) toute tentative de poursuite de l'intégration des deux entreprises, (iii) toute activité commerciale conjointe des parties et (iv) toute décision concernant les effectifs qui pourrait toucher la société absorbée. Les autorités de la concurrence reconnaissent toutefois que, dans certaines circonstances, un certain degré d'intégration peut être nécessaire pour assurer la viabilité de la société cible. Elles peuvent alors accorder une dérogation aux mesures provisoires, sous réserve que les parties à la fusion déposent une demande motivée.

<sup>43</sup> Pour une discussion détaillée, voir (Spangler, 2019<sub>[100]</sub>), (Hovenkamp, 2018<sub>[109]</sub>) et (Scott, 2019<sub>[101]</sub>).

<sup>44</sup> C'est la principale raison pour laquelle de nombreuses juridictions dans lesquelles l'autorité de la concurrence a le pouvoir d'enquêter sur les fusions concrétisées les ont limités dans le temps (voir chapitre 3.2.1).

<sup>45</sup> Inversement, cela peut inciter les entreprises fusionnées à procéder le plus rapidement possible à l'intégration de leurs actifs, et de façon à ce qu'une séparation ultérieure soit complexe, coûteuse, voire impossible, dans l'objectif de décourager les autorités qui y sont habilitées de se lancer dans une enquête post-fusion.

<sup>46</sup> (Bureau de la concurrence, 2019<sub>[122]</sub>) et (Gates et Massai, 2021<sub>[111]</sub>).

<sup>47</sup> Bien que, dans l'Union européenne, la Commission ne soit pas habilitée à prescrire des mesures structurelles dans le cadre d'une enquête sectorielle, le législateur peut s'appuyer sur les conclusions de la Commission pour imposer une séparation structurelle. Ce fut le cas par exemple suite à l'enquête sectorielle sur le fonctionnement des marchés européens du gaz et de l'électricité, qui avait conclu à une forte concentration du marché au niveau du commerce de gros combinée à des obstacles majeurs à l'entrée, à un manque de transparence et à une concurrence limitée sur les marchés de détail (DG Concurrence, 2017<sub>[117]</sub>). Pour remédier aux problèmes identifiés par la Commission dans son enquête sectorielle, le Parlement européen et le Conseil ont adopté en 2009 un programme de découplage requérant une dissociation de la propriété ou une séparation fonctionnelle dans les secteurs du gaz et de l'électricité.

<sup>48</sup> Lignes directrices de l'ACCC relatives aux engagements d'accès du Titre IIIA.

<sup>49</sup> (Kwoka et Valletti, 2021<sub>[8]</sub>) présentent de nombreux exemples issus des secteurs des télécommunications et de l'électricité aux États-Unis et au Royaume-Uni. Mais de nombreuses autres juridictions ont connu cette évolution des monopoles naturels présents sur leurs marchés.

<sup>50</sup> L'affaire de la CEZ Electricity Company fournit un exemple de cession dans le secteur de l'électricité (AT. 39727). En 2013, suite à une enquête concernant un abus de position dominante sur le marché de l'électricité en République Tchèque, l'entreprise a soumis à la Commission européenne des propositions d'engagements portant sur la cession d'actifs de production déterminés en fonction de la capacité de production.

<sup>51</sup> Certains pays de l'OCDE comme l'Australie et le Royaume-Uni offrent des exemples de mesures impliquant des séparations structurelles dans le secteur ferroviaire (OCDE, 2019, pp. 54-55<sub>[77]</sub>).

<sup>52</sup> En ce qui concerne les mesures correctives structurelles adoptées lors d'examen de fusions *ex post*, les autorités de concurrence sont en outre confrontées à la question de la faisabilité de la séparation des actifs qui doivent être cédés.

## Références

- ABA (2018), *Comments of the American Bar Association’s Sections of Antitrust Law and International Law Regarding the French Competition Authority’s Consultation on Modernizing and Simplifying the French Merger Control Law*, [16]  
[https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/aba\\_expost\\_sept18.pdf](https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/aba_expost_sept18.pdf).
- ABA Antitrust Law Section (2020), *Analyzing the scope of enforcement actions against consummated mergers in a time of heightened scrutiny*, [10]  
<https://ourcuriousamalgam.com/wp-content/uploads/Consummated-Mergers-Policy-Task-Force-Apr-2020-FINAL.pdf>.
- ACCC (2022), *ACCC Overview of Telstra’s Structural Separation Undertaking*, [95]  
<https://www.accc.gov.au/regulated-infrastructure/communications/industry-reform/telstras-structural-separation-undertaking>.
- ACCC (2008), *Merger Guidelines*, [20]  
<https://www.accc.gov.au/system/files/Merger%20guidelines%20-%20Final.PDF>.
- AGCM (2021), *Communiqué de presse : ICA: proposals for pro-competitive reforms (Annual Competition Law proposal) have been sent to Palazzo Chigi*, [134]  
<https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2021/3/ICA-proposals-for-pro-competitive-reforms-Annual-Competition-Law-proposal-have-been-sent-to-Palazzo-Chigi>.
- Akin Gump Strauss Hauer & Feld (2012), *M&A Antitrust Surprise: FTC Challenges \$15 Million Merger Consummated in 2007*, [29]  
<http://www.akingump.com/en/newspublications/m-a-antitrust-surprise-ftc-challenges-15-million-merger.html>.
- Alexiadis, P. et S. E. (2013), « Structural Remedies under European Union Antitrust Rules », [90]  
*The Concurrences*, vol. 2, pp. 21-26, <https://www.gibsondunn.com/wp-content/uploads/documents/publications/AlexiadisSependa-StructuralRemedies.pdf>.
- Autorité suédoise de la concurrence (2022), *Acquisitions Statistics*, [28]  
<https://www.konkurrensverket.se/konkurrens/lagar-och-regler/forvarv/statistik-om-forvarv/>  
 (consulté le 22 February 2022).
- Autorité suédoise de la concurrence (2018), *Guidance from the Swedish Competition Authority for the Notification and Examination of Concentrations between Undertakings*, [25]  
[https://www.konkurrensverket.se/globalassets/dokument/engelska-dokument/competition/guidance-from-the-swedish-competition-authority-for-the-notification-and-examination-of-concentrations-between-undertakings\\_2018.pdf](https://www.konkurrensverket.se/globalassets/dokument/engelska-dokument/competition/guidance-from-the-swedish-competition-authority-for-the-notification-and-examination-of-concentrations-between-undertakings_2018.pdf).
- Bain & Company (2014), *Mastering the Good Breakup*, [73]  
<https://www.bain.com/insights/mastering-the-good-breakup/>.

- Biden JR, J. (2021), *Executive Order on Promoting Competition in the American Economy*, [31]  
<https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/07/09/executive-order-on-promoting-competition-in-the-american-economy/>.
- Blonigen, B. et J. Pierce (2016), « Evidence for the Effects of Mergers on Market Power and Efficiency », *NBER*, vol. 22750, [114]  
<http://www.nber.org/papers/w22750>.
- Broomley, B. (1958), « Business View of the du Pont General Motors Decision », *GEO. L. J.*, [66]  
 vol. 46, pp. 646-651.
- Bureau de la concurrence (2019), *Lignes directrices sur l'abus de position dominante*, [122]  
<https://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/04420.html>.
- Bureau de la concurrence (2006), *Bulletin d'information sur les mesures correctives en matière de fusions au Canada*, [49]  
<https://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/02170.html>.
- CADE (2018), *Guide to Antitrust Remedies*, [48]  
<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/Guide-Antitrust-Remedies.pdf>.
- CADE (2016), *Communiqué de presse – CADE's Tribunal Approves Solution for the Nestlé/Garoto case*, [71]  
<http://antigo.cade.gov.br/noticias/tribunal-do-cade-aprova-solucao-para-o-caso-nestle-garoto>.
- CADE (2016), *Technical Note No. 16/2016/DEE/CADE on the merger between Nestlé and Garoto*, [70]  
<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/notas-tecnicas/2016/nota-tecnica-n16-2016-ato-de-concentracao-08700003861201630.p>.
- Cavanagh, E. (2005), « Antitrust Remedies Revisited », *Oregon Law Review*, vol. 147, pp. 147- [83]  
 223, <http://chrome-extension://efaidnbnmnibpcjpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fcore.ac.uk%2Fdownload%2Fpdf%2F36681186.pdf&clen=290562&chunk=true>.
- CCCS (2016), *CCCS Guidelines on the Substantive Assessment of Mergers*, [52]  
<https://www.cccs.gov.sg/-/media/custom/ccs/files/legislation/legislation-at-a-glance/cccs-guidelines/cccs-guidelines-on-the-substantive-assessment-of-mergers-2016.pdf?la=>.
- CCS (2016), *CCS Guidelines on Enforcement of Competition Cases*, [80]  
<https://www.cccs.gov.sg/-/media/custom/ccs/files/legislation/legislation-at-a-glance/cccs-guidelines/cccs-guidelines-on-enforcement-of-competition-cases-2016.pdf?la=en&hash=256333DE943F48D57D6C51FDD227A0206BE744BC>.
- CMA (2021), *A Quick Guide to UK Merger Assessment*, [23]  
[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/970333/CMA18\\_2021version-.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/970333/CMA18_2021version-.pdf).
- CMA (2021), *Completed acquisition by Facebook, Inc. (now Meta Platforms, Inc.) of Giphy, Inc. Final Report*, [69]  
[https://assets.publishing.service.gov.uk/media/61a64a618fa8f5037d67b7b5/Facebook\\_Meta\\_GIPHY\\_-\\_Final\\_Report\\_1221\\_.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/61a64a618fa8f5037d67b7b5/Facebook_Meta_GIPHY_-_Final_Report_1221_.pdf).

- CMA (2020), *Case Closure Summary*, [135]  
[https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5f8036f1e90e07741264a0f2/Tobii-SB\\_Case\\_Closure\\_Summary\\_9\\_Oct\\_20\\_.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5f8036f1e90e07741264a0f2/Tobii-SB_Case_Closure_Summary_9_Oct_20_.pdf).
- CMA (2020), *Guidance on the CMA's mergers intelligence function*, [125]  
[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/947380/CMA56\\_dec\\_2020.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/947380/CMA56_dec_2020.pdf).
- CMA (2019), *Enforcement Order on the Completed Acquisition by Tobii AB (PUBL) of Smartbox Assistive Technology Limited and Sensory Software International Limited*, [131]  
[https://assets.publishing.service.gov.uk/media/60ca0f0a8fa8f57cf12e61e4/tobii\\_Order\\_.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/60ca0f0a8fa8f57cf12e61e4/tobii_Order_.pdf).
- CMA (2019), *Final Report on the Completed acquisition by Tobii AB of Smartbox Assistive Technologies Limited and Sensory Software International Ltd.*, [128]  
[https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5d5d1800e5274a0766482c45/Final\\_Report2.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5d5d1800e5274a0766482c45/Final_Report2.pdf).
- CMA (2019), *Interim Order on the acquisition by Tobii AB of Smartbox Assistive Technologies Limited and Sensory Software International Ltd.*, [124]  
[https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5c6d667440f0b647af8f35be/Tobii\\_Smartbox\\_Interim\\_Order.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5c6d667440f0b647af8f35be/Tobii_Smartbox_Interim_Order.pdf).
- CMA (2019), *Merger Remedy Evaluations*, [88]  
[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/811252/Merger\\_remedy\\_evaluations\\_2019.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/811252/Merger_remedy_evaluations_2019.pdf).
- CMA (2019), *Unlocking Digital Competition: a Report of the Digital Competition Expert Panel*, [116]  
[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).
- CMA (2019), *Unwinding Order on the acquisition by Tobii AB of Smartbox Assistive Technologies Limited and Sensory Software International Ltd*, [115]  
[https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5cc3353840f0b64032f1ef18/tobii\\_smartbox\\_unwinding\\_order.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5cc3353840f0b64032f1ef18/tobii_smartbox_unwinding_order.pdf).
- CMA (2018), *Merger Remedies Guidelines*, [47]  
[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/764372/Merger\\_remedies\\_guidance.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/764372/Merger_remedies_guidance.pdf).
- CMA (2016), *BAA Airports: Evaluation of the Competition Commission's 2009 Market Investigation Remedies*, [87]  
[https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57399d43ed915d152d00000b/evaluation\\_of\\_baa\\_market\\_investigation\\_remedies.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57399d43ed915d152d00000b/evaluation_of_baa_market_investigation_remedies.pdf).
- CMA (2016), *Final report on the Retail banking market investigation*, [36]  
<https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57ac9667e5274a0f6c00007a/retail-banking-market-investigation-full-final-report.pdf>.
- CMA (2014), *Communiqué de presse : Personal current account and small business banking face full competition investigation*, [35]  
<https://www.gov.uk/government/news/personal-current-account-and-small-business-banking-face-full-competition-investigation>.

- CMA (2013), *Market investigations guidelines: CC3*, [85]  
<https://www.gov.uk/government/publications/market-investigations-guidelines>.
- Commission australienne de la concurrence et de la protection des consommateurs (2019), [132]  
*Digital Platforms Inquiry: Final Report*, <https://www.accc.gov.au/publications/digital-platforms-inquiry-final-report>.
- Commission du commerce néozélandaise (2019), *Merger and Acquisitions Guidelines*, [21]  
[https://comcom.govt.nz/\\_data/assets/pdf\\_file/0020/91019/Mergers-and-acquisitions-Guidelines-July-2019.pdf](https://comcom.govt.nz/_data/assets/pdf_file/0020/91019/Mergers-and-acquisitions-Guidelines-July-2019.pdf).
- Commission européenne (2021), *Findings on the Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control*, [127]  
[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).
- Commission européenne (2008), *Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission.*, [46]  
[https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files\\_remedies/remedies\\_notice\\_fr.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files_remedies/remedies_notice_fr.pdf).
- Competition Commission (2012), *A report on the completed acquisition by Stericycle, Inc of Ecowaste Southwest Limited*, [65]  
[https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20140402141250/http://www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/2011/src/ecowaste/ecowaste\\_final\\_report\\_excised.pdf](https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20140402141250/http://www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/2011/src/ecowaste/ecowaste_final_report_excised.pdf).
- Competition Policy, L. (dir. pub.) (209), *Public interest provisions in the South African Competition Act - A Critical Review*. [56]
- Cot, J. (2020), *Entreprises structurantes: le sénat adopte une proposition de loi*, [113]  
<https://www.concurrences.com/fr/revue/issues/no-2-2020/chroniques/numerique-entreprises-structurantes-proposition-de-loi-le-senat-adopte-une>.
- Crémer, J., Y. de Montjoye et H. Schweitzer (2019), *Competition policy for the digital era*, [112]  
<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>.
- Department of Enterprise, Trade and Employment (2022), *Competition (Amendment) Bill 2022*, [38]  
<https://enterprise.gov.ie/en/Legislation/Legislation-Files/Competition-Amendment-Bill-2022.pdf>.
- Department of Infrastructure, Transport, Regional Development and Communications (2022), [96]  
*Telstra's separation framework*, <https://www.infrastructure.gov.au/media-technology-communications/internet/competition-broadband/telstras-separation-framework>.
- DG Concurrence (2017), *Report on Energy Sector Inquiry*, [117]  
[https://ec.europa.eu/competition/sectors/energy/2005\\_inquiry/full\\_report\\_part1.pdf](https://ec.europa.eu/competition/sectors/energy/2005_inquiry/full_report_part1.pdf).
- Direction générale de l'industrie et du commerce (Colombie) (2019), *Guía de Análisis de Integraciones Empresariales*, [50]  
[https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Proteccion\\_Competencia/Integraciones\\_Empresariales/2019/Gu%C3%ADa%20Integraciones%20Empresari](https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Proteccion_Competencia/Integraciones_Empresariales/2019/Gu%C3%ADa%20Integraciones%20Empresari).

- eBay Inc. (2015), *Communiqué de presse : eBay Inc. Board Approves Completion of eBay and PayPal Separation*, <https://www.ebayinc.com/stories/news/ebay-inc-board-approves-completion-of-ebay-and-paypal-separation/>. [75]
- Ezrachi, A. (2005), « Under (and Over) Prescribing of Behavioural Remedies », *The University of Oxford Centre for Competition Law and Policy*, vol. Working Paper 13/05, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=913773](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=913773). [43]
- Federal Trade Commission des États-Unis (2017), *The FTC's Merger Remedies 2006-2012, A Report of the Bureaus of Competition and Economics*, [https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/ftcs-merger-remedies-2006-2012-report-bureaus-competition-economics/p143100\\_ftc\\_merger\\_remedies\\_200](https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/ftcs-merger-remedies-2006-2012-report-bureaus-competition-economics/p143100_ftc_merger_remedies_200). [45]
- Federal Trade Commission des États-Unis (2012), *Communiqué de presse : FTC Order Restores Competition in Market for Magnesium Plates for Photoengraving*, <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2012/10/ftc-order-restores-competition-market-magnesium-plates>. [62]
- Federal Trade Commission des États-Unis (2012), *Final Order in Case No. C-4381*, <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2012/12/121226magelektrondo.pdf>. [61]
- Federal Trade Commission des États-Unis (2011), « Competition issues related to mergers in the US hospital industry », *International Journal of the Economics of Business*, vol. 18/1, <https://www.tandfonline.com/toc/cijb20/18/1?nav=toCList>. [133]
- Federal Trade Commission des États-Unis (2008), *Communiqué de presse : FTC Issues Final Opinion and Order to Restore the Competition Lost in Evanston Northwestern Healthcare Corporations Acquisition of Highland Park Hospital*, <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2008/04/ftc-issues-final-opinion-order-restore-competition-lost-ewanston-northwestern-healthcare>. [98]
- Federal Trade Commission des États-Unis (2007), *Opinion of the Commission in the Matter of Evanston Northwestern Healthcare Corporation, Docket No. 9315*, <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2007/08/070806opinion.pdf>. [99]
- Federal Trade Commission des États-Unis (2008), *Evanston Northwestern Healthcare Corporation and ENH Medical Group, Inc. Case Summary*, <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/0110234/ewanston-northwestern-healthcare-corporation-enh-medical-group>. [97]
- Fletcher, A. (2020), « Market Investigations for Digital Platforms: Panacea or Complement? », *University of East Anglia: Mimeo.*, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3668289](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3668289). [37]
- FNE (2021), *Communiqué de presse : Interpone requerimiento en contra de Navimag Carga S.A.*, <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/11/Requerimiento-Navimag-121121.pdf>. [67]
- Gates, A. et E. Massai (2021), *The Dominance and Monopolies Review: Canada*, *The Law Reviews*, <https://thelawreviews.co.uk/title/the-dominance-and-monopolies-review/canada>. [111]

- Givensky, D. (2013), « Investigating Consummated Mergers: The Antitrust Agencies' Shift Toward a Retroactive Enforcement Policy », *Review of Banking and Financial Law*, vol. 32, pp. 88-97. [15]
- Grundin, G. et al. (2020), *Can telcos create more value by breaking up?*, McKinsey & Company, <https://www.mckinsey.com/industries/technology-media-and-telecommunications/our-insights/can-telcos-cr>. [94]
- Herbers, B. (2021), *Misleading information provided by merging parties*, <https://www.mergerfilers.com/articles.aspx?articlelink=36>. [110]
- Herbert Smith Freehills (2021), *US Court of Appeals affirms first-ever divestment order by private antitrust plaintiff*, <https://hsfnotes.com/crt/2021/04/15/us-court-of-appeals-affirms-first-ever-divestment-order-by-private-antitrust-plaintiff>. [64]
- Hovenkamp, H. (2018), « Progressive Antitrust », *Faculty Scholarship at Penn Law*, vol. 1768. [109]
- J. Thomas Rosch, C. (2012), *Remarks at the ABA Section of Antitrust Law Spring Meeting (2012): Consummated Merger Challenges—The Past is Never Dead.*, <http://www.ftc.gov/speeches/rosch/120329springmeetingspeech.pdf>. [30]
- Jamaica Fair Trading Commission (2017), *FTC cleared to challenge Digicel Claro merger*, <https://jftc.gov.jm/ftc-cleared-to-challenge-digicel-claro-merger/>. [126]
- Kemp, R. et A. Severijen (2010), *Price effects of Dutch hospital mergers, An ex post assessment of hip surgery*, <https://doi.org/10.1007/s10645-012-9189-6>. [108]
- Khan, L. (2019), « The Separation of Platforms and Commerce », *Columbia Law Review*, vol. 119, pp. 973-980, <https://columbialawreview.org/content/the-separation-of-platforms-and-commerce/>. [42]
- Koltay, G., S. Lorincz et T. Valletti (2021), *Concentration and Competition: Evidence from Europe and Implications for Policy*, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.39925>. [3]
- Korea Fair Trade Commission (KFTC) (2017), *Guidelines for Combination of Enterprises Remedies*, [https://www.ftc.go.kr/eng/cop/bbs/selectBoardList.do?key=2857&bbsId=BBSMSTR\\_000000003634&bbsTyCode=BBST11](https://www.ftc.go.kr/eng/cop/bbs/selectBoardList.do?key=2857&bbsId=BBSMSTR_000000003634&bbsTyCode=BBST11). [51]
- Kwoka, J. (2017), « Mergers, Merger Control, and Remedies: A Response to the FTC Critique », <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2947814>. [106]
- Kwoka, J. (2013), « Does Merger Control Work? A Retrospective on U.S. Enforcement Actions and Merger Outcomes », *Antitrust Law Journal*, vol. 78/3, pp. 619-650, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1954849](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1954849). [107]
- Kwoka, J. et T. Valletti (2021), « Unscrambling the Eggs: breaking up consummated mergers and dominant firms », *Industrial and Corporate Change*, vol. 30/5, pp. 1286–1306, <https://doi.org/10.1093/icc/dtab050>. [8]
- Lear (2019), *Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets*, [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). [129]

- Lewis, D. (2002), *The role of public interest in Merger evaluation*, *International Competition Network Merger Working Group*, [54]  
<https://www.comptrib.co.za/Publications/Speeches/lewis5.pdf>.
- Machine, A. (2014), « Public Interest Test and Merger Control in South Africa: The Walmart Case Revisited », *African Antitrust and Competition Law*, [58]  
<https://africanantitrust.com/2014/12/03/public-interest-merger-control-the-walmart-case-revisited/>.
- MacLeod, W. (2021), *Breaking Up Is Hard to Do During Competition Agency Review: Fixing Before Filing Can Be the Easier Path to Closing*, [105]  
<https://www.competitionpolicyinternational.com/breaking-up-is-hard-to-do-during-competition-agency-review-fixing-before-filing-can-be-the-easier-path-to-closing/>.
- McDonald, B. et al. (2018), *The US District Court for the Eastern District of Virginia requires divestiture in a long-consummated merger (Steves & Sons / Jeld-Wen)*, [63]  
<https://www.concurrences.com/fr/bulletin/news-issues/october-2018/the-us-district-court-for-the-eastern-district-of-virginia-requires-divestiture>.
- Ministère, D. (2017), *Press Release: Justice Department Files Antitrust Lawsuit Against Parker-Hannifin Regarding Company's Acquisition of CLARCOR's Aviation Fuel Filtration Products*, [32]  
<https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-files-antitrust-lawsuit-against-parker-hannifin-regarding-company-s>.
- Ministère de la Justice des États-Unis (2009), *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act. Chapitre 9*, [79]  
<https://www.justice.gov/atr/competition-and-monopoly-single-firm-conduct-under-section-2-sherman-act-chapter-9>.
- Ministère, D. (2017), *Press Release: Justice Department Reaches Settlement with Parker-Hannifin*, [33]  
<https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-reaches-settlement-parker-hannifin>.
- Muris, T. et J. Nuechterlein (2020), « First Principles for Review of Long-Consummated Mergers », *Criterion Journal of Innovation*, vol. 5, [13]  
<https://www.criterioninnovation.com/articles/consummated-mergers/#:~:text=Specifically%2C%20they%20would%20have%20to,that%20the%20prospective%20benefits%20of>.
- Nasdaq (2017), *Has the Split Worked for HP & Hewlett Packard Enterprise?*, [76]  
<https://www.nasdaq.com/articles/has-the-split-worked-for-hp-hewlett-packard-enterprise-2017-01-17>.
- Nevo, A. (2021), *If breaking up is the answer, then what is the question?*, [12]  
<https://www.competitionpolicyinternational.com/if-breaking-up-is-the-answer-then-what-is-the-question/>.
- OCDE (2022), *Interim Measures in Antitrust Investigations*, [68]  
<https://www.oecd.org/daf/competition/interim-measures-in-antitrust-investigations.htm>.
- OCDE (2022), *OECD Competition Trends 2022*, [120]  
<https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-competition-trends-2022.pdf>.

- OCDE (2021), *Ex Ante Regulation and Competition in Digital Markets*, [130]  
<https://www.oecd.org/daf/competition/ex-ante-regulation-and-competition-in-digital-markets-2021.pdf>.
- OCDE (2021), *Méthodes utilisées pour mesurer la concurrence sur le marché*, [121]  
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2021\)2/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2021)2/fr/pdf).
- OCDE (2020), *How does the UK use Market Studies to Tackle Emerging Competition Issues*, [86]  
<https://oecdonthellevel.com/2020/11/23/how-does-the-uk-use-market-studies-to-tackle-emerging-competition-issues/>.
- OCDE (2020), *Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control*, [4]  
<https://www.oecd.org/daf/competition/start-ups-killer-acquisitions-and-merger-control-2020.pdf>.
- OCDE (2019), *OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil*, [27]  
<https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-ENG-web.pdf>.
- OCDE (2019), *The divestiture of assets as a competition remedy: Stocktaking of international experiences*, [77]  
<https://www.oecd.org/daf/competition/divestiture-of-assets-competition-remedy-ENG-web.pdf>.
- OCDE (2018), *Effets suspensifs des notifications de fusion et réalisation anticipée des opérations (gun jumping)*, [7]  
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)11/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)11/fr/pdf).
- OCDE (2018), *Market Concentration*, [2]  
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)46/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)46/en/pdf).
- OCDE (2018), *Suspensory Effects of Merger Notifications and Gun Jumping - Note by Australia*, [19]  
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)75/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)75/en/pdf).
- OCDE (2018), *Suspensory Effects of Merger Notifications and Gun Jumping - Note by New Zealand*, [22]  
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)144/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)144/en/pdf).
- OCDE (2018), *Suspensory Effects of Merger Notifications and Gun Jumping - Note by the United Kingdom*, [24]  
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)93/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)93/en/pdf).
- OCDE (2016), *Considérations d'intérêt public dans le contrôle des concentrations*, [53]  
[https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3\(2016\)3&docLanguage=Fr](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2016)3&docLanguage=Fr).
- OCDE (2016), *Processus décisionnel des autorités dans les affaires de fusions*, [119]  
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2016\)6/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2016)6/fr/pdf).
- OCDE (2016), *Reference Guide on Ex-Post Evaluation of Competition Agencies' Enforcement Decision*, [5]  
<https://www.oecd.org/daf/competition/Ref-guide-expost-evaluation-2016web.pdf>.
- OCDE (2016), *Séparation structurelle dans les secteurs réglementés: Rapport sur la mise en œuvre de la Recommandation de l'OCDE.*, [89]  
<https://www.oecd.org/daf/competition/Structural-separation-in-regulated-industries-2016report-fr.pdf>.

- OCDE (2014), *Enquêtes sur les fusions menées à bien sans déclaration*, [1]  
[https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3\(2014\)1&docLanguage=Fr](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2014)1&docLanguage=Fr).
- OCDE (2014), *Investigations of Consummated and Non-Notifiable Mergers - Country Contribution from Sweden*, [26]  
[https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2014\)6&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2014)6&docLanguage=En).
- OCDE (2014), *Investigations of consummated and non-notifiable mergers: Country Contributions*, [123]  
<https://www.oecd.org/fr/daf/concurrence/investigations-consummated-non-notifiable-mergers.htm>.
- OCDE (2014), *Roundtable on Investigations of Consummated and Non-Notifiable Mergers, Australia's Contribution*, [18]  
[https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2014\)16&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2014)16&docLanguage=En).
- OCDE (2011), *Impact Evaluation of Merger Decisions*, [6]  
<https://www.oecd.org/daf/competition/Impactevaluationofmergerdecisions2011.pdf>.
- OCDE (2011), *Remedies In Merger Cases*, [40]  
<https://www.oecd.org/daf/competition/RemediesinMergerCases2011.pdf>.
- OCDE (2006), *Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases*, [34]  
<https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/38623413.pdf>.
- OCDE (2003), *Merger Remedies*, [41]  
<https://www.oecd.org/competition/mergers/34305995.pdf>.
- OCDE (2001), *Recommandation du Conseil concernant la séparation structurelle dans les secteurs réglementés*, [91]  
<https://www.oecd.org/fr/daf/concurrence/recommandationconcerningstructuraleseparationinregulatedindustries.htm>.
- Oireachtas, H. (2022), *State of the Competition (Amendment) Bill 2022*, [104]  
<https://www.oireachtas.ie/en/bills/bill/2022/12/>.
- Ormosi, P. et al. (2015), *A review of merger decisions in the EU: what can we learn from ex-post evaluations?*, Office des publications de l'Union européenne, Luxembourg,  
<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0115715enn.pdf>. [103]
- Oxenham (2012), « Balancing public interest merger considerations before sub-Saharan African competition jurisdictions with the quest for multi-jurisdictional merger control certainty », *US-China Law Review*, vol. 9/211, [57]  
<https://africanantitrust.files.wordpress.com/2013/11/2012072706196124.pdf>.
- Patel, M. (2021), *A Proposal to Invigorate Ex Post Merger Policy*, [11]  
<https://www.competitionpolicyinternational.com/a-proposal-to-invigorate-ex-post-merger-policy/>.
- Patel, M. (2020), « Merger Breakups », *Wisc. L. Rev.*, vol. 975, [9]  
[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3469984](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3469984).

- Philip Lowe, M. (dir. pub.) (2016), *Behavioural versus Structural Remedies in EU Competition Law*, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2457594](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2457594). [78]
- Potter, A., A. Jones et M. McElwee (2014), *Royaume-Uni*, [https://www.kinstellar.com/source/files/articles/articles\\_000051.pdf](https://www.kinstellar.com/source/files/articles/articles_000051.pdf). [17]
- Practical Law (2020), *Antitrust, Consummated Mergers Antitrust Enforcement Chart*, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/7-532-4454?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/7-532-4454?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true). [60]
- Pregno, G. et F. Pili (2021), *The Italian Competition Authority Proposed an Extensive Competition Law Reform*, <https://www.concurrences.com/fr/bulletin/news-issues/march-2021/the-italian-competition-authority-proposes-an-extensive-competition-law-reform>. [102]
- RIC (2016), *Merger Remedies Guide*, [https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG\\_RemediesGuide.pdf](https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG_RemediesGuide.pdf). [39]
- S., O. et S. Sibanda (2015), « Public Interest Considerations In The South African Anti-Dumping and Competition Law, Policy and Practice », *International Business and Economics Research Journal*, vol. 14/5, <https://clutejournals.com/index.php/IBER/article/download/9376/9457>. [55]
- Scott, F. (2019), *Why 'breaking up' tech probably won't work*, <https://www.washingtonpost.com/opinions/2019/07/16/break-up-facebook-there-are-smarter-ways-rein-big-tech/>. [101]
- Sher, S. (2004), « Closed but not forgotten: Government review of consummated mergers under Section 7 of the Clayton Act », *Santa Clara Law Review*, vol. 45, <https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1212&context=lawreview>. [14]
- Smith, P. et A. Swan (2014), *Africa: public interest factors in competition decisions*, <https://africanantitrust.files.wordpress.com/2013/12/public-interest.pdf>. [59]
- Spangler, T. (2019), *Will the U.S. Break Up Big Tech: Don't Hold Your Breath*, <https://variety.com/2019/digital/news/us-antitrust-break-up-facebook-google-amazon-apple-1203232588/>. [100]
- Stigler Center for the Study of the Economy and the State (2019), *Report of the Committee for the Study of Digital Platforms*, <https://research.chicagobooth.edu/stigler/media/news/committee-on-digital-platforms-finalreport>. [118]
- Sullivan, E. (2001), « The Jurisprudence of Antitrust Divestiture: The Path Less Traveled », *Minnesota Law Review*, vol. 86, pp. 565-612, <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/mnlr86&div=19&id=&page=> [84]
- Swanson, B. (2014), *Lessons from the AT&T breakup, 30 years later*, <https://www.aei.org/technology-and-innovation/lessons-att-break-30-years-later/>. [92]
- Taplin, R. et M. Wakui (dir. pub.) (2006), *Changes in the interface and industry structure. In Japanese Telecommunications: Market and Policy in transition*, Routledge. [93]

- The Walt Disney Company (2018), *Communiqué de presse : U.S. Department of Justice Clears Disney Acquisition of 21st Century Fox*, <https://thewaltdisneycompany.com/u-s-department-of-justice-clears-disney-acquisition-of-21st-century-fox/>. [74]
- US DOJ (2020), *Merger Remedies Manual*, <https://www.justice.gov/atr/page/file/1312416/download>. [44]
- Van Loo, R. (2020), « In Defense of Breakups: Administering a « Radical » Remedy », *Cornell Law Review*, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3646630](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3646630). [72]
- Waller, S. (2007), « The Story of Alcoa: The Enduring Questions of Market Power, Conduct, and Remedy in Monopolization Cases », *Antitrust Stories*, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=949925](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=949925). [82]
- Waller, S. (2003), « The Incoherence of Punishment in U.S. Antitrust Law », *Chicago-Kent Law Review*, vol. 78, <https://www.semanticscholar.org/paper/The-Incoherence-of-Punishment-in-Antitrust-Waller/cc859a1ff359253d749ab6132fd6ee2d15cbfe27?p2df>. [81]