

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

Forum mondial sur la concurrence

Évaluation ex post des mesures correctives en matière de fusions – Note de référence

- Rédigée par le Secrétariat -

8 décembre 2023

Le présent document a été rédigé par le Secrétariat de l'OCDE et servira de référence à l'appui de la session IV du 22^e Forum mondial sur la concurrence, qui se tiendra les 7 et 8 décembre 2023

Les opinions et les arguments qui y sont exprimés ne reflètent pas nécessairement le point de vue officiel de l'Organisation ou des gouvernements de ses pays membres.

D'autres documents consacrés à ce sujet sont disponibles à l'adresse suivante : oe.cd/eemcf.

Veuillez prendre contact avec M. Richard May [Richard.May@oecd.org] ou Mme Lynn Robertson [Lynn.Robertson@oecd.org] pour toute question concernant ce document.

JT03533062

Évaluation *ex post* des mesures correctives en matière de fusions*

Les mesures correctives constituent un volet important du contrôle des fusions, lui-même indispensable à la préservation d'une concurrence effective. Concevoir des mesures correctives adaptées n'est cependant pas tâche aisée. Les évaluations *ex post* de ces mesures aident les autorités de la concurrence à évaluer et, si nécessaire, à améliorer leurs pratiques afin de mieux protéger la concurrence à l'avenir.

Elles ne sont cependant pas sans poser de problèmes parce qu'elles représentent un coût financier et parfois un risque réputationnel pour l'autorité comme pour les parties prenantes. Il reste néanmoins que la volonté d'adopter de bonnes pratiques améliore plus souvent la réputation d'une autorité qu'elle ne la ternit, et que l'expérience de certaines autorités de la concurrence démontre l'intérêt de ces évaluations. À noter qu'il n'est pas indispensable de faire appel à des méthodes quantitatives complexes, malgré l'utilité qu'elles ont, et qu'il est possible d'adapter l'évaluation en fonction des ressources disponibles.

* La présente note de référence a été rédigée par Richard May, de la Division de la concurrence de l'OCDE, et a bénéficié des précieux commentaires de : Ori Schwartz, Antonio Capobianco, Maria Canedo et Federica Maiorano, également membres de la Division de la concurrence de l'OCDE. Les opinions exprimées et les arguments avancés dans cette note ne reflètent pas nécessairement les vues de l'Organisation ou des gouvernements de ses pays membres.

Table des matières

1 Introduction	4
2 Les évaluations <i>ex post</i> des mesures correctives en matière de fusions et leur intérêt	7
Il existe différents types d'évaluation <i>ex post</i> des mesures correctives	7
Le bien-fondé des évaluations <i>ex post</i>	12
Obstacles auxquels se heurtent les évaluations <i>ex post</i> des mesures correctives	13
3 La conduite des évaluations <i>ex post</i> des mesures correctives	15
Finalité de l'évaluation	15
Sélection des mesures correctives à intégrer dans l'évaluation	16
Réalisation de l'étude	20
Considérations méthodologiques et recueil d'informations	21
4 Interaction avec d'autres interventions <i>ex post</i> liées aux mesures correctives	30
Évaluations <i>ex post</i> , contrôle du respect des mesures et planification	30
Études de pertinence	31
Évaluations <i>ex post</i> et problèmes de concurrence en général	32
5 Quelques enseignements tirés d'évaluations existantes	33
En général, les mesures correctives fonctionnent et sont efficaces	33
Les cessions structurelles exigent une grande attention	34
Garantir l'efficacité des mesures comportementales	35
6 Conclusion	37
Bibliographie	39
Notes	43

1 Introduction

1. L'idée que la concurrence s'est globalement affaiblie dans beaucoup de secteurs économiques ces dernières décennies s'impose de plus en plus (OCDE, 2018^[1]), plusieurs études laissant penser que la concentration s'est accrue tandis que l'intensité concurrentielle a régressé (ex. : (OCDE, 2019^[2]), (De Loecker, Eeckhout et Unger, 2020^[3]) et (Koltay, Lorincz et Valletti, 2022^[4]). L'efficacité du contrôle des fusions est donc un enjeu plus crucial que jamais.

2. L'imposition de mesures correctives, qui consiste à autoriser une fusion tout en neutralisant ses possibles effets anticoncurrentiels, constitue un volet essentiel de ce contrôle au même titre que l'interdiction des opérations de concentration¹. Un échec de ces mesures à préserver la concurrence compromet l'objectif global du contrôle des fusions². Les autorités de la concurrence du monde entier s'efforcent donc à juste titre d'assurer leur efficacité. De surcroît, à l'ère du numérique, il est possible que les conditions qui doivent être réunies pour que les mesures correctives remplissent leur office aient évolué. Dans ce contexte, il est primordial de veiller à ce que les outils à la disposition des autorités en la matière soient adaptés et correctement utilisés.

3. Les mesures correctives relatives aux fusions ne représentent sans doute pas le quotidien de beaucoup d'autorités de la concurrence. Ainsi, d'après la base de données CompStats de l'OCDE, à peine plus de 2 % des décisions prises entre 2015 et 2020 dans le domaine du contrôle des concentrations comportaient des mesures correctives, décidées en phase I ou II³. Ce pourcentage représente néanmoins au minimum 200 décisions par an, certes concentrées dans un petit nombre de juridictions (Encadré 1.)⁴. Qui plus est, la faiblesse des chiffres ne fait pas de ces mesures un moyen inefficace pour améliorer les pratiques. Elle pourrait au contraire être vue comme le signe que, les possibilités d'apprentissage par la pratique étant limitées faute d'expérience, il est nécessaire d'y recourir davantage. Enfin, à la différence d'autres volets de la politique de la concurrence, le contrôle des fusions est un domaine dans lequel les autorités de la concurrence réalisent généralement beaucoup d'enquêtes, si bien que les chances de tirer des enseignements de l'expérience sont nombreuses (Carlton, 2009^[5]). Même si toutes les fusions ne donnent pas lieu à l'application de mesures correctives, il existe des antécédents à étudier.

4. Les évaluations *ex post* portent sur des mesures passées et permettent d'en apprécier l'efficacité *a posteriori*⁵. Elles permettent de repérer d'éventuels aspects à améliorer et de tirer des leçons de l'expérience. Elles peuvent revêtir de multiples formes, par exemple avoir pour but d'apprécier si la mesure choisie était pertinente ou d'évaluer la manière dont elle a été appliquée. Par ailleurs, il existe différents termes pour les désigner, tels que, outre évaluations *ex post*, études des mesures correctives en matière de fusions, études de cas portant sur des mesures correctives en matière de fusions, entre autres. Pour les besoins de cette note, on parlera d'évaluation *ex post* des mesures correctives ou d'étude des mesures correctives, ou tout simplement d'évaluation et d'étude. Il importe de les distinguer d'évaluations *ex post* plus générales des décisions relatives aux fusions, hors mesures correctives.

5. Jusqu'à présent, ni le Forum mondial sur la concurrence de l'OCDE ni le Comité de la concurrence ou ses groupes de travail ne se sont directement penchés sur l'évaluation *ex post* des mesures correctives imposées dans les affaires de fusion. Toutefois, plusieurs débats ont eu lieu sur des sujets étroitement liés ou voisins. Ainsi, l'évaluation *ex post* en général a été le thème de nombreuses tables rondes de l'OCDE, dont celles sur l'évaluation de l'impact des décisions relatives aux fusions, en 2011 (OCDE, 2011^[6]), et sur l'évaluation des actions et des ressources des autorités de concurrence, en 2005 (OCDE, 2005^[7]). Par

ailleurs, l'évaluation des interventions des autorités de la concurrence a constitué une priorité stratégique pour le Comité de 2012 à 2016, ce qui a abouti à la publication d'un guide de référence sur les évaluations *ex post* des décisions de mise en œuvre des autorités de la concurrence, en 2016 (OCDE, 2016^[8]).

6. En dehors de l'évaluation *ex post*, les mesures correctives elles-mêmes ont été abordées à plusieurs reprises (ex. : (OCDE, 2003^[9]), (OCDE, 2011^[10]) et (OCDE, 2013^[11])). De façon plus générale, le contrôle des fusions a régulièrement été à l'ordre du jour des tables rondes du Comité et du Forum mondial sur la concurrence, et bon nombre des débats qui ont eu lieu dans ce cadre ont été l'occasion d'aborder des aspects liés aux mesures correctives. C'est notamment le cas de la récente table ronde intitulée « démantèlement des fusions concrétisées : expériences et enjeux » (OCDE, 2022^[12]). Des débats du Comité de la concurrence ont en outre été consacrés aux mesures correctives adoptées dans d'autres domaines, comme, en 2022, celui des abus de position dominante (OCDE, 2022^[13]), débats qui ont pu être l'occasion d'aborder des sujets qui se rapportent également aux mesures correctives relatives aux fusions.

7. La présente note de référence porte sur l'évaluation *ex post* des mesures correctives plutôt que sur celle des décisions relatives aux fusions en général, même s'il existe à l'évidence un lien entre les mesures correctives et les problèmes de concurrence détectés dans le cadre du contrôle des fusions. Les mesures correctives procèdent toutefois d'un processus distinct, comprenant une série de tâches spécifiques. Leur conception dépend de ce qui est constaté dans une affaire particulière (une mesure peut échouer parce que le mauvais problème a été repéré), mais plusieurs mesures différentes peuvent parfois être envisagées pour un même problème de concurrence⁶. De surcroît, les mesures correctives offrent, du point de vue des évaluations *ex post*, des perspectives que n'ouvrent pas d'autres décisions prises dans le contexte du contrôle des fusions. Contrairement à la décision d'autoriser ou d'interdire une opération, l'application de telles mesures revient, pour l'autorité, à fixer les conditions à respecter pour que l'opération aille à son terme, ce qui signifie qu'il est possible de concevoir la mesure en pensant à l'évaluation *ex post*. Même si la présente note porte sur l'évaluation *ex post* des mesures correctives adoptées en cas de fusion, bon nombre des principes suivis pour évaluer *a posteriori* d'autres décisions, dont l'autorisation d'une opération de concentration ou l'imposition de mesures correctives dans un autre contexte que celui des concentrations, sont pertinents.

8. Si elles peuvent avoir un intérêt, les évaluations *ex post* des mesures correctives en matière de fusions apportent aussi leur lot de problèmes et exigent ressources et informations. De plus, pour qu'elles soient bénéfiques, il faut que leurs enseignements soient traduits en actes, un simple repérage ne suffisant pas à améliorer la situation. C'est pourquoi la note tente également de fournir des conseils pratiques pour la réalisation de ces évaluations. L'évaluation *ex post* doit aussi être distinguée du contrôle du respect des mesures, son objectif étant d'observer et de tirer des leçons de l'expérience plutôt que de garantir l'efficacité de la mesure en cause. Néanmoins, dans certaines circonstances, il existe probablement, entre ce contrôle et l'évaluation, des liens dont certains pourraient être exploités, raison pour laquelle la note s'y intéresse également.

9. Ce document est organisé de la manière suivante. La première section décrit les évaluations *ex post* des mesures correctives en matière de fusions, présentant les divers types d'études qui existent et des exemples d'évaluations déjà réalisées. Elle se penche aussi sur les raisons qui pourraient encourager les autorités ou d'autres organismes à envisager d'en conduire. La section suivante porte sur différentes approches en matière d'évaluation et sur les méthodes d'évaluation envisageables. La quatrième section examine les interactions avec d'autres évaluations *ex post* et d'autres aspects de la mise en œuvre des mesures, comme le suivi et l'examen relatif à l'extinction d'une mesure. Enfin, la dernière section présente des exemples d'enseignements tirés de précédentes évaluations *ex post* afin de mettre en lumière leur intérêt et la possibilité, pour les juridictions, de tirer mutuellement des leçons de leur expérience. Elle est suivie d'une conclusion.

Encadré 1. Expérience des juridictions en matière de mesures correctives dans le domaine des fusions

La base de données CompStats de l'OCDE reçoit des données d'un grand nombre de juridictions du monde entier, membres de l'OCDE ou non. En 2019 et 2020, le nombre médian de mesures correctives imposées dans le contexte du contrôle des fusions s'est établi à un, beaucoup de juridictions n'ayant adopté aucune mesure. En revanche, les trois juridictions les plus grandes en ont imposé entre 16 et 36 par an. Étant donné l'importance de l'écart, il est possible que des stratégies différentes doivent être envisagées pour les évaluations *ex post*.

Toutefois, bien que les décisions prévoyant des mesures correctives soient beaucoup moins nombreuses dans la plupart des juridictions que dans les plus grandes, une analyse plus approfondie des données de CompStats laisse penser que davantage d'évaluations pourraient être réalisées. Ainsi, au cours des sept années complètes pour lesquelles des données sont disponibles (2015-2021), 63 juridictions ont adopté des mesures correctives au moins une fois, près de 50 en ont imposé au moins cinq fois et seulement trois des pays qui ont communiqué des données pour cette période n'en ont imposé aucune. Autrement dit, même s'il est possible que des études à grande échelle ne puissent pas être réalisées partout, la plupart des juridictions ont déjà, en matière de mesures correctives dans le domaine des fusions, une expérience qui gagnerait à être évaluée.

Note : Analyse réalisée à partir des données de CompStats pour les juridictions qui ont communiqué des données au titre de la majeure partie de la période étudiée. Les décisions d'interdiction ne sont pas incluses dans les décisions imposant des mesures correctives.
Source : Base de données CompStats de l'OCDE, graphique 8.9, analyse des données de CompStats réalisée par l'OCDE.

2 Les évaluations *ex post* des mesures correctives en matière de fusions et leur intérêt

10. Cette partie explique ce que sont les évaluations *ex post* des mesures correctives en matière de fusions et présente les différentes formes qu'elles peuvent revêtir. Elle précise aussi ce qui entre ou non dans le champ de ces études. Enfin, elle évoque les raisons pour lesquelles les autorités de la concurrence ou d'autres organismes devraient y avoir recours et décrit certaines des difficultés rencontrées.

Il existe différents types d'évaluation *ex post* des mesures correctives

11. Les évaluations ou études *ex post* analysent un fonctionnement *a posteriori*. En tirant parti du recul, elles permettent de déterminer si ce qui a été anticipé et fait au moment de la décision s'est concrétisé dans la réalité ou a eu les effets escomptés. Lorsqu'elles mettent en lumière un élément inattendu ou un aspect qui aurait pu mieux fonctionner, elles permettent de tirer des enseignements pour faire mieux la fois suivante. Ces enseignements sont divers, depuis la compréhension de l'approche à adopter pour prendre de meilleures décisions jusqu'à la définition de bonnes pratiques à appliquer dans des situations très spécifiques.

12. Par ailleurs, plusieurs types d'analyses peuvent être rangés parmi les évaluations *ex post* des mesures correctives en matière de fusions, et des études de formes et de tailles diverses sont conduites depuis de nombreuses années. Les rapports (Elzinga, 1969^[14]) et (Rogowsky, 1986^[15]) en sont des exemples. Ils analysaient les résultats de mesures correctives ordonnées aux États-Unis, et leurs conclusions ont finalement été à l'origine de réformes importantes, en particulier parce qu'ils ont montré que bien souvent, l'application des mesures correctives prenait trop de temps. Il existe également plusieurs exemples d'évaluations *ex post* analysant des mesures correctives prises dans d'autres domaines du droit de la concurrence, mais ils n'entrent pas dans le champ de cette note (Fletcher, 2016^[16])⁷.

13. Avant de décrire les différentes catégories d'évaluations, il est utile de rappeler les diverses caractéristiques des mesures correctives adoptées dans le contexte des fusions. Ainsi, comme souligné dans l'introduction, ces mesures sont certes liées par nature à la décision relative à la fusion mais elles doivent en être distinguées. Il faut donc faire la différence entre les évaluations *ex post* qui portent sur la totalité de la décision, y compris sur la pertinence des problèmes de concurrence repérés, de celles qui ne concernent que les mesures correctives elles-mêmes, c'est-à-dire qui ne contestent pas la réalité des problèmes de concurrence détectés et portent sur la pertinence de la mesure corrective choisie et appliquée. Bien que ces deux types d'études puissent examiner des mesures correctives *a posteriori* et que quelques exemples soient présentés plus loin, la présente note se concentre surtout sur la deuxième catégorie⁸.

14. Par ailleurs, dans le contexte des fusions, une mesure corrective peut être appréhendée comme le résultat d'une démarche en deux étapes qui débute une fois que le problème de concurrence qui justifie son adoption a été constaté : la première étape est la définition de la mesure – mesure structurelle prenant la forme d'une cession d'activités ou engagement comportemental, par exemple –, tandis que la seconde est son application, y compris le processus par lequel la mesure est entrée en vigueur. Ces deux étapes ne sont cependant pas toujours clairement délimitées, et en pratique; une évaluation *ex post* portant sur l'efficacité d'une mesure examine vraisemblablement les deux.

Études à grande échelle portant sur les mesures correctives en matière de fusions

15. Plusieurs autorités de la concurrence ont conduit des études à grande échelle dans le but d'évaluer rétrospectivement des mesures correctives et ont publié des rapports qui synthétisent les résultats. Ces études sont peut-être les exemples les plus intéressants et les plus connus d'évaluations *ex post* de ces mesures, raison pour laquelle elles sont abondamment citées dans cette note. Ainsi :

- Aux États-Unis, la Federal Trade Commission (FTC) a réalisé deux études d'envergure sur ce thème. La première, conduite en 1999, portait sur les mesures ordonnant une cession d'activités et couvrait la période 1990-1994 (Competition, 1999^[17]). La seconde, publiée en 2017, a élargi la première à l'intégralité des mesures correctives adoptées en matière de fusions entre 2006 et 2012 (Economics, 2017^[18]). Se reporter à l'Encadré 2. pour de plus amples informations.
- En 2005, la Commission européenne a réalisé une vaste étude sur les mesures correctives adoptées dans 40 affaires, et a ainsi traité 96 mesures (Commission européenne, 2005^[19]). Se reporter à l'Encadré 6. pour de plus amples informations sur cette étude.
- Au Royaume-Uni, la Competition and Markets Authority (CMA)⁹ a publié plusieurs séries d'études de cas sur les mesures correctives. La première a été publiée en 2007, par l'organisme qu'elle a remplacé. Ces différentes publications ont été regroupées en un seul rapport, paru en 2019 et contenant des études de cas relatives à 18 enquêtes visant des fusions et ayant donné lieu à des mesures correctives (CMA, 2019^[20]). Voir l'Encadré 3. pour de plus amples informations sur ces rapports.
- Au Canada, le Bureau de la concurrence a réalisé en 2011 une étude sur les mesures correctives en matière de fusions dans laquelle il a analysé 23 affaires (Bureau de la concurrence Canada, 2011^[21]). Se reporter à l'Encadré 4. pour de plus amples informations.

16. Par ailleurs, les évaluations *ex post* peuvent aussi être réalisées en interne et ne pas donner lieu à la publication d'un rapport. Leurs résultats peuvent aussi être rendus publics par un autre canal que la publication d'un rapport. Ainsi, dans sa contribution à une récente table ronde de l'OCDE, l'autorité italienne de la concurrence a indiqué avoir conduit une évaluation *ex post* des mesures correctives portant spécifiquement sur les cessions d'actifs imposées entre 2007 et 2017¹⁰. L'étude n'a pas donné lieu à la publication d'un rapport final, mais ses résultats ont été diffusés sur un site Internet accessible aux parties concernées¹¹. Par ailleurs, des rapports précédemment publiés par des membres de l'autorité contenaient des évaluations *ex post* de mesures correctives en lien avec des fusions. Le rapport (Sabbatini, 2008^[22]) en est un exemple. Il rend compte des résultats de l'évaluation – s'inscrivant certes dans le cadre d'une étude plus vaste – de deux décisions prévoyant des mesures correctives prises par l'autorité. De même, au Danemark, un prestataire externe a produit un rapport évaluant *a posteriori* sept affaires dans lesquelles des fusions ont été autorisées sous réserve d'engagements (Incentive, 2018^[23]).

Encadré 2. Études réalisées par la FTC sur les mesures correctives en matière de fusions

Aux États-Unis, les évaluations *ex post* des mesures correctives adoptées dans le contexte des fusions ont donné lieu à la publication de deux rapports par la FTC. La première, qui est aussi vraisemblablement la première étude de ce type réalisée par une autorité, date de 1999 et portait sur les mesures de cession. La FTC a ensuite publié un deuxième rapport, en 2017. Compte tenu des procédures applicables aux États-Unis, avant de lancer les deux études, elle a été contrainte de publier un avis dans le registre fédéral pour commentaire du public.

Première étude

La première étude a démarré en 1997 et a porté sur 35 des décisions par lesquelles la FTC avait ordonné des cessions, en l'occurrence des cessions d'actifs et de licences, entre 1990 et 1994. Le lancement à grande échelle a été précédé d'une petite étude pilote qui a porté sur neuf affaires et a principalement reposé sur la contribution des acheteurs des actifs cédés.

La méthode employée a pour l'essentiel été celle de l'étude de cas : la FTC a conduit des entretiens auprès des acheteurs des actifs cédés (y compris des licences) pour savoir si la cession avait été un succès. Les 35 décisions concernaient 50 acheteurs, dont 37 ont été rencontrés pour les besoins de l'étude. Par ailleurs, huit entités issues des fusions et deux parties tierces ont également été interrogées. Il en a résulté un rapport de synthèse de 50 pages, qui présente les constatations et les conclusions concernant le taux de succès des cessions – globalement élevé –, de même qu'une série d'enseignements à retenir, traduits en recommandations à suivre pour améliorer l'efficacité. Par souci de confidentialité à l'égard des participants, les études de cas ont été anonymisées dans le rapport final, les entreprises étant désignées par des numéros. Plusieurs des constatations de l'étude ont permis à la FTC d'affiner ses pratiques en matière de mesures correctives, en particulier pour atténuer l'asymétrie d'information et de pouvoir de négociation entre les parties candidates à la fusion et l'acquéreur qui avait été mise en évidence par l'étude.

Deuxième étude

En janvier 2017, la FTC a publié une deuxième évaluation *ex post*. L'étude s'appuie sur la première, qu'elle élargit à l'ensemble des décisions rendues par la FTC en matière de fusions entre 2006 et 2012. Au total, 89 décisions ont été examinées, ce qui a permis de couvrir divers secteurs et types de mesures correctives, même si les mesures structurelles étaient majoritaires.

Pour 50 des affaires, la méthode a été la même que celle employée dans la première étude, consistant principalement en études de cas par entretiens, et la FTC a cette fois encore constaté une forte volonté de participation. Pour preuve, le rapport final indique que plus des deux tiers des personnes sollicitées pour un entretien ont accepté de se prêter à l'exercice et que le chiffre était encore plus élevé parmi les entreprises parties à une fusion et leurs concurrents. Deux-cent-sept entretiens ont eu lieu. Toutefois, contrairement à ce qu'elle avait fait pour la première étude, pour chaque étude de cas, la FTC a essayé d'interroger un plus grand nombre de concurrents et de consommateurs. Elle s'est également appuyée sur les pouvoirs dont elle dispose lorsqu'elle se prononce en vertu de l'article 6(b) pour recueillir des informations sur les ventes auprès des acteurs de marché et estimer les parts de marché. À travers ces études de cas, elle poursuivait un objectif un peu plus large que lorsqu'elle a réalisé la première étude parce qu'elle ne cherchait pas seulement à établir si la cession elle-même avait été un succès : elle voulait aussi apprécier si la mesure corrective avait permis de retrouver un niveau de concurrence identique à ce qu'il aurait été en l'absence de fusion.

Autre différence avec la première étude : la FTC a adopté une approche spécifique pour les secteurs dans lesquels elle estimait disposer d'une expérience plus solide en raison du nombre d'enquêtes déjà réalisées et pensait de ce fait qu'elle avait moins de chances de découvrir une grande quantité d'informations nouvelles. Pour certains de ces secteurs, les entretiens ont été remplacés par l'envoi de questionnaires devant permettre de compléter les informations déjà détenues. Dans le secteur pharmaceutique, qui représentait à lui seul un quart du nombre total de décisions, elle s'est fondée sur des informations et connaissances internes, qu'elle a complétées par des informations publiquement accessibles dans la mesure du possible.

Le rapport de 41 pages était axé sur les secteurs évalués au moyen des études de cas, tandis que les conclusions des examens relatifs aux autres secteurs venaient à l'appui des constatations. Comme le premier rapport, il synthétisait les conclusions sous la forme de bonnes pratiques et présentait les résultats des études de cas de manière anonyme. L'étude montrait qu'en règle générale, les mesures correctives adoptées s'étaient révélées efficaces, ce qui n'a pas empêché la FTC d'ajuster ses pratiques à la suite du deuxième rapport, en particulier concernant la possibilité pour l'acheteur d'effectuer des vérifications suffisantes en amont et concernant le transfert effectif des fonctions support.

Source : Federal Trade Commission (1999), A Study of the Commission's Divestiture Process, 1999, https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/study-commissions-divestiture-process/divestiture_0.pdf; Federal Trade Commission (2017), The FTC's Merger Remedies 2006-2012: A Report of the Bureaus of Competition and Economics, janvier 2017, https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/ftcs-merger-remedies-2006-2012-report-bureaus-competition-economics/p143100_ftc_merger_remedies_2006-2012.pdf

Évaluations ex post d'un échantillon de mesures correctives

17. L'évaluation des mesures correctives peut aussi faire partie d'une étude *ex post* des décisions prises en matière de fusions en général. L'étude porte alors sur un ensemble d'affaires de concentration, dont certaines ont donné lieu des mesures correctives. Ainsi, en 2022, l'Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) a publié une étude *ex post* des fusions portant sur six décisions rendues par l'ACCC dans des affaires distinctes, dont l'une comprenait un ensemble de mesures correctives (ACCC, 2022^[24]). L'examen des décisions réalisé en 2009 par Deloitte pour le compte des autorités de la concurrence du Royaume-Uni constitue un autre exemple (Deloitte, 2009^[25]).

18. Dans certains cas, l'étude ne porte que sur une affaire. À titre d'illustration, en 2014, l'OFT a publié une évaluation de la décision par laquelle il avait autorisé sous conditions une fusion entre des stations-service (Office of Fair Trading, 2014^[26]). À la différence des études présentées plus haut, celle-ci avait un objectif un peu plus large que la seule appréciation de l'efficacité de la mesure corrective. L'Encadré 5 décrit cette affaire de façon plus détaillée.

19. De même, en Afrique du Sud, l'autorité de la concurrence a évalué *a posteriori* les mesures correctives imposées dans le cadre de la fusion entre Walmart et Massmart (Mandiriza, Sithebe et Viljoen, 2016^[27]). Cette évaluation a ceci d'intéressant que la mesure corrective n'avait pas seulement pour but de remédier à des problèmes de concurrence : elle était aussi motivée par des raisons d'intérêt général, à la suite de constatations faites pendant l'enquête initiale¹².

Évaluations portant sur différents types de mesures correctives

20. Les études qui visent à déterminer si certaines catégories de mesures correctives sont efficaces constituent une variante de ce type d'évaluations *ex post*. Ainsi, (Friberg et Romahn, 2015^[28]) analysent les cessions d'activités ordonnées dans le cadre de fusions dans le secteur suédois de la bière afin d'apprécier l'efficacité de ces cessions. D'après eux, leurs résultats montrent que ces cessions peuvent effectivement restaurer la concurrence. De même, (Tenn et Yun, 2011^[29]) évaluent l'efficacité de cessions dans le contexte d'une opération réalisée dans le secteur pharmaceutique.

21. Autre type d'évaluations pouvant être rangées parmi les évaluations *ex post* des mesures correctives adoptées dans le contexte des fusions : les études qui analysent la pratique d'une autorité en la matière, parfois sous un ou deux angles particuliers. Ces études peuvent comporter une réflexion visant à comprendre *a posteriori* ce qui s'est produit pour cerner l'efficacité des mesures, mais leur principal but est d'analyser l'approche adoptée vis-à-vis du problème en cause. En ce sens, leur dimension rétrospective est plus limitée. L'étude sur les engagements comportementaux publiée par l'autorité française de la concurrence, qui comprend une partie sur les concentrations, en est un exemple (Autorité de la Concurrence, 2019^[30]). Le guide sur les mesures correctives en matière de fusions publié par le Réseau international de la concurrence (RIC), dans lequel figurent des études de cas de mesures correctives passées en est un autre, même s'il accorde plus d'importance à l'analyse de la décision au moment où elle a été prise qu'à son évaluation rétrospective (RIC, 2016^[31])¹³.

Études portant sur un champ plus vaste et ayant des liens avec les mesures correctives en matière de fusions

22. En dehors de l'étude des mesures correctives elles-mêmes, lorsqu'une fusion s'accompagne d'une mesure corrective, celle-ci peut-être considérée comme une des conséquences du contrôle des fusions. Beaucoup d'études ont un objet plus large que les seules mesures correctives et sont comparables aux évaluations *ex post* qui portent sur le bien-fondé de la décision relative à la fusion elle-même. Elles peuvent avoir pour but, non pas d'impulser une amélioration des pratiques grâce aux enseignements tirés, mais plutôt de permettre une meilleure compréhension de l'effet de la mesure afin, plus globalement, d'appréhender l'intérêt du contrôle des fusions. Ainsi, plusieurs études portent sur les conséquences des opérations internationales sur le contrôle des fusions, et bon nombre d'entre elles concernent les mesures correctives. Une grande partie d'entre elles font appel à la méthode de l'étude de cas, ce qui signifie qu'elles examinent aussi des mesures correctives déjà adoptées afin de permettre de comprendre à partir d'affaires passées ce qui s'est produit et si des leçons peuvent en être tirées¹⁴. Certaines études du même type contiennent une réflexion plus large sur l'efficacité des mesures correctives et les bonnes pratiques. Les ouvrages (Davies et Lyons, 2008^[32]) et (Kwoka, 2015^[33]) appartiennent à cette catégorie.

23. Les études portant sur l'évolution de la concurrence dans un secteur particulier sont un autre type d'études comportant une évaluation *ex post* des mesures correctives appliquées en matière de fusions dès lors que des fusions ayant donné lieu à des mesures correctives ont eu lieu dans le secteur en question. En principe, ces études visent à analyser l'état de la concurrence dans les marchés pertinents à partir de l'évolution des prix et autres indicateurs, plus qu'à examiner les mesures correctives avec précision, même si elles peuvent fournir des informations sur leur efficacité globale, entre autres. Parmi les exemples qui peuvent être cités figurent des études sur le marché du carburant (ex. : (Karikari et al., 2007^[34]) et (Silvia et Taylor, 2013^[35])), ou sur le secteur ferroviaire (Winston, Maheshri et Dennis, 2011^[36]), dans les deux cas aux États-Unis. Certaines études examinent aussi la nature de la concurrence sur le marché et font appel à des modèles pour apprécier l'efficacité qu'auraient pu avoir différents types de mesures correctives. Ainsi, (Gowrisankaran, Nevo et Town, 2015^[37]) s'intéressent à une fusion hospitalière bloquée aux États-Unis. Ils estiment le modèle de tarification pour la fixation de prix négociés entre les

hôpitaux et les organismes de gestion intégrée des soins de santé et utilisent cette analyse pour évaluer l'efficacité potentielle de différentes mesures correctives¹⁵.

24. Il existe donc de multiples types d'examens *ex post* des mesures correctives imposées dans le contexte des fusions. Tous visent à mieux comprendre certains aspects de ces mesures, par exemple à déterminer si elles ont rempli leur office et quelle est la meilleure mesure à prendre pour remédier à telle ou telle situation, voire à examiner dans le moindre détail ce qu'il faut faire pour qu'elles soient efficaces. Les enseignements qui peuvent en être tirés sont très divers et peuvent être utiles au traitement d'affaires futures. Comme il peut y avoir un chevauchement avec d'autres types d'évaluations *ex post*, la présente note se concentre sur les études qui portent sur les mesures correctives et qui ont pour but de dégager des leçons dont les autorités de la concurrence se serviront pour améliorer leur pratique. Ce choix n'enlève cependant rien à la valeur des autres types d'examens.

Le bien-fondé des évaluations *ex post*

25. Les évaluations *ex post* des mesures correctives peuvent donc revêtir de multiples formes et être plus ou moins vastes. Leur nature ayant été définie, cette section s'attarde sur leur bien-fondé mais aussi sur certains des obstacles auxquelles elles peuvent se heurter (comme le manque de ressources).

26. Dans sa section D, la Recommandation du Conseil sur le contrôle des fusions [\[OECD/LEGAL/0333\]](#) précise que les pays membres doivent examiner régulièrement leurs lois et leurs pratiques en matière de fusions en vue de les améliorer et de les faire converger vers les pratiques exemplaires reconnues dans ce domaine¹⁶. L'OCDE préconise de soumettre dans la mesure du possible les politiques publiques à une évaluation *ex post* pour en améliorer la qualité (OCDE, 2016^[8]).

27. Comme souligné dans l'introduction, il est donc important de concevoir des mesures correctives adaptées, et, même si les études *ex post* ne sont pas une garantie absolue, il est rarement bénéfique de ne jamais évaluer les actions passées. Chercher à savoir si les mesures correctives déjà adoptées ont fonctionné permet de démontrer l'efficacité de ces mesures en général et d'obtenir des informations pour les concevoir au mieux. Ces évaluations permettent aux autorités de tester la validité des hypothèses formulées au moment où la décision a été prise, de mieux connaître l'efficacité de différents outils et d'améliorer le processus décisionnel dans son ensemble.

28. Par ailleurs, elles constituent un instrument relativement souple. L'évaluation qui convient le mieux à une autorité dans une situation donnée dépend d'un ensemble de facteurs, par exemple des aspects jugés décisifs pour la réussite des mesures. À titre d'exemple, si une équipe spécialisée dans les mesures correctives a été créée récemment, il peut être intéressant que l'évaluation porte sur le processus qui a conduit à l'adoption des mesures correctives et permette ainsi d'apprécier le fonctionnement de la nouvelle équipe. En revanche, si l'autorité d'une juridiction n'a jamais évalué l'efficacité des décisions passées, une étude ciblée sur cet aspect peut être utile.

29. En plus d'apporter un éclairage de nature à améliorer le processus décisionnel à l'origine des mesures correctives et leur application, les études *ex post* peuvent renforcer les relations avec les parties prenantes parce qu'elles impliquent des interactions avec les acteurs en dehors d'une affaire en cours. Elles peuvent aussi rejaillir positivement sur la réputation de l'autorité parce qu'elles montrent que celle-ci a des comptes à rendre et accroissent la transparence. Il peut cependant arriver qu'elles nuisent dans un premier temps à cette réputation dans le cas où elles aboutissent à rendre publiques des erreurs commises par l'autorité. Quoi qu'il en soit, en se mobilisant ouvertement pour rendre des comptes et améliorer ses pratiques, une autorité envoie un message positif qui peut atteindre les parties prenantes et renforcer sa transparence (OCDE, 2023^[38]).

30. Les autorités qui ont déjà réalisé des études de ce type sont sans doute les mieux placées pour démontrer leur intérêt, mis en exergue dans de nombreuses évaluations *ex post*. Ainsi, dans son étude des mesures correctives en matière de fusions, le Bureau de la concurrence du Canada s'exprime en ces termes (Bureau de la concurrence Canada, 2011^[21]) :

« L'étude sur les mesures correctives a eu une grande importance, confirmant l'efficacité d'un grand nombre de politiques et de procédures du Bureau en vigueur relativement à la conception et à la mise en œuvre de mesures correctives en matière de fusion. Elle a également permis de cerner les secteurs où l'on doit renforcer l'efficacité de ces politiques et procédures. Le Bureau a l'intention d'utiliser les connaissances découlant de l'étude pour mettre à jour le Bulletin d'information, y compris le modèle de consentement figurant en annexe. »

31. De même, bon nombre des autres rapports cités plus haut soulignent que l'autorité a tiré des enseignements de l'étude et les a trouvés utiles. Ce sont peut-être les États-Unis qui en fournissent la meilleure illustration puisqu'ils ont jugé l'exercice suffisamment instructif pour être renouvelé (Encadré 2.).

Obstacles auxquels se heurtent les évaluations *ex post* des mesures correctives

32. Malgré leur multiples avantages, les évaluations *ex post* des mesures correctives sont en concurrence avec les autres activités d'une autorité de la concurrence, souvent considérées comme essentielles et incontournables. Dès lors, leurs avantages doivent être mis en balance avec leurs coûts et inconvénients éventuels.

33. Le plus évident de ces coûts a trait aux conséquences de l'étude sur les ressources de l'autorité, qu'elle soit menée à bien avec des ressources internes ou soit externalisée. Ces conséquences varient cependant en fonction de l'ampleur et de la complexité de l'évaluation

34. À cela s'ajoutent d'autres coûts que ceux assumés par l'autorité, comme le temps passé par les parties prenantes qui participent à l'étude. Ces coûts sont difficiles à estimer. Toutefois, dans l'avis qu'elle a dû publier dans le registre fédéral avant le démarrage de ses études (Encadré 2.), la FTC donnait une estimation de leur coût potentiel pour les participants extérieurs, l'estimant à 2 783 USD par entreprise si deux cadres assistés d'un avocat participaient à l'entretien¹⁷. Elle estimait aussi que répondre aux questionnaires courts destinés aux acquéreurs représentait environ 1 490 USD et que le coût de la communication d'informations financières pertinentes par les entreprises s'établissait à environ 750 USD. Comme expliqué dans la section suivante, le nombre d'entretiens peut varier en fonction de la complexité de la mesure corrective étudiée et de l'ambition du projet.

35. Autre coût potentiel : le risque que l'évaluation soit infructueuse. Une évaluation est fructueuse si elle apporte une réponse aux questions posées et si ses constatations mettent en lumière les améliorations à apporter. C'est par exemple le cas lorsqu'elle permet de déterminer si les activités cédées existent toujours quelques années plus tard ou si la mesure elle-même a été efficace. La réalisation d'évaluations nécessite des informations, dont certaines sont détenues par les parties impliquées dans le processus et/ou pour les acteurs du marché. Il arrive que ces données ne soient pas disponibles, en particulier lorsque l'autorité n'est pas investie d'un pouvoir de collecte d'informations (voir la section suivante). Par ailleurs, il est parfois impossible d'entrer en contact avec l'équipe initialement chargée de l'affaire parce que ses membres ne font plus partie de l'autorité. Dans ces diverses circonstances, l'évaluation risque de ne pas aboutir à des conclusions claires et de pas être instructive.

36. De même, y compris lorsqu'elle permet de tirer des enseignements, ceux-ci ne présentent un intérêt que s'il est possible de les extrapoler pour les appliquer à d'autres affaires. S'ils se rapportent à un événement ponctuel ou rare, leur intérêt risque d'être limité. Il peut aussi arriver que certains enseignements seulement puissent être appliqués à d'autres domaines et qu'ils ne profitent alors pas à l'entité qui a eu à supporter le coût de l'étude.

37. Par ailleurs, d'autres risques liés à ces évaluations peuvent être à l'origine de coûts. Ces risques peuvent concerner la probabilité de succès d'une évaluation ou, plus largement, l'autorité. Bon nombre d'entre eux peuvent être atténués au moyen de méthodes et processus d'évaluation adaptés, mais il en subsiste en général toujours. Il peut par exemple être difficile de faire la distinction entre évaluation *ex post* et réouverture du dossier, ce qui peut être préjudiciable à l'image de l'autorité dans le cas où des acteurs participent volontairement au processus et découvrent que les informations qu'ils fournissent sont utilisées pour engager ultérieurement une action à leur encontre.

38. Comme souligné dans la section précédente, l'autorité peut aussi se retrouver dans une position inconfortable si elle constate qu'une décision n'a pas eu l'effet escompté, sa réputation pouvant immédiatement en pâtir. Dans certains cas, lorsqu'une affaire a eu un retentissement important ou s'inscrit dans un environnement politique complexe par exemple, le préjudice peut être non négligeable. L'une des solutions envisageables pour l'atténuer consiste à conduire l'enquête en interne et à limiter le volume d'informations publiées. Cet aspect est développé plus avant dans la section suivante.

3 La conduite des évaluations *ex post* des mesures correctives

39. Cette section fournit un aperçu des différentes stratégies qui peuvent être envisagées pour évaluer *a posteriori* les mesures correctives adoptées dans des affaires de fusion. Étant donné la diversité des évaluations mise en lumière par le chapitre précédent, la méthode à retenir dépend de la nature de l'étude.

40. Comme le montrent certains des exemples décrits précédemment, ces évaluations ne sont pas nécessairement des études empiriques complexes et peuvent ne contenir que des éléments qualitatifs. L'objectif est de s'appuyer sur une meilleure connaissance de l'efficacité des mesures passées pour améliorer les pratiques, ce qui peut être fait de multiples manières. La non-exhaustivité d'une étude ne remet aucunement en cause l'intérêt des idées d'amélioration qui s'en dégagent, dès lors que ces idées reposent sur des données robustes. L'analyse quantitative a évidemment de nombreux avantages, mais pose aussi des problèmes.

41. Le point de vue adopté dans la majeure partie de cette section est celui d'une autorité de la concurrence qui cherche à évaluer *a posteriori* les mesures correctives qu'elle a elle-même prises. Toutefois, comme souligné dans la section précédente, ces évaluations peuvent aussi être conduites par d'autres entités, par exemple par des chercheurs, et bon nombre des enseignements qui en résultent pourraient avoir leur place ici¹⁸.

Finalité de l'évaluation

42. Comme pour la plupart des exercices de ce type, il faut définir dès le départ l'objectif de l'évaluation. Le choix de la méthode à adopter et de la marche à suivre en sera facilité.

43. La description des différents types d'études présentée plus haut montre qu'il existe un large éventail d'évaluations possibles. Dans le cas de l'évaluation *ex post* des mesures correctives en matière de fusions, les deux questions les plus habituelles sont sans doute les suivantes :

- La mesure a-t-elle été mise en œuvre comme escompté, par exemple sous la forme de la cession d'une activité qui est toujours présente sur le marché ?
- La mesure a-t-elle permis que la concurrence retrouve le niveau qui aurait été le sien en l'absence de la fusion ?

44. Ces questions sont indissociables de la conception et de l'application de la mesure. La première est une question factuelle qui ne concerne pas directement l'effet de la mesure sur la concurrence et doit plutôt permettre de comprendre si les résultats immédiatement attendus se sont concrétisés. La deuxième est plus large et implique une évaluation plus complète de la situation du marché. En pratique, beaucoup d'évaluations reposent sans doute sur un moyen-terme entre ces deux questions, en ce sens que l'objectif est de répondre à la première tout en cherchant à déterminer si la concurrence a été restaurée, même si l'on sait que la réponse à cette deuxième question ne sera que partielle.

45. Dans certains cas, il peut aussi être utile de formuler des questions plus spécifiques. Ces questions peuvent être larges – l'objectif peut être de cerner l'efficacité globale des pratiques en matière de mesures correctives – ou plus précises – le but est alors d'évaluer l'efficacité de certaines formes de mesures correctives. Définir l'objectif aide l'autorité à sélectionner les affaires à examiner, comme exposé plus précisément plus loin.

46. Au-delà de la sélection des affaires, il peut aussi être utile de formuler les questions en fonction des particularités des affaires. Ainsi, dans sa dernière série d'études de cas sur les mesures correctives en matière de fusions (Encadré 3.), la CMA a défini les questions suivantes pour étudier une affaire concernant le secteur laitier, dans laquelle une mesure comportementale d'obligation d'accès a été adoptée (CMA, 2019^[20]) :

« L'évaluation de cette mesure corrective a reposé sur deux questions :

(a) La mesure a-t-elle permis à un acteur existant (Medina) de renforcer sa présence sur le marché de l'approvisionnement des chaînes de supermarchés nationales en lait frais dans le bassin laitier de Severnside ?

(b) La mesure était-elle trop complexe pour être acceptée en tant qu'engagement de phase 1, se substituant à un renvoi, en dehors de circonstances exceptionnelles ?¹⁹ »

47. Cet exemple illustre comment une autorité peut s'appuyer sur qu'elle anticipait et sur ce qu'elle pense désormais de la mesure pour circonscrire l'évaluation *ex post* en la faisant porter sur les aspects qui l'intéressent.

Sélection des mesures correctives à intégrer dans l'évaluation

48. Quelle que soit la nature de l'évaluation *ex post*, l'entité qui la mène à bien doit sélectionner les mesures correctives à évaluer. Toutes choses égales par ailleurs, plus les affaires prises en compte sont nombreuses, plus l'évaluation sera intéressante, même si la taille et la complexité du projet en sont accrues. Le plus souvent, il faut faire un choix entre étendue et profondeur de l'étude, étant donné qu'il est d'autant plus difficile d'analyser chaque mesure corrective de manière approfondie que ces mesures sont nombreuses.

49. L'une des approches envisageables consiste à prendre en compte l'ensemble des mesures correctives adoptées en matière de fusions au cours d'une période donnée²⁰, ce qui suppose de définir correctement cette période. Cet aspect est abordé plus longuement ci-après.

50. Il est aussi possible de tenir compte d'un plus petit échantillon de mesures correctives. Le choix dépend vraisemblablement du type d'évaluation *ex post* réalisé, du nombre d'affaires pertinentes, des ressources et du calendrier du projet. Plus l'étude se veut globale, plus le nombre d'affaires à prendre en compte doit être grand. À l'inverse, si l'objectif est de réaliser une évaluation approfondie et détaillée, par exemple pour avoir une connaissance exhaustive de l'efficacité des mesures, mieux vaut que l'évaluation ne porte que sur un petit nombre d'affaires.

51. Dans certains cas, les autorités ont analysé un petit nombre d'affaires dans le cadre de chaque évaluation, mais ont ensuite regroupé ces évaluations pour pouvoir tirer des conclusions à partir d'un éventail plus large d'études de cas. Cette approche a été adoptée au Royaume-Uni par la CMA (et les autorités qui l'ont précédée), comme décrit dans l'Encadré 3..

Encadré 3. Études de cas portant sur des mesures correctives – Royaume-Uni

Au Royaume-Uni, la Competition Commission (CC), l'un des organismes qu'a remplacés la CMA, a lancé en 2004 la première série d'études de cas consacrées aux mesures correctives et a publié le premier rapport en 2007. L'objectif était d'évaluer les mesures correctives déjà adoptées dans le contexte des fusions pour faire mieux ensuite. Entre 2007 et 2011, elle a réalisé 11 études de cas, dont les résultats ont été publiés dans quatre rapports distincts. Dans le régime de contrôle des concentrations qui était en place au Royaume-Uni, la CC était responsable de la deuxième phase du contrôle, tandis que l'Office of Fair Trading était chargé de la phase 1, ce qui signifie que les 11 premières mesures étudiées avaient toutes été prises en phase 2.

Une fois créée, la CMA a pris le relais et a réalisé à ce jour sept études de cas supplémentaires, dont les résultats ont été publiés en trois fois. Certaines des mesures avaient été adoptées pendant la phase 1 et d'autres pendant la phase 2. Dans son dernier rapport en date, publié en 2019, elle s'appuie sur l'ensemble des études de cas conduites dans le cadre du programme et en actualise les résultats de manière à tirer des enseignements de l'ensemble des mesures correctives examinées. Le rapport contient, outre une synthèse des résultats de chaque étude – désignée par son intitulé – des informations sur la dernière série de mesures correctives examinées et une annexe présentant des informations sur les études de cas antérieures.

Méthodologie

La démarche de la CMA (et, avant elle, de la CC) a ceci d'intéressant que l'autorité a, à dessein, sélectionné une diversité de mesures correctives, y compris des mesures moins couramment utilisées. La CMA souligne que l'échantillon étudié contient de ce fait une proportion de mesures comportementales et de cessions complexes supérieure à ce qui peut être observé dans l'ensemble des affaires parmi lesquelles elle a fait sa sélection. Elle a cherché à inclure à la fois des mesures fructueuses et des mesures qui ont échoué, de même qu'un mélange d'affaires complexes et d'affaires plus simples.

La méthodologie suivie dans chaque étude a, pour l'essentiel, consisté à conduire des entretiens avec les principaux acteurs et à analyser la décision initiale ainsi que les pièces versées au dossier. Chaque étude de cas a bénéficié de la participation de plusieurs parties prenantes, dont le personnel de la CMA, la partie visée par la mesure corrective, des consommateurs et des concurrents, de même que d'autres acteurs tels que des mandataires, d'autres acheteurs potentiels ou les autorités de réglementation et associations compétentes. Les entretiens, personnalisés en fonction du profil de la personne interrogée, visaient à cerner la perception de la mesure, y compris de sa conception et de son application, par les parties concernées et les raisons pour lesquelles elle avait ou non eu les résultats escomptés. Chaque partie prenante recevait une lettre officielle qui l'invitait à contribuer à l'étude et en décrivait le déroulement.

Après avoir réalisé plusieurs séries d'études de cas au fil de nombreuses années, la CMA fait observer dans son dernier rapport que cette méthode est efficace et que les divers acteurs se montrent très enclins à participer.

Source : CMA (2019), Merger remedy evaluations - Report on case study research, UK Competition & Markets Authority, <https://www.gov.uk/government/publications/understanding-past-merger-remedies>

52. Lorsque l'évaluation porte sur un échantillon, les autorités doivent sélectionner les affaires à inclure dans l'échantillon. Pour réaliser cette sélection, il est important qu'elles commencent par définir la finalité de l'examen, celle-ci pouvant influencer sur le choix des affaires. D'autres critères entrent également en ligne de compte, notamment :

- le calendrier – la durée écoulée depuis la mise en œuvre de la mesure ;
- la disponibilité des données et informations ;
- d'autres considérations, telles que le caractère sensible d'une affaire ou le fait qu'une intervention visant à faire respecter le droit de la concurrence soit en cours, ou encore l'existence d'un intérêt particulier.

53. Pour ce qui est du calendrier, l'expérience d'autres évaluations *ex post* montre que divers choix sont possibles, plusieurs études examinant de nombreuses affaires pendant une période relativement longue. Beaucoup d'évaluations *ex post* de mesures correctives adoptées dans le cadre du contrôle des fusions examinent les affaires cinq à dix ans après la décision (OCDE, 2016^[8]). Pour évaluer une mesure corrective, il faut au minimum attendre son entrée en vigueur, qui n'intervient parfois qu'un certain temps après la décision relative à la fusion. Dans l'idéal, il est souhaitable d'attendre assez longtemps pour que la dynamique du marché se stabilise après l'application de la mesure et pour que la situation du marché s'ajuste. D'un autre côté, si l'objectif est d'appréhender des phénomènes causaux complexes, attendre trop longtemps risque d'accroître la complexité. Bien que le délai optimal varie vraisemblablement selon le secteur et l'affaire, il semble judicieux de retenir une fenêtre comprise entre trois ans au minimum et dix ans au maximum à compter de la mise en œuvre de la mesure, même si d'autres calendriers ne sont pas inenvisageables²¹. Dans les juridictions où les décisions prévoyant des mesures correctives sont relativement peu nombreuses, autrement dit, comme souligné dans l'Encadré 1., dans la majorité des juridictions, il peut être nécessaire de retenir une fenêtre plus large pour réaliser une étude plus vaste. L'étude canadienne en est une illustration (Encadré 4.).

54. Comme souligné plus haut, il est difficile de séparer l'évaluation *ex post* de la mesure corrective elle-même de l'étude du processus qui a conduit à son adoption. L'autorité peut cependant réaliser un examen rapide, éventuellement interne, du processus, par exemple en invitant les personnes concernées à faire part de leurs commentaires sur ce processus. Si elle souhaite n'évaluer que le processus, il peut être préférable de ne pas trop attendre. Elle a ainsi plus de chances d'obtenir davantage d'informations des agents chargés de l'affaire, tandis qu'il est moins important de laisser aux marchés le temps de s'ajuster. Comme en témoignent d'autres projets menés à bien par des autorités de la concurrence, une évaluation plus tardive n'est pas pour autant dénuée d'intérêt, de nombreux éléments procéduraux étant enregistrés et pouvant être examinés ultérieurement.

Encadré 4. Étude menée par le Bureau de la concurrence du Canada

En 2011, le Bureau de la concurrence du Canada a réalisé en interne une évaluation *ex post* des mesures correctives adoptées dans le cadre de fusions. Il a publié, outre un compte rendu interne détaillé, une synthèse de 15 pages présentant les résultats de son étude. Il entendait évaluer l'efficacité des mesures adoptées dans chaque affaire et faire des observations susceptibles de l'aider à améliorer son approche en matière de mesures correctives dans des affaires ultérieures.

L'étude a porté sur une période plus longue que les évaluations réalisées aux États-Unis, au Royaume-Uni et dans l'Union européenne puisque toutes les affaires ayant donné lieu à des mesures correctives entre 1995 et 2005 ont été incluses dans l'échantillon. Les décisions prises après 2005 ont été exclues parce que le Bureau a estimé que le délai écoulé était insuffisant pour qu'il soit possible d'apprécier correctement l'efficacité de la mesure. Par ailleurs, certaines décisions ont été écartées faute d'informations, si bien que 23 affaires ont finalement été sélectionnées. La liste de ces affaires est annexée à la synthèse publiée.

Pour chaque mesure, le Bureau a tenté d'entrer en contact avec l'entité issue de la fusion, les consommateurs, les acheteurs concernés et d'autres acteurs du marché tels que les associations sectorielles. Il a réalisé 135 entretiens au total. La participation se faisant sur la base du volontariat, il fallait, pour qu'une affaire soit incluse dans l'échantillon final, que le nombre de personnes prêtes à fournir des informations soit suffisant. Pour favoriser la participation, le Bureau a donné des garanties de confidentialité aux participants et s'est engagé à ne pas utiliser les informations à d'autres fins que l'étude.

Il a distingué quatre catégories de mesures correctives : les mesures correctives structurelles, quasi structurelles, mixtes et uniquement comportementales. Les trois dernières catégories incluant peu de mesures et étant parfois difficiles à distinguer clairement, le Bureau a formulé ses observations relatives aux mesures structurelles d'un côté et a regroupé celles relatives à toutes les autres mesures.

Source : Bureau de la concurrence du Canada (2011), Étude sur les mesures correctives en matière de fusions, août 2011, <https://ised-isde.canada.ca/site/bureau-concurrence-canada/fr/comment-nous-favorisons-concurrence/education-sensibilisation/publications/bureau-concurrence-sommaire-detude-mesures-correctives-matiere-fusions>

55. Lors du choix du calendrier, il est important de savoir si une procédure d'appel ou une procédure contentieuse est en cours ou si des voies de recours sont encore ouvertes. En effet, la coopération des parties à la fusion est un atout important pour l'évaluation. Or, il est moins probable que les parties coopèrent spontanément ou de façon constructive si elles envisagent d'introduire un recours ou si une procédure est pendante²². Dans le pire des cas, le recours peut exercer une influence très négative sur l'évaluation, qui risque même de priver l'autorité de toute chance d'obtenir gain de cause. De façon plus générale, les autorités ont intérêt à examiner tout autre facteur susceptible d'avoir une incidence sur la coopération des parties prenantes lorsqu'elles sélectionnent les affaires, y compris la nature des relations qu'elles ont déjà entretenues avec elles.

56. Comme expliqué plus loin, les parties à la fusion et les acteurs du marché concernés par l'opération, notamment par une éventuelle cession d'activités, sont une source d'informations précieuse. Le fait qu'elles soient accessibles et potentiellement prêtes à participer peut donc être un critère de sélection. De même, pour les évaluations qui comportent des éléments quantitatifs, le choix dépend des données disponibles. Déterminer quelles données seront accessibles ou ont des chances de l'être est par conséquent une étape importante du processus de sélection pour ce type d'évaluation *ex post*. L'exercice repose souvent sur les données recueillies pour les besoins de l'enquête initiale réalisée dans le cadre du contrôle de la fusion. Toutefois, dans certaines juridictions, il n'est pas possible d'exploiter ces données à d'autres fins que celles auxquelles elles ont initialement été recueillies, et il peut être nécessaire d'obtenir le consentement de la partie prenante concernée. Il ressort des exemples présentés ailleurs dans la présente note que plusieurs autorités ont été contraintes de retirer des affaires de l'échantillon étudié par manque d'informations, par exemple parce que les parties prenantes volontaires n'étaient pas suffisamment nombreuses. À l'évidence, l'évaluation dans son ensemble en pâtit moins si l'échantillon étudié est grand.

57. Dans certains cas, d'autres facteurs plaident en faveur de la prise en compte ou de l'exclusion d'une affaire. Les autorités peuvent vouloir inclure des affaires parce qu'elles ont un caractère inédit ou encore parce qu'elles permettent d'avoir une diversité de situations. Comme expliqué dans l'Encadré 3., c'est l'approche choisie par la CMA. À l'inverse, certaines affaires peuvent avoir des dimensions sensibles qui font qu'une évaluation ne serait pas opportune, par exemple parce qu'elle pourrait compromettre l'issue d'une procédure contentieuse en cours sur le marché pertinent ou d'une future intervention visant à réprimer une infraction au droit de la concurrence. Plus généralement, dans certains secteurs, certains sujets peuvent être politiquement sensibles, *a fortiori* si l'évaluation porte sur un petit nombre d'affaires parce que les constatations éventuelles sont plus spécifiques et plus difficiles à généraliser. Lorsque le contexte est très sensible, il peut être souhaitable de réaliser l'évaluation en interne voire de renoncer. Cette question est développée plus longuement dans la partie sur la confidentialité.

58. Enfin, pour toutes les évaluations *ex post* de mesures correctives adoptées dans le contexte des fusions, les autorités ont besoin de savoir quelles mesures correctives elles ont prises. S'il est peu probable que ce recensement soit compliqué pour les autorités qui imposent relativement peu de mesures correctives, il peut représenter un obstacle non négligeable pour celles qui en ont un plus grand nombre à leur actif sur une période pluriannuelle. Selon le nombre de décisions comportant des mesures correctives, il peut donc être utile de tenir une base de données regroupant les mesures correctives déjà adoptées et les classant, par exemple par secteur d'activité. La création de cette base de données peut constituer la première étape de l'évaluation *ex post*, et, en fonction du nombre d'affaires, représenter une charge de travail raisonnable. Une autre solution consiste à recueillir les informations pertinentes au fil du temps, si bien que l'étape de recueil d'informations est déjà achevée quand l'évaluation commence²³. Ce travail peut être facilité par la numérisation, les autorités apprenant à enregistrer et à conserver les données.

Réalisation de l'étude

Réalisation en interne ou externalisation ?

59. L'autorité peut prendre directement en charge l'évaluation *ex post* ou en confier à réalisation à un prestataire extérieur²⁴. Généralement, les évaluations *ex post* qui ne portent que sur la mesure corrective, autrement dit qui ne visent pas à apprécier si la décision relative à la fusion était fondée, sont le plus souvent réalisées en interne.

60. Cette solution présente plusieurs avantages. L'objectif étant de mesurer l'efficacité du processus d'adoption de la mesure, l'autorité est mieux placée qu'un prestataire extérieur, qui risque de détenir moins d'informations sur le déroulement du processus et d'avoir plus de difficultés à entrer en contact avec le personnel concerné. D'un autre côté, si l'étude est réalisée en interne, il faut que du personnel disposant du temps et des compétences nécessaires puisse être mobilisé. À noter cependant que même si le travail est confié à un prestataire extérieur, le personnel de l'autorité sera probablement mis à contribution parce qu'il faudra contrôler d'une manière ou d'une autre la qualité de la prestation.

61. Le fait que la majorité des évaluations soient prises en charge en interne ne signifie pas qu'il ne soit pas possible d'avoir recours à un prestataire extérieur, même si l'externalisation des études *ex post* suppose un budget suffisant et implique que des procédures de passation des marchés appropriées soient en place. L'externalisation peut permettre à l'autorité de bénéficier d'un regard réellement indépendant, ce qui peut encourager les tiers à coopérer et permettre de distinguer plus clairement l'évaluation *ex post* des autres activités, comme les interventions visant à réprimer les infractions au droit de la concurrence. Cet aspect est important si, comme c'est généralement le cas, l'autorité n'a pas le pouvoir de collecter des informations à des fins d'évaluation *ex post*. Par ailleurs, étant indépendant, le prestataire est en mesure de s'exprimer avec franchise sur la pratique passée de l'autorité, si bien que les enseignements tirés sont plus instructifs et plus clairs. En outre, le prestataire dispose en principe de davantage de compétences spécialisées pour réaliser l'évaluation, en particulier s'agissant des compétences que l'autorité n'exige pas de son personnel (compétences en économétrie avancée par exemple).

62. Toutefois, la réalisation de l'étude en interne facilite l'utilisation des informations recueillies lors du contrôle de la fusion, même s'il arrive que ces informations soient accessibles à des prestataires externes moyennant un engagement de confidentialité. Les équipes internes ont parfois une meilleure connaissance du contexte dans lequel sont prises les décisions et sont alors mieux placées pour proposer des pistes d'amélioration constructives. Le guide de l'OCDE sur les évaluations *ex post* contient de plus amples informations sur les différentes techniques utilisables et sur certaines de leurs limites (OCDE, 2016^[8]).

Implication des équipes à l'origine de la décision initiale

63. Si l'étude est réalisée en interne, l'autorité doit prendre une décision concernant les ressources à lui affecter. Pour beaucoup d'autorités, cette décision repose sur des considérations purement pratiques et dépend du personnel dont elles disposent et de leur structure.

64. Il importe cependant de se demander s'il est judicieux d'impliquer les agents qui ont pris une part active à l'enquête initiale à l'origine de la mesure. Dans l'affirmative, il faut ensuite choisir la forme que doit prendre cette participation, c'est-à-dire décider si cette équipe dirigera l'enquête ou aura un rôle de conseil, par exemple à travers la tenue de points d'information au début de l'évaluation.

65. La participation de membres de l'équipe à l'origine de la décision initiale présente plusieurs avantages. En premier lieu, c'est un moyen de tirer parti de leur connaissance du secteur, donc de gagner en efficacité puisqu'il faut moins de temps pour acquérir les connaissances nécessaires, d'autant que l'équipe peut aussi s'appuyer sur les relations qu'elle a déjà établies avec les parties prenantes concernées. Elle peut cependant aussi être tentée de confirmer ce qu'elle anticipait au moment où elle a pris la décision initiale, ou à tout le moins être perçue comme cherchant à le faire. Il est vraisemblablement possible d'atténuer en partie ce risque en associant une partie indépendante à l'évaluation *ex post*.

66. Un tour d'horizon des évaluations *ex post* déjà réalisées met en lumière une diversité de pratiques. Dans certains cas, par exemple dans la deuxième enquête conduite par la FTC (Encadré 2.), l'autorité a cherché à réaliser des gains d'efficacité en tirant parti de l'expérience des équipes qui avaient initialement pris en charge les affaires. Dans d'autres exemples, tels que les études de cas réalisées par la CMA (Encadré 3.), une unité distincte a été chargée d'exécuter l'essentiel des tâches nécessaires à l'évaluation *ex post*. Toutefois, dans les deux cas et dans les autres exemples décrits plus haut, les autorités ont veillé à ce qu'un contrôle soit effectué par une unité indépendante de l'équipe qui a pris en charge l'affaire tout en tirant le meilleur parti possible des connaissances internes.

67. Enfin, la question de savoir si cette équipe est bien placée pour apporter sa contribution dépend aussi du type d'évaluation *ex post* envisagé, lequel est à l'évidence un critère qui intervient dans le choix du personnel qui en sera chargé. Si l'étude repose en grande partie sur des entretiens, les compétences de l'équipe qui a conduit l'enquête initiale seront bienvenues, tandis que plus elle fait appel à une méthode quantitative ou spécialisée, plus il est conseillé de recourir à des spécialistes extérieurs.

Considérations méthodologiques et recueil d'informations

68. La méthode retenue doit être en parfaite cohérence avec les objectifs de l'évaluation. Cette section présente les principaux aspects à prendre en compte et décrit les principales méthodes possibles.

69. Il existe plusieurs méthodes de recueil d'informations auprès des parties prenantes et il est possible d'employer simultanément plusieurs d'entre elles. Il est par exemple envisageable d'envoyer des demandes d'informations pour recueillir des informations et des données élémentaires. Cette démarche peut être complétée ou suivie par des entretiens avec les acteurs concernés. Il est possible que certaines approches soient plus adaptées que d'autres à telle ou telle partie prenante. Il peut être utile de réaliser des exercices pilotes avant de recueillir des données à plus grande échelle, la méthode pouvant ainsi être testée sur un échantillon de parties prenantes.

70. Dans beaucoup de juridictions, l'autorité ne dispose pas des pouvoirs nécessaires pour contraindre une partie prenante à fournir des informations ou à participer à un entretien pour les besoins d'une évaluation *ex post*, dès lors que ce recueil d'informations et ces entretiens ne sont pas liés à une enquête. En outre, même lorsque l'autorité dispose de ces pouvoirs, il arrive que leur mise en œuvre soit lourde et qu'il vaille mieux éviter de les utiliser.

71. Cet aspect ne doit pas dissuader de soumettre les mesures correctives à des évaluations *ex post*. La plupart des études réalisées jusqu'à présent reposent sur la participation volontaire de parties prenantes et se sont révélées instructives. L'étude de la FTC décrite dans l'Encadré 2. est l'un des rares exemples dans lesquels les pouvoirs de collecte d'informations aient été utilisés dans une évaluation *ex post*, la FTC ayant fait usage des pouvoirs prévus par l'article 6(b). Cependant, même dans ce cas, la participation aux entretiens, qui constituaient le cœur de l'évaluation, reposait sur le volontariat.

72. Il est important que les parties prenantes soient encouragées à apporter leur concours à l'étude et aient confiance dans les procédures appliquées. Le respect de la confidentialité des informations qu'elles fournissent y contribue grandement. Cet aspect sera abordé plus longuement plus loin.

Questions soulevées par les évaluations *ex post* portant sur l'ensemble de la décision relative à la fusion

73. Bien qu'elle ne constituent pas le sujet central de cette note, les évaluations *ex post* portant plus largement sur la décision relative à la fusion peuvent aussi être un moyen d'apprécier la pertinence de la mesure corrective. L'objectif est alors double. Il s'agit

- de comprendre si la décision prise concernant la fusion était la bonne ;
- d'examiner si la mesure corrective adoptée a été efficace.

74. Apprécier le bien-fondé de la décision n'est pas tâche aisée. Deux types de situations peuvent amener à conclure que la décision prise n'était pas la bonne (la publication (OCDE, 2016^[8]) fournit davantage d'informations sur ce point). Premièrement, elle prévoyait une mesure corrective, mais l'évaluation *ex post* laisse penser que cette mesure n'était en réalité pas nécessaire parce qu'il n'existait finalement pas de risque pour la concurrence – cette erreur est parfois dite « de type I ». Deuxièmement, l'évaluation peut montrer qu'il existait des risques pour la concurrence ou des risques supérieurs à ceux repérés au cours de l'enquête, si bien que des mesures correctives supplémentaires auraient peut-être dû être imposées – erreur de type II. Ce deuxième cas de figure n'est pas exactement un problème de conception de la mesure : l'idée est plutôt que des problèmes de concurrence supplémentaires sont apparus, par exemple dans un marché de produits ou un marché géographique supplémentaire.

75. La deuxième situation est, intuitivement, la plus facile à traiter. Dans les deux cas, il faut définir le scénario contrefactuel, autrement dit déterminer ce qui se serait passé en l'absence de la fusion et de la mesure corrective adoptée ensuite. Dans le deuxième cas de figure, l'aspect de la fusion qui était facteur de risque a pu se concrétiser, tandis que dans le premier, une mesure corrective a été mise en place pour éviter que le risque pour la concurrence qui avait été repéré ne se concrétise. De ce fait, dans le premier cas, définir un scénario contrefactuel *a posteriori* est plus difficile, du moins en théorie. Il n'est pas pour autant toujours judicieux de comparer la situation antérieure à la situation postérieure à la fusion parce que les facteurs qui peuvent influencer sur l'évolution des marchés sont nombreux.

76. Pour apprécier l'efficacité de la mesure choisie, il faut répondre à deux questions :

- Cette mesure était-elle efficace ?
- Dans la négative, une autre mesure l'aurait-elle été davantage ou l'interdiction était-elle la seule issue envisageable ?

77. Les mesures correctives adoptées dans le contexte des fusions ayant pour but de compenser la perte de concurrence que la fusion est censée provoquer, une mesure peut être considérée comme efficace dès lors qu'elle compense cette perte. Elle est inefficace s'il y a affaiblissement de la concurrence. À noter que l'inefficacité est à la fois un concept binaire – compensation ou non de la perte de concurrence – et une question de degré – la perte de concurrence pouvant être plus ou moins forte. De ce point de vue, il est naturel de comparer la concurrence avant la fusion et la concurrence après la fusion.

78. Déterminer si d'autres mesures correctives auraient été efficaces est une entreprise particulièrement ardue, d'autant que ces mesures ne sont pas directement observables *a posteriori*²⁵. Il suffit parfois de savoir que divers types de mesures sont inefficaces dans certains cas, parce que c'est un moyen de comprendre qu'une autre approche est nécessaire. Par ailleurs, démontrer qu'une mesure est efficace ne prouve pas d'autres n'auraient pas permis d'obtenir les mêmes résultats.

Sources qualitatives

79. Les sources d'informations qualitatives sont importantes pour quasiment toutes les évaluations *ex post* de mesures correctives adoptées dans le contexte des fusions. L'expérience montre que le recueil de données auprès des parties prenantes est une phase importante et que ces données peuvent même constituer la principale source d'informations. Il est aussi nécessaire d'examiner avec soin les documents pris en compte lors de la décision initiale et d'effectuer une recherche documentaire sur le marché pertinent afin d'appréhender le mieux possible l'état de la concurrence au moment de l'évaluation.

80. Selon le champ sur lequel porte l'étude, les autorités peuvent souhaiter solliciter un large éventail de parties prenantes pour obtenir des informations ou organiser un entretien. Ces parties prenantes sont énumérées ci-dessous par ordre d'importance²⁶ :

- les parties concernées par la mesure corrective, par exemple les acquéreurs des activités cédées, les concessionnaires de licences ou les bénéficiaires d'une mesure comportementale ;
- les parties à la fusion ;
- les mandataires chargés de contrôler le respect de la décision ou le processus de cession ;
- les acteurs du marché, en particulier les consommateurs et les concurrents, mais aussi les fournisseurs et les associations sectorielles.

81. Les parties à la fusion et à la mesure corrective occupent de manière quasi certaine une place déterminante dans l'évaluation. L'association ou non d'autres parties prenantes dépend du champ de l'étude et des ressources disponibles. Il est, au minimum, souhaitable de contacter des acteurs du marché indépendants (les consommateurs si possible ou les entreprises concurrentes) afin de connaître leur point de vue sur les conséquences de la mesure corrective sur la situation du marché. Il faut repérer le plus tôt possible les parties prenantes à solliciter et les informations à recueillir auprès d'elles.

82. Le nombre d'entretiens nécessaires dépend du périmètre de l'étude. D'après les rapports publiés, il atteint tout juste quatre en moyenne par mesure corrective évaluée, mais s'échelonne de 1.3 à 5.9²⁷. En réaliser davantage est sans doute un gage de robustesse et de précision des constatations, mais d'expérience, même un petit nombre permet de tirer des enseignements²⁸.

83. Il est de bonne pratique que les entretiens soient suffisamment préparés. Il est par exemple bon d'établir à l'avance un questionnaire ou, au minimum, un guide d'entretien thématique permettant de lancer la discussion.

84. Outre les entretiens, les enquêtes peuvent être un moyen peu coûteux de recueillir de grandes quantités d'informations auprès de différentes parties prenantes, en particulier lorsqu'elles sont administrées en ligne. Dans certains cas, elles sont une source utile pour les évaluations *ex post*. L'autorité italienne de la concurrence a par exemple lancé une enquête en ligne pour recueillir des informations auprès des parties prenantes pour les besoins de son étude des mesures correctives. Il s'agissait de la première fois qu'elle utilisait ce type d'outils de cette manière, ce qui montre que ces évaluations offrent l'occasion de tester différentes méthodes en dehors de tout contexte contentieux – le coût d'un échec serait alors élevé.

Méthodes quantitatives

85. Tous les éléments susceptibles de renforcer la robustesse des conclusions d'une évaluation *ex post* sont bienvenus, et les méthodes quantitatives sont de bons moyens d'en obtenir. Elles peuvent être objectives et fournir des indicateurs susceptibles d'apporter un éclairage plus important que les entretiens avec les parties prenantes. Elles peuvent cependant être complexes et supposent que des données soient disponibles. Comme le montrent les nombreux exemples présentés dans cette note, les autorités sont parvenues à réaliser des évaluations *ex post* instructives pour leur pratique future sans faire appel à des méthodes quantitatives ou en en faisant une utilisation limitée.

86. Néanmoins, lorsqu'elles existent, des sources quantitatives simples peuvent étayer les conclusions des évaluations, même si la méthode elle-même demeure en grande partie qualitative. Ces informations peuvent être des données sur les ventes en valeur ou en volume recueillies auprès des acteurs du marché et utilisées pour calculer les parts de marché et mieux comprendre si la concurrence a réellement été préservée grâce à la mesure. La deuxième étude réalisée par la FTC (Encadré 2.) en est une illustration.

87. Diverses techniques quantitatives, de la plus simple à la plus complexe, peuvent être envisagées selon le périmètre de l'évaluation. La publication (OCDE, 2016^[8]) en donnant une description détaillée, leur utilisation n'est pas décrite plus avant ici, d'autant que la plupart des évaluations *ex post* portant sur les mesures correctives dans le contexte des fusions sont plutôt qualitatives.

88. Cependant, de manière générale, le choix de la méthode est dicté par la disponibilité des données et les circonstances. L'analyse quantitative de mesures correctives suppose d'évaluer le scénario contrefactuel – ce qui se serait passé en l'absence de la mesure –, ce qui n'est pas toujours simple²⁹. Dans certains cas, des expérimentations naturelles offrent la possibilité de mieux comprendre les effets de différentes mesures correctives sur un même problème de concurrence. Ainsi, la technique économétrique des doubles différences peut être un bon moyen d'estimer les effets des fusions sur la base de la progression d'indicateurs pertinents au sein de groupes similaires à ceci près que l'intervention – ici la mesure corrective – n'a pas eu lieu. L'Encadré 5. fournit un exemple d'utilisation de cette technique dans l'évaluation *ex post* d'une mesure corrective.

Encadré 5. Exemples de techniques des doubles différences utilisées dans les évaluations *ex post* des mesures correctives en matière de fusions

En mars 2014, l'Office of Fair Trading (OFT) du Royaume-Uni a publié les résultats d'une évaluation *ex post* de la décision d'autorisation conditionnelle prise concernant la fusion entre Shell et Rontec. L'objectif était d'évaluer cette décision. L'opération initiale consistait en l'acquisition, par Shell, de plusieurs stations-service appartenant à Rontec. L'OFT a ouvert une enquête sur l'acquisition et l'a finalement autorisée à condition que Shell cède 12 des stations achetées, des risques pour la concurrence dans les régions où se trouvaient ces installations ayant été repérés.

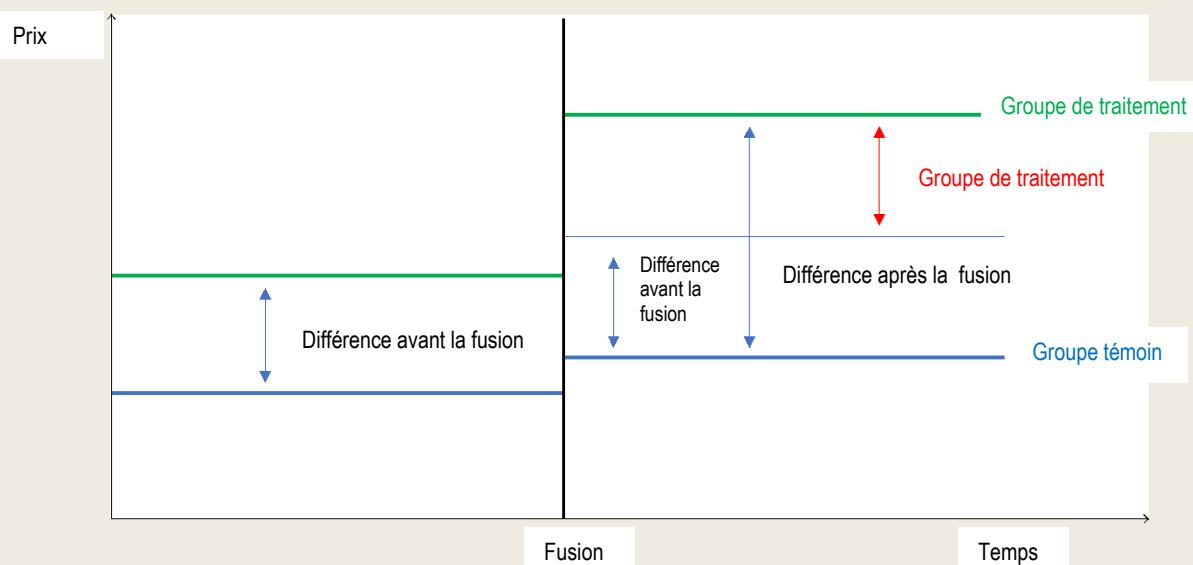
Comme le régime de contrôle des fusions en place au Royaume-Uni repose sur le volontariat, l'opération avait déjà été réalisée lorsque l'enquête a été ouverte, ce qui offrait une occasion rare dans le cadre d'une évaluation *ex post* d'observer la manière dont le marché avait évolué après la fusion mais avant l'introduction de la mesure corrective. Bien que limitée dans le temps, cette observation a apporté un éclairage précieux sur le scénario contrefactuel nécessaire à l'évaluation, c'est-à-dire sur ce qui se serait produit en l'absence de mesure corrective.

Pour évaluer l'incidence de la décision, l'OFT a fait appel à la méthode des doubles différences, se concentrant sur les deux carburants pour lesquels les données sur les prix étaient suffisantes, à savoir le diesel et l'essence. Cette démarche a permis de comparer les données sur les prix venant de deux groupes distincts. Elle a comporté les étapes suivantes :

1. Calcul, dans les régions où des problèmes de concurrence avaient été repérés (groupe de traitement), de la différence entre les prix pratiqués avant la fusion et ceux pratiqués après.
2. Calcul de cette même différence dans des régions non touchées par la fusion (groupe témoin).
3. Comparaison de la différence entre les deux groupes.

L'approche est censée permettre d'isoler la fraction de la variation des prix imputable à la fusion, l'hypothèse étant que les autres facteurs qui ont pu jouer un rôle – par exemple une évolution des prix de gros ou des facteurs liés à la demande – sont visibles dans la différence calculée pour le groupe de contrôle. Dès lors, retrancher cette différence de la variation des prix calculée dans la zone pertinente permet d'isoler la variation due à la fusion. Cette méthode repose sur l'hypothèse que tous les autres facteurs ont le même effet sur le groupe de traitement et sur le groupe témoin.

Graphique 1. Illustration de la méthode des doubles différences



Source : Réalisation de l'OCDE d'après le graphique 1 figurant dans Office of Fair Trading (2014), Shell – Rontec: An evaluation of the OFT's conditional clearance of the merger, mars 2014.

L'analyse a montré que s'agissant de l'essence, les prix avaient augmenté après la fusion dans les régions où des problèmes de concurrence avaient été détectés et avaient diminué après la cession, ce qui laisse penser que le diagnostic concernant les risques pour la concurrence était juste et que la cession exigée a eu l'effet escompté. Les résultats étaient moins nets dans le cas du diesel.

Note : En avril 2014, la CMA a été créée pour reprendre les fonctions des deux organismes existant alors (l'OFT et la CC).

Source : Office of Fair Trading (2014), Shell – Rontec: An evaluation of the OFT's conditional clearance of the merger, mars 2014, https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20140402180350mp/http://www.of.gov.uk/shared_of/reports/Evaluating-OFTs-work/OFT1525.pdf

Tirer des conclusions de l'évaluation

89. La plupart des évaluations *ex post* portant sur les mesures correctives étudient des mesures déjà adoptées pour en apprécier l'efficacité. Comme dans beaucoup d'autres domaines, ce sont souvent – quoique pas toujours – les situations dans lesquelles il existe de bonnes raisons de penser que la mesure a été moins efficace que souhaité qui sont les plus instructives.

90. Il faut alors chercher à savoir pourquoi cette situation s'est produite et surtout tenter de déterminer si un enseignement général peut en être tiré. Il faut donc que l'évaluation permette de comprendre ce qui est à l'origine des événements survenus.

91. Diverses raisons, souvent spécifiques à la situation, peuvent expliquer que les résultats d'une mesure corrective ne soient pas à la hauteur des attentes. Il peut être difficile de déterminer si ce qui s'est produit représente réellement une tendance de fond ou s'il ne s'agit que d'un événement ponctuel. Dans certains cas, les raisons de la moindre efficacité de la mesure peuvent sembler complexes et polymorphes. Il peut alors ne pas être possible de tirer des enseignements généraux sur lesquels s'appuyer pour améliorer l'efficacité des mesures à l'avenir. Il peut néanmoins être instructif de noter les circonstances et les pratiques qui ont abouti à la situation observée. Il est en effet possible que ces informations, utilisées en complément de l'expérience qui sera acquise par la suite, permettent de mieux comprendre les causes profondes.

92. En général, plus l'échantillon de mesures correctives retenu pour l'évaluation est grand, plus il est facile de tirer des enseignements généraux. Ces enseignements peuvent de surcroît être considérés comme plus fiables que ceux qui reposent sur un échantillon de plus petite taille.

Diffuser les résultats de l'étude

93. Les autorités qui réalisent une évaluation *ex post* doivent ensuite choisir une stratégie pour en communiquer les résultats. En règle générale, elles souhaitent se montrer transparentes quant à l'existence de l'évaluation et veulent rendre publics les résultats, au moins partiellement.

94. Cette approche comporte cependant des risques. Le premier est un risque réputationnel, dans le cas où, par exemple, l'étude montre qu'avec le recul, les décisions prises se sont révélées inefficaces. Ce risque est finalement inhérent à toute évaluation rétrospective et, même s'il revient à chaque autorité de décider de la manière de le gérer au mieux compte tenu des circonstances, la transparence et le fait d'assumer ouvertement la responsabilité de décisions passées démontrent une volonté de s'améliorer. Autre risque : la mise en avant d'affaires spécifiques peut engendrer une insécurité pour l'entreprise concernée et placer certains salariés de l'autorité dans une position inconfortable dans l'hypothèse où ils seraient considérés comme ayant commis une erreur. Cette ambiance risque d'avoir un effet dissuasif sur

la réalisation d'évaluations *ex post*. L'une des solutions qui peut être envisagée pour l'éviter consiste à publier les résultats généraux de l'étude, en s'attachant aux thèmes qui s'en dégagent plutôt qu'aux affaires particulières elles-mêmes (Encadré 6.).

95. Entre publier un rapport exhaustif et ne rien publier, les autorités ont diverses possibilités intermédiaires à leur disposition. Elles peuvent notamment diffuser des informations par d'autres moyens, par exemple dans le cadre de webinaires ou de conférences, ou encore publier des communiqués de presse courts. Ainsi, l'autorité italienne de la concurrence a diffusé les résultats de son évaluation lors d'un webinar au lieu de faire paraître un rapport exhaustif³⁰.

96. Comme expliqué ci-après, lors de la diffusion des résultats de l'étude, il est notamment important de préserver la confidentialité des informations sensibles.

Confidentialité des informations

97. Le traitement d'informations confidentielles, qui fait partie du quotidien de beaucoup d'autorités, entre également en ligne de compte dans les évaluations *ex post* des mesures correctives.

98. Les informations confidentielles peuvent poser une difficulté pour la publication de rapports. Plusieurs techniques peuvent être utilisées pour lever ces obstacles. Premièrement, il est possible de supprimer ces informations des versions qui seront rendues publiques, par exemple en les remplaçant par des crochets ou en les noircissant avec de l'encre indélébile. Ces informations seront donc perdues pour certains lecteurs du rapport, mais pourront être conservées pour les personnes de confiance (comme les lecteurs internes à l'autorité). Beaucoup d'autorités connaissent cette pratique parce qu'elles l'utilisent pour rédiger leurs décisions. La deuxième solution consiste à publier une synthèse des résultats, de telle manière que les informations soient plus générales que ce qui peut être considéré comme confidentiel. Le contenu est ainsi accessible aux personnes qui ne peuvent pas avoir accès aux informations confidentielles, mais il est aussi moins détaillé pour le lectorat interne.

99. Ces études ayant généralement pour finalité de mettre en lumière des enseignements généraux plutôt que des conclusions nominatives, dans certains rapports cités en exemple plus haut, l'anonymat des affaires a été respecté. L'Encadré 6. décrit la démarche mise en œuvre par la Commission européenne pour traiter cette question dans la version publique de son étude des mesures correctives en matière de fusions.

Encadré 6. Étude de la Commission européenne sur les mesures correctives en matière de fusions

Dans la foulée de la première étude de la FTC sur les mesures correctives, la Commission européenne a publié en 2005 sous la forme d'un rapport de 233 pages, annexes comprises, la version publique de sa propre étude des mesures correctives en matière de fusions.

L'étude portait sur 40 décisions comportant des mesures correctives rendues entre 1996 et 2000 et représentant 44 % du total des décisions incluant des mesures correctives rendues au cours de cette période. La sélection a été faite de manière à constituer un échantillon représentatif de l'ensemble des décisions du point de vue de la nature des mesures, de la phase au cours de laquelle elles ont été adoptées (phase I ou II) et du secteur d'activité concerné. Les informations relatives au marché étant parfois limitées, environ les trois-quarts des décisions sélectionnées, soit 96, ont finalement été étudiées.

Au total, 145 entretiens ont été conduits auprès de parties directement concernées par la mesure corrective, à savoir des parties à la fusion, des acheteurs ou autres bénéficiaires et des mandataires. En revanche, les entretiens avec d'autres acteurs du marché tels que les concurrents ou les consommateurs ont été peu nombreux. Les entretiens se sont déroulés sur la base de questionnaires personnalisés, qui ont d'abord été testés sur neuf affaires avant d'être utilisés pour l'ensemble des affaires. Ces questionnaires contenaient environ 120 questions et les entretiens duraient d'une à trois heures. La participation reposait sur le volontariat, mais la Commission a constaté que la plupart des parties prenantes étaient coopératives. Des exemples des questionnaires utilisés ont été annexés au rapport publié. Pour certaines affaires, l'étude a été complétée par des données économiques quantitatives fournies par les parties prenantes.

Confidentialité

Le rapport publié est une version non confidentielle d'un document contenant des informations confidentielles. Elle comprend des descriptions d'affaires anonymisées et expurgées de tous les éléments susceptibles de permettre au lecteur de les reconnaître. La version confidentielle contient en revanche ces informations dans le but d'enrichir les connaissances internes. La Commission a également accès à un rapport interne contenant les résultats de l'évaluation de chacune des mesures de l'échantillon.

Au début du processus, la Commission a envoyé à toutes les parties concernées une lettre dans laquelle elle présentait le projet et s'engageait à respecter la confidentialité des informations. La lettre était libellée ainsi :

« Une fois la phase des entretiens achevée, nous prévoyons de publier les conclusions générales de notre étude dans un format approprié, non confidentiel, respectant entièrement l'anonymat des entreprises participantes et leurs secrets commerciaux. En conséquence, les secrets commerciaux que vous pourriez divulguer à la Commission au cours de l'étude seront couverts par le secret professionnel auquel est tenue la Commission en vertu du Traité CE et du règlement sur les concentrations. »

Source : European Commission (2005), Merger Remedies Study, DG Concurrence, Commission européenne, https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf.

100. Comme évoqué plus haut, en l'absence de pouvoirs permettant de contraindre les parties à fournir des informations, il faut faire le maximum pour inciter les parties à se montrer coopératives. Il est important que les autorités aient mis en place des procédures permettant de repérer les informations potentiellement confidentielles de manière à les traiter comme telles. Une description synthétique de ces procédures peut alors être communiquée aux parties prenantes pour les rassurer quant au fait que les informations les concernant bénéficieront d'un traitement approprié.

Traduire les constatations en actes

101. Comme souligné plus haut en ce qui concerne les difficultés rencontrées, il n'y a guère d'intérêt à conduire une évaluation *ex post* sans traduire en actes les leçons qui s'en dégagent.

102. La publication ou la diffusion interne d'un rapport est une première étape à mettre en œuvre pour tirer des leçons de l'étude. Il peut cependant être judicieux d'organiser en complément des séminaires ou ateliers internes pour sensibiliser le personnel chargé des mesures correctives, en particulier si l'étude a été menée à bien par une autre équipe que celle habituellement affectée à ces mesures.

103. Il peut aussi être intéressant de recourir à des mécanismes plus formels. Il peut s'agir d'examens internes prévoyant des bilans obligatoires qui permettent aux personnes chargées de superviser le processus de faire le point sur la mise en pratique des conclusions de l'étude, par exemple dans un délai d'un an après la fin de l'étude ou tous les six mois. Cette méthode peut être un bon moyen d'éviter que les conclusions de l'étude ne soient reléguées au second plan au profit de problèmes plus urgents, par exemple d'affaires en cours.

104. Une autre solution consiste à actualiser les lignes directrices relatives au processus d'adoption de mesures correctives. Il peut s'agir de documents internes qui aident le personnel à exécuter une tâche plus rapidement ou qui servent de référence afin de garantir une certaine homogénéité des décisions. Ces outils peuvent être des documents dynamiques actualisés en temps réel ou des publications périodiques. Lorsqu'ils existent, il est conseillé de les mettre à jour à la suite d'une évaluation *ex post*.

105. Les autorités peuvent aussi souhaiter actualiser leurs guides à l'intention d'acteurs extérieurs à la suite d'une évaluation ou, dans le cas où elles ne disposent pas de ce type d'outil, en publier un. En plus de fournir à ces acteurs des directives à jour sur la façon dont les mesures correctives vont désormais fonctionner, cette démarche est un moyen de montrer que les conclusions de l'étude ont été traduites en actes.

4 Interaction avec d'autres interventions *ex post* liées aux mesures correctives

106. Si l'on prend la décision comme point de départ, plusieurs aspects liés aux mesures correctives peuvent être considérés comme intervenant *a posteriori*. Dans certains cas, en particulier si des mesures comportementales sont en cours, l'évaluation peut fort bien se dérouler alors que les mesures sont encore en vigueur. Cette section est consacrée à ces aspects et à leur articulation avec l'évaluation *ex post* des mesures correctives.

Évaluations *ex post*, contrôle du respect des mesures et planification

107. Le respect, par les entreprises, des obligations qu'elles se sont engagées à observer est un volet important de l'application d'une mesure corrective. Il en va ainsi pour toutes les mesures correctives, mais le contrôle de ce respect peut revêtir des formes très variables d'une catégorie de mesures à l'autre.

108. Dans le cas des cessions par exemple, le contrôle du respect de la mesure est capital mais temporaire : il s'agit simplement de s'assurer que la cession a été exécutée à la satisfaction de l'autorité. En revanche, dans d'autres cas, en particulier dans celui des mesures comportementales, le contrôle peut être constant. Il est alors possible que le suivi de la mesure et le contrôle destiné à en garantir le respect se poursuivent pendant un certain temps après la décision à l'origine de la mesure, voire se déroulent en parallèle d'une évaluation *ex post* de la mesure en question.

109. Il existe un risque dès lors qu'il y a une confusion entre les interventions de l'autorité liées à ces deux activités distinctes, ce qui peut avoir une incidence sur le consentement des acteurs extérieurs à participer à ce qui peut être vu comme une autre procédure impliquant les autorités de la concurrence. Lorsque des informations fournies pour les besoins du contrôle du respect de la mesure peuvent être utilisées – ou être perçues comme telles – dans le cadre de l'évaluation, des tensions peuvent également apparaître, par exemple si ces informations sont confidentielles.

110. Comme toutes les activités en lien avec les mesures correctives, les évaluations *ex post* peuvent fournir de multiples occasions d'en savoir plus sur l'efficacité des mécanismes permettant de s'assurer du respect de la mesure. En règle générale, il est cependant souhaitable que ces deux activités restent séparées autant que possible. L'une est en effet un mécanisme formel qui constitue un volet de la mise en œuvre des mesures correctives, tandis que l'autre est une évaluation *a posteriori* dont la principale finalité est d'améliorer les pratiques futures. Il est néanmoins parfois possible d'en tirer parti pour éviter d'effectuer deux fois les mêmes tâches. Ainsi, le cas échéant, les contacts réguliers qu'une autorité entretient avec une entreprise pour s'assurer qu'elle respecte la mesure peuvent constituer un mécanisme utile pour recueillir des informations et les utiliser à plusieurs fins, notamment pour avoir une idée de l'efficacité de la mesure en question. La vigilance est cependant de mise.

111. De plus, les mécanismes de contrôle sont parfois assortis d'obligations d'information qui imposent des contraintes aux entreprises, par exemple les contraignent à conserver ou communiquer des données. Il pourrait être envisagé de concevoir ces mécanismes en tenant déjà compte de leur possible utilisation dans le cadre d'évaluations *ex post* pour alléger l'exercice par la suite. On peut par exemple imaginer de demander à l'entreprise visée par la mesure de fournir des données sur les ventes en valeur ou en volume ou d'autres indicateurs permettant d'apprécier l'effectivité de la concurrence – données sur les prix ou les clients qui ont changé de prestataire, par exemple.

112. De manière générale, les autorités peuvent avoir intérêt à planifier les évaluations *ex post* à l'avance. S'il peut en résulter des contraintes pour les entreprises, le fait de savoir qu'un examen va être effectué et d'avoir le temps de mettre en place un système pour collecter les données nécessaires n'est pas nécessairement beaucoup plus lourd que d'avoir à répondre à une demande spécifique³¹.

Études de pertinence

113. Certaines évaluations rétrospectives ont un objet légèrement différent en ce sens que leur objectif est d'établir si les mesures correctives sont encore pertinentes³². À la différence des autres types d'évaluations *ex post*, elles doivent permettre de déterminer s'il y a lieu d'apporter des modifications à la mesure en vigueur. Elles sont en principe utilisées pour évaluer les mesures comportementales qui imposent aux parties à la fusion des conditions à respecter dans la durée. Il s'agit alors d'essayer de comprendre si ces conditions sont toujours pertinentes. Elles peuvent être conduites à l'initiative de l'autorité, mais il est plus fréquent qu'elles fassent suite à une demande formulée par la partie visée par les mesures comportementales³³, en particulier en l'absence de clause de caducité³⁴. Ce mécanisme peut être précieux pour mettre un terme à des restrictions imposées inutilement aux entreprises et pour permettre à l'autorité de classer des procédures.

114. Comme mentionné plus haut, la CMA soumet les mesures correctives déjà adoptées à des examens systématiques. Elle l'a fait en 2015, afin de s'assurer que les mesures déjà en place étaient toujours adaptées et de mettre fin à celles entretemps devenues inutiles voire potentiellement préjudiciables à la concurrence. En 2019, elle avait examiné 99 mesures et avait mis fin à 72 d'entre elles (CMA, 2019^[39]). Dans le rapport qu'elle a établi à l'issue de l'évaluation *ex post* décrite dans l'Encadré 3., elle souligne que ces évaluations peuvent aussi être riches d'enseignements :

« De même, les enseignements tirés de ces évaluations – par exemple le fait qu'il est de plus en plus probable que les mesures correctives comportementales perdent leur pertinence au fil du temps – nous ont apporté un éclairage pour la formulation de notre politique et de nos lignes directrices »³⁵.

115. Lorsque l'on entreprend ce type d'évaluation, il est utile de prendre en compte son interaction avec une évaluation *ex post*. À titre d'exemple, dans le cadre d'un examen visant à évaluer si la mesure est toujours pertinente, il arrive que l'on constate que d'autres leçons pourraient être tirées. La question de savoir s'il est possible ou souhaitable de le faire dépend des circonstances : en particulier, la volonté de tirer des leçons plus larges ne doit pas nuire à l'examen de la pertinence de la mesure. Il peut néanmoins être judicieux d'examiner s'il existe une possibilité. À l'évidence, ces examens sont généralement conduits relativement longtemps après l'application de la mesure, si bien qu'il peut être difficile d'en dégager des enseignements exploitables.

116. Enfin, même si ce type de mécanisme n'existe pas, les autorités peuvent envisager de demander aux parties visées par les mesures correctives si elles sont prêtes à participer à une évaluation *ex post* des mesures en question. Les entreprises pourraient signaler en réponse à l'invitation à participer à un entretien que les mesures correctives en question ne sont plus en vigueur. Le traitement de ces demandes devrait s'effectuer dans le cadre de la procédure habituelle et, au-delà de la question de l'utilisation efficiente des ressources, être séparé de l'évaluation *ex post*.

Évaluations *ex post* et problèmes de concurrence en général

117. De manière générale, tous les examens d'un secteur réalisés par les autorités peuvent leur fournir des informations précieuses pour leurs futures activités, qu'il s'agisse de leurs interventions visant à faire respecter le droit de la concurrence ou de leurs activités de promotion de la concurrence. En conséquence, toute évaluation *ex post*, y compris lorsqu'elle porte sur les mesures correctives relatives aux fusions, peut mettre en lumière des éléments utiles dans d'autres types d'interventions visant à faire respecter le droit de la concurrence. Elle peut par exemple être l'occasion de découvrir qu'une mesure n'a pas eu les effets espérés en raison d'une structure du marché ou d'un comportement anticoncurrentiel, par exemple d'une entente qui n'avait pas été détectée.

118. Les informations découvertes sont certes vraisemblablement spécifiques au secteur déjà évalué pour les besoins de la décision initiale sur la fusion, mais la possibilité de recueillir des informations peut être vue comme un apport supplémentaire des évaluations *ex post* de mesures correctives adoptées dans des affaires de fusions.

119. Si, à l'occasion d'évaluations, les autorités détectent d'éventuels problèmes de concurrence, par exemple un comportement potentiellement illicite, elles peuvent ensuite mener d'autres activités pour faire respecter le droit de la concurrence ou le promouvoir. Il leur faut choisir avec soin le moment où elles publient les résultats de l'évaluation si cette publication risque de compromettre d'éventuelles interventions ultérieures, en particulier d'alerter les parties concernées (avant une perquisition par exemple). Par ailleurs, même si ce n'est pas l'objectif de l'évaluation, il peut être bon que l'autorité fasse comprendre aux parties qu'elle peut intervenir suite aux informations qu'elle recueille.

120. Il faut cependant peser le pour et le contre, car si les évaluations *ex post* sont assimilées à une démarche visant uniquement à détecter des infractions, leur valeur en sera affaiblie. Ainsi, dans son étude sur les mesures correctives, le Bureau de la concurrence du Canada s'engage non seulement à garantir la confidentialité, mais aussi à n'utiliser les informations fournies que pour évaluer l'efficacité de mesures correctives déjà adoptées (Bureau de la concurrence Canada, 2011^[21]). On ne sait pas avec certitude si cette promesse a été mise à l'épreuve des faits ni comment le Bureau aurait réagi en présence de preuves solides d'une activité illicite, mais cet exemple illustre bien le problème auquel les autorités qui ne disposent pas de pouvoirs de collecte d'informations risquent de se trouver confrontées lorsqu'elles veulent recueillir des renseignements. Il est sans doute bon de rappeler que d'après les exemples examinés pour les besoins de la présente note, la plupart des autorités constatent que les parties concernées sont volontaires pour prendre part à l'évaluation.

121. Enfin, il faut également souligner que dans certains cas, en particulier lorsqu'il apparaît que la mesure corrective n'a pas eu les effets escomptés, l'autorité peut être tentée d'envisager de rouvrir une procédure contentieuse ou de remettre en cause la fusion ou peut être soumise à des pressions l'incitant à le faire. Même si elle n'a pas nécessairement le pouvoir de le faire, ce sujet occupe une place croissante dans les débats sur la concurrence (OCDE, 2022^[12]). Quoi qu'il en soit, comme souligné précédemment, une évaluation *ex post* a d'abord vocation à améliorer les pratiques, notamment à permettre de tirer des leçons d'erreurs passées, et une autorité qui montre sa volonté de le faire a toutes les chances d'améliorer son image. Afficher clairement la finalité de l'évaluation dans l'ensemble de sa communication est un moyen d'y parvenir plus facilement.

5 Quelques enseignements tirés d'évaluations existantes

122. Tout au long de cette note, divers exemples d'évaluations réalisées ont été cités à de multiples reprises. Par définition, les enseignements les plus intéressants découlent souvent de situations dans lesquelles les choses ne se sont pas déroulées comme prévu ou comme l'autorité le souhaitait. Bien que ces « erreurs » ne soient jamais souhaitables, elles permettent de repérer les raisons pour lesquelles elles ont été commises, dans l'espoir d'éviter qu'elles ne se reproduisent.

123. Bon nombre des leçons tirées sont propres à la juridiction concernée et aux affaires qu'elle a à traiter, mais il est parfois possible de dégager de l'expérience des autres des bonnes pratiques communes. Même s'il est utile que chaque juridiction évalue ses propres pratiques *a posteriori* afin d'en évaluer l'efficacité, il est donc aussi intéressant de tenir compte des conclusions des évaluations *ex post* réalisées par d'autres.

124. Cette dernière section est consacrée à certaines des leçons qui peuvent être tirées de ces études. Elle ne doit pas être vue comme un recueil de bonnes pratiques en matière de mesures correctives relatives aux fusions. Il existe en effet de multiples guides de ce type, par exemple (OCDE, 2003^[9]), (OCDE, 2011^[10]) ou (RIC, 2016^[31]), de même que les lignes directrices établies par les autorités de la concurrence elles-mêmes. Elle a plutôt pour objectif d'illustrer le type d'enseignements qui peuvent se dégager de ces études et de fournir une motivation supplémentaire à leur réalisation.

En général, les mesures correctives fonctionnent et sont efficaces

125. Plusieurs des évaluations *ex post* conduites par les autorités de la concurrence visaient à étudier si les mesures correctives produisaient globalement les effets recherchés. C'est en particulier le cas de celles réalisées aux États-Unis et par la Commission européenne. Comme décrit plus haut, il s'agissait dans les deux cas de vastes études à travers lesquelles les autorités cherchaient, non pas à examiner dans le détail l'efficacité des mesures correctives dans chaque affaire, mais plutôt à apprécier à partir des informations recueillies si la mesure avait fonctionné ou non.

126. De manière générale, il ressort de ces évaluations que les mesures correctives ont eu les effets escomptés dans la plupart des affaires, mais aussi que dans un nombre plus faible mais non négligeable de cas, la mesure corrective a eu des résultats plus nuancés, voire a échoué. En distinguant différentes catégories de mesures, les autorités peuvent en outre en comparer l'efficacité et, éventuellement, déterminer celles sur lesquelles elles devront concentrer leurs efforts à l'avenir.

127. La deuxième étude de la FTC et celle de la Commission européenne devaient également permettre d'examiner si des problèmes avaient été signalés au cours du processus de mise en œuvre de la mesure et s'ils avaient un lien avec les chances de succès de la mesure. En toute logique, elles ont montré qu'une mesure corrective avait plus de chances de porter ses fruits quand aucun problème en lien avec le processus, la conception ou l'application n'était soulevé par les parties prenantes. À titre d'exemple, le Tableau 1, établi à partir de la deuxième étude de la FTC, présente ce lien.

Tableau 1. Lien entre les résultats des mesures correctives et les problèmes de mise en œuvre soulevés – deuxième évaluation réalisée par la FTC

	Réussite	Résultats mitigés	Échec
Absence de problèmes de mise en œuvre	78 %	7 %	15 %
Problèmes de mise en œuvre	56 %	24 %	20 %

Note : Réalisé par l'OCDE à partir du tableau 6 du rapport de la FTC.

Source : Federal Trade Commission, The FTC's Merger Remedies 2006-2012: A Report of the Bureau of Competition and Economics, janvier 2017, https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/ftcs-merger-remedies-2006-2012-report-bureaus-competition-economics/p143100_ftc_merger_remedies_2006-2012.pdf

128. Même s'il n'est pas inattendu, ce résultat plaide un peu plus encore en faveur de la réalisation d'évaluations *ex post* des mesures correctives afin d'apprécier si des problèmes survenant pendant leur mise en œuvre ou d'autres préoccupations sont de nature à en compromettre l'efficacité dans les différentes juridictions. Le Tableau 2 est extrait de l'étude de la Commission européenne, qui montre elle aussi que même si la majorité des mesures correctives fonctionnent, il existe une marge de progression.

Tableau 2. Efficacité des mesures correctives évaluées dans l'étude de la Commission européenne

	Efficace	Partiellement efficace	Inefficace	Résultat équivoque
Pourcentage de mesures correctives	57 %	24 %	7 %	12 %

Note : Réalisé par l'OCDE à partir du graphique 37 du rapport de la Commission européenne. Établi sur la base de 85 mesures analysées.

Source : Commission européenne (2005), Merger Remedies Study, DG Concurrence, Commission européenne, https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf.

Les cessions structurelles exigent une grande attention

129. Le plus souvent préférées aux mesures comportementales, les mesures structurelles ne produisent pas toujours l'effet recherché. Comme souligné plus haut, les évaluations *ex post* réalisées montrent que le succès n'est pas garanti, même lorsqu'une mesure structurelle est en place. Pour que ces mesures soient efficaces, il faut apporter beaucoup de soin aux procédures et processus, notamment les adapter aux spécificités de chaque affaire.

130. La quasi-totalité des études citées dans cette note ont permis de définir de bonnes pratiques à partir de l'évaluation des mesures structurelles déjà prises, soit parce qu'elles ont permis de repérer une pratique apparemment efficace soit parce qu'elles ont mis en évidence un problème qui a probablement entraîné l'échec de la mesure. La section qui suit présente quelques-uns de ces aspects.

Importance de la préservation des actifs

131. À l'évidence, pour qu'une mesure imposant une cession soit efficace, il est important que les actifs cédés permettent à l'acquéreur de rétablir la concurrence. Pour cela, il faut impérativement que ces actifs soient bien choisis, mais aussi que leur valeur soit préservée pour qu'ils continuent d'offrir la possibilité de livrer une concurrence intense.

132. Or, la tâche n'est pas toujours aisée, en particulier parce que l'entreprise cédante peut être tentée d'affaiblir autant qu'elle le peut ses futurs concurrents. Il est donc utile que les autorités comprennent de quelle manière les processus et procédures qu'elles ont appliqués ont permis de surmonter cet obstacle. Beaucoup de leçons ont été tirées sur ce point.

133. Ainsi, plusieurs études, par exemple l'étude canadienne, relèvent que l'absence de contrôleur ou de mandataire chargé de surveiller la cession se solde par un risque de dégradation des actifs. La nomination du contrôleur ne doit de surcroît pas être prise à la légère et requiert souvent une grande vigilance. Dans son étude, la CMA souligne l'intérêt de définir avec précision les compétences que doit avoir le mandataire, compétences qui varient d'une affaire à l'autre. D'autres études vont dans le même sens. C'est par exemple le cas de celle réalisée par l'autorité italienne de la concurrence, qui, lors de la présentation publique de ses résultats, a insisté sur le fait que la préservation de la valeur des actifs faisait partie des divers aspects à prendre en compte.

Le choix de l'acquéreur

134. Tout comme il faut accorder de l'importance aux actifs cédés, il est aussi vital de bien choisir l'acquéreur, ce qui suppose de s'assurer qu'il dispose des capacités et des motivations nécessaires pour exploiter correctement l'activité, sur le plan financier et sur celui des compétences.

135. Plusieurs autorités ont affiné leurs pratiques s'agissant du choix de l'acquéreur grâce aux évaluations *ex post*. En plus de faire observer qu'il convient de sélectionner l'acquéreur avec le plus grand soin, ces études indiquent quelles sources d'informations sont nécessaires. Dans certains cas, apprendre *a posteriori* qu'un acquéreur n'a pas aussi bien réussi qu'attendu peut offrir l'occasion d'essayer de comprendre pourquoi et de se demander si ce type de scénario peut être évité à l'avenir.

136. Il ressort par exemple de plusieurs études qu'il est indispensable de vérifier que l'acquéreur dispose de moyens financiers suffisants. Cette conclusion résulte de l'observation de situations dans lesquelles les acquéreurs n'ont pas été en mesure d'exercer une pression concurrentielle aussi forte que prévu parce que leurs moyens financiers étaient limités. L'évaluation *ex post* a été l'occasion de constater qu'avec le recul, les capacités financières de l'acquéreur aurait sans doute été plus faciles à évaluer si elles l'avaient été de façon plus précise lors de la décision initiale. On peut donc en tirer un enseignement à mettre en pratique par la suite.

137. Dans sa deuxième étude, la FTC recommande que le personnel de l'autorité identifie avec précision les sources de financement de l'acquéreur pressenti afin de s'assurer qu'elles sont suffisantes. De même, la CMA déduit de ses études de cas qu'il est important de soumettre les acquéreurs potentiels à une forme de « test de résistance » pour s'assurer de leur viabilité.

Garantir l'efficacité des mesures comportementales

138. Bien que rarement privilégiées, les mesures comportementales peuvent être le choix le plus approprié dans certains cas. D'après les évaluations *ex post*, elles peuvent se révéler efficaces dès lors qu'elles sont correctement appliquées, même si plusieurs obstacles potentiels doivent être surmontés.

139. Les enseignements issus des évaluations *ex post* concernent souvent des affaires dans lesquelles les choses n'ont pas évolué comme espéré. Ce n'est cependant pas toujours le cas, l'analyse des scénarios dans lesquels les mesures comportementales ont bien fonctionné pouvant aussi être instructive. Il existe de nombreux exemples dans lesquels des études *ex post* portant sur des mesures comportementales ont permis d'améliorer les pratiques. Les paragraphes qui suivent en présentent quelques-uns.

Tester les mesures comportementales

140. Les mesures comportementales étant par définition souvent spécifiques à une situation, il peut être particulièrement difficile pour les autorités de la concurrence d'anticiper la manière dont elles vont évoluer. De plus, leur complexité et leur caractère incertain est source de risques. Plusieurs études, dont celles du Bureau de la concurrence du Canada et de la CMA, le soulignent.

141. L'une des pratiques jugées importantes consiste à réaliser des tests de marché avec des parties prenantes afin d'évaluer les chances de succès de la mesure et de repérer d'éventuelles insuffisances. Dans son rapport sur les mesures comportementales, l'autorité française de la concurrence s'attarde sur l'importance de ces tests dans sa pratique passée, présentant quelques points de vigilance sur la base de son expérience. Il est par exemple parfois nécessaire de ménager un équilibre subtil, c'est-à-dire de s'abstenir de divulguer les informations confidentielles contenues dans la mesure tout en fournissant aux acteurs du marché suffisamment de données pour qu'ils participent.

Surveillance effective de la mesure

142. Des évaluations *ex post*, dont celles réalisées par la CMA, par le Bureau de la concurrence du Canada et par l'autorité française de la concurrence pour n'en citer que quelques-unes, rappellent qu'étant donné leur nature, les mesures comportementales doivent continuer de faire l'objet d'un suivi effectif.

143. Elles soulignent qu'en plus d'être en place, ce suivi doit être effectif, étant entendu que ce que recouvre un suivi effectif varie vraisemblablement d'une affaire à l'autre.

144. Dans ses études de cas, la CMA fait observer que les circonstances pouvant changer rapidement, il est souhaitable de continuer d'assurer une surveillance des mesures comportementales, y compris lorsqu'elles semblent remplir leur office. Elle ajoute qu'il est intéressant de coopérer avec les autorités de régulation ou de surveillance sectorielles pour s'assurer que les mesures sont respectées. L'étude française insiste elle aussi sur l'importance d'une surveillance effective, laquelle mobilise des ressources importantes.

6 Conclusion

145. Les mesures correctives constituent un volet important du contrôle des fusions, lui-même indispensable à la préservation d'une concurrence effective dans les économies du monde entier. Elles peuvent cependant être complexes, parce que les autorités ne sont pas toujours parfaitement informées et doivent s'en remettre à des acteurs qui n'ont pas toujours intérêt à ce que les choses fonctionnent bien. Il n'est donc pas aisé de concevoir des mesures correctives adaptées.

146. Dans ce contexte, l'évaluation *ex post* est un outil qui aide les autorités à mettre en place de bonnes pratiques dans ce domaine en fonction des spécificités du contexte local. En prenant le temps d'examiner comment les mesures correctives qu'elle a adoptées ont évolué, l'autorité a la possibilité d'apprécier si la mesure a rempli son office ou s'il existe une marge d'amélioration.

147. Bon nombre des leçons tirées sont propres à la juridiction concernée et aux affaires qu'elle a à traiter, mais il est parfois possible de dégager de l'expérience des autres des bonnes pratiques communes. Ainsi, même s'il est utile que chaque juridiction évalue ses propres pratiques *a posteriori* afin d'en jauger l'efficacité, il est aussi intéressant de tenir compte des conclusions des évaluations *ex post* réalisées par d'autres.

148. Les évaluations *ex post* ne sont pas sans poser de problèmes et doivent poursuivre des objectifs réalistes. Leur réalisation est synonyme de coûts et d'efforts pour l'autorité qui en est chargée comme pour les parties prenantes qui apportent leur concours. Parfois, lorsqu'elles mettent en lumière une mauvaise conception ou une mauvaise application des mesures correctives, elles risquent de nuire à la réputation de l'autorité.

149. Il reste néanmoins qu'en montrant sa volonté d'adopter de bonnes pratiques et de tirer des leçons de son expérience, l'autorité a plus de chances d'améliorer sa réputation que de la ternir. Par ailleurs, les exemples d'évaluations *ex post* des mesures correctives relatives aux fusions sont de plus en plus nombreux et démontrent la valeur des connaissances qui en résultent. Ils mettent aussi en lumière la diversité des évaluations possibles, depuis des évaluations à grande échelle portant sur un grand nombre d'affaires jusqu'à des études consacrées à une seule affaire ou à certaines catégories de mesures correctives comme les cessions ou les mesures comportementales. Bon nombre des difficultés repérées peuvent être atténuées, par exemple à travers une communication claire avec les parties prenantes concernées et des mécanismes fiables pour le traitement des informations confidentielles.

150. L'expérience montre clairement que pour utiles qu'elles soient, les méthodes quantitatives complexes ne sont pas indispensables à la réalisation d'évaluations *ex post* instructives, ce qui peut en réduire sensiblement le coût et la complexité. Les autorités devraient définir la finalité de l'évaluation dès le départ et peuvent en réduire le périmètre en fonction des ressources dont elles disposent. De surcroît, une étude qualitative reposant sur des entretiens conduits à raison de deux à six par affaire auprès de parties prenantes essentielles, par exemple les parties à la fusion et les parties visées par la mesure corrective, ont permis d'améliorer les pratiques. Ce type de démarche pourrait donc être utile pour un grand nombre d'autorités, y compris celles qui ont relativement peu de mesures correctives à examiner et peu de ressources à y consacrer.

151. Enfin, deux aspects susceptibles d'améliorer l'évaluation *ex post* à l'avenir méritent d'être pris en compte. Premièrement, les autorités devant savoir quelles mesures elles ont prises pour pouvoir les évaluer *a posteriori*, il serait utile qu'elles créent et tiennent à jour une base de données regroupant les mesures correctives passées. Deuxièmement, il pourrait être envisagé de s'intéresser à la manière dont les autorités pourraient planifier les évaluations. Il est par exemple possible d'imaginer concevoir les mécanismes de contrôle du respect des mesures en pensant qu'une évaluation *ex post* sera peut-être réalisée, ce qui permettrait d'alléger l'exercice.

Bibliographie

- ACCC (2022), *Ex post review of ACCC merger decisions*, [24]
<https://www.accc.gov.au/system/files/Ex%20post%20review%20of%20merger%20decisions.pdf>.
- Autorité de la Concurrence (2019), *Les engagements comportementaux - Behavioural remedies*, [30]
https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2020-01/eng_comportementaux_final_en.pdf.
- Bureau de la concurrence Canada (2011), *Bureau de la concurrence : Sommaire d'étude sur les mesures correctives en matière de fusions*, [21]
<https://ised-isde.canada.ca/site/bureau-concurrence-canada/fr/comment-nous-favorisons-concurrence/education-sensibilisation/publications/bureau-concurrence-sommaire-detude-mesures-correctives-matiere-fusions>.
- Carlton, D. (2009), « Why We Need To Measure The Effect Of Merger Policy And How To Do It », n° 14719, National Bureau of Economic Research, [5]
https://www.nber.org/system/files/working_papers/w14719/w14719.pdf.
- CMA (2019), *Merger remedy evaluations - Report on case study research*, Autorité de la concurrence et des marchés du Royaume-Uni, [39]
<https://www.gov.uk/government/publications/understanding-past-merger-remedies> (consulté le 9 octobre 2023).
- CMA (2019), *Merger remedy evaluations - Report on case study research*, Autorité de la concurrence et des marchés du Royaume-Uni, [20]
<https://www.gov.uk/government/publications/understanding-past-merger-remedies>.
- Commission européenne (2005), *Merger Remedies Study*, DG concurrence, Commission européenne, [19]
https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf.
- Competition, B. (dir. pub.) (1999), *A Study of The Commission's Divestiture Process*, Staff of the Bureau of Competition of the Federal Trade Commission, [17]
<https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/divestiture.pdf>.
- Davies, S. et B. Lyons (2008), *Mergers and Merger Remedies in the EU: Assessing the Consequences for Competition*, Edward Elgar Publishing, [32]
- De Loecker, J., J. Eeckhout et G. Unger (2020), « The Rise of Market Power and the Macroeconomic Implications », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 135/2, [3]
<https://doi.org/10.1093/qje/qjz041>.

- Deloitte (2009), *Review of merger decisions under the Enterprise Act 2002*, A report prepared for the Competition Commission, Office of Fair Trading and the Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform, https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20140402142426/http://www.offt.gov.uk/shared_offt/reports/Evaluating-OFTs-work/oft1073.pdf. [25]
- Economics, B. (dir. pub.) (2017), *The FTC's Merger Remedies 2006-2012*, Federal Trade Commission, https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/ftcs-merger-remedies-2006-2012-report-bureaus-competition-economics/p143100_ftc_merger_remedies_2006-2012.pdf. [18]
- Elzinga, K. (1969), « The Antimerger Law: Pyrrhic Victories? », *The Journal of Law & Economics*, vol. 12/1, pp. 43-78, <https://www.jstor.org/stable/724979>. [14]
- Fletcher, A. (2016), *The Role of Demand-Side Remedies in Driving Effective Competition: A Review for Which?*, Centre for Competition Policy, https://www.regulation.org.uk/library/2016-CCP-Demand_Side_Remedies.pdf. [16]
- Friberg, R. et A. Romahn (2015), « Divestiture requirements as a tool for competition policy: A case from the Swedish beer market », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 42, pp. 1-18, <https://doi.org/10.1016/j.ijindorg.2015.06.005>. [28]
- Gowrisankaran, G., A. Nevo et R. Town (2015), « Mergers When Prices Are Negotiated: Evidence from the Hospital Industry », *American Economic Review*, vol. 105/1, pp. 172-203, <https://doi.org/10.1257/aer.20130223>. [37]
- Incentive (2018), *Ex post-analyse af tilsagn i fusionssager*, <https://www.kfst.dk/media/ubkj0gjp/20200806-ex-post-analyse-af-tilsagn-i-fusionssager.pdf>. [23]
- Karikari, J. et al. (2007), « The impact of mergers in U.S. Petroleum Industry on wholesale gasoline prices », *Contemporary Economic Policy*, vol. 25/1, pp. 46-56, <https://doi.org/10.1111/j.1465-7287.2006.00027.x>. [34]
- Koltay, G., S. Lorincz et T. Valletti (2022), « Concentration and Competition: Evidence from Europe and Implications for Policy », *SSRN Electronic Journal*, <https://doi.org/10.2139/SSRN.4069206>. [43]
- Koltay, G., S. Lorincz et T. Valletti (2022), « Concentration and Competition: Evidence from Europe and Implications for Policy », *SSRN Electronic Journal*, <https://doi.org/10.2139/SSRN.4069206>. [4]
- KPMG (2017), *Entry and expansion in UK merger cases: An ex-post evaluation*, <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a82b3b440f0b6230269c40a/entry-and-expansion-in-uk-ex-post-evaluation-kpmg.pdf>. [46]
- Kwoka, J. (2015), *Mergers, Merger Control, and Remedies: A Retrospective Analysis of U.S. Policy*, MIT Press. [33]
- Louis, F. et C. O'Daly (2023), *The Merger Control Review: International Merger Remedies*, <https://thelawreviews.co.uk/title/the-merger-control-review/international-merger-remedies#footnote-101-backlink>. [42]

- Mandiriza, T., T. Sithebe et M. Viljoen (2016), « An Ex-post Review of the Wal-Mart / Massmart Merger », *WORKING PAPER CC2016/03*, Competition Commission South Africa, <https://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2017/11/CC201603-Mandiriza-T-Sithebe-T-and-Viljoen-M-2016-An-expost-evaluation-of-the-Walmart-Massmart-merger.pdf> (consulté le 6 octobre 2023). [27]
- OCDE (2023), « Assessing and Communicating the Benefits of Competition Interventions », *Best Practice Roundtables on Competition Policy*, <https://www.oecd.org/competition/assessing-and-communicating-the-benefits-of-competition-interventions.htm>. [38]
- OCDE (2022), *Démantèlement des fusions concrétisées : expériences et enjeux*. [12]
- OCDE (2022), « Disentangling Consummated Mergers: Experiences and Challenges », *Best Practice Roundtables on Competition Policy*, <https://www.oecd.org/daf/competition/disentangling-consummated-mergers-experiences-and-challenges.htm>. [47]
- OCDE (2022), « Mesures correctives et engagements dans les affaires d'abus de position dominante », *Best Practice Roundtables on Competition Policy*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2022\)5/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2022)5/fr/pdf). [13]
- OCDE (2019), *OECD Productivity Working Papers*, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/24139424>. [2]
- OCDE (2018), « Market Concentration », *Best Practice Roundtables on Competition Policy*, <https://www.oecd.org/daf/competition/market-concentration.htm> (consulté le 5 octobre 2023). [1]
- OCDE (2016), « Guide de référence pour les évaluations ex post des décisions des autorités de la concurrence », <https://www.oecd.org/daf/competition/Guide-reference-evaluations-expost.pdf>. [8]
- OCDE (2013), « Remedies in Cross-Border Merger Cases », *Best Practice Roundtables on Competition Policy*, <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-remedies-in-cross-border-merger-cases.htm> (consulté le 5 juillet 2023). [11]
- OCDE (2011), « Impact Evaluation of Merger Decisions », *Best Practice Roundtables on Competition Policy*, <https://www.oecd.org/daf/competition/Impactevaluationofmergerdecisions2011.pdf> (consulté le 5 juillet 2023). [6]
- OCDE (2011), « Remedies in Merger Cases », *Best Practice Roundtables on Competition Policy*, <https://www.oecd.org/daf/competition/RemediesinMergerCases2011.pdf> (consulté le 5 juillet 2023). [10]
- OCDE (2005), « Evaluation of the Actions and Resources of the Competition Authorities », *Best Practice Roundtables on Competition Policy*, <https://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/35910995.pdf> (consulté le 5 juillet 2023). [7]
- OCDE (2003), « Merger Remedies », *Best Practice Roundtables on Competition Policy*, <https://www.oecd.org/daf/competition/34305995.pdf> (consulté le 5 juillet 2023). [9]
- OCDE (1994), *Merger cases in the real world - a study of merger control procedures*, <https://www.oecd.org/daf/competition/31587583.pdf>. [45]

- Office of Fair Trading (2014), *Shell – Rontec: An evaluation of the OFT’s conditional clearance of the merger*, [26]
https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20140402180350mp_/http://www.of.gov.uk/shared_of/reports/Evaluating-OFTs-work/OFT1525.pdf.
- RIC (2022), *Report on ex post merger evaluation*, Réseau international de la concurrence, [44]
https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2023/02/MWG_Report-Ex-post-Merger-Evaluation-2022.pdf.
- RIC (2016), *Merger Remedies Guide*, Réseau international de la concurrence, Groupe de travail sur les fusions, [31]
https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG_RemediesGuide.pdf.
- Rogowsky, R. (1986), « The economic effectiveness of section 7 relief », *The Antitrust Bulletin*, [15]
 vol. 31/1, pp. 187-233, <https://doi.org/10.1177/0003603X8603100108>.
- Sabbatini, P. (2008), « Assessing the Impact of Antitrust Intervention by the Italian Competition Authority », *De Economist*, vol. 156/4, pp. 491-505, <https://doi.org/10.1007/s10645-008-9106-1>. [22]
- Severino, L., G. Resende et R. Lima (2021), *Ex post mergers evaluation: Evidence from the Brazilian airline industry*, Document from the Department of Economic Studies (DEE) of CADE, https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2021/Documento-de-Trabalho_Ex-post-mergers-evaluation-Evidence-from-the-Brazilian-airline-industry-versao-final.pdf. [41]
- Silvia, L. et C. Taylor (2013), « Petroleum Mergers and Competition in the Northeast United States », *International Journal of the Economics of Business*, vol. 20/1, pp. 97-124, [35]
<https://doi.org/10.1080/13571516.2012.715275>.
- Tenn, S. et J. Yun (2011), « The success of divestitures in merger enforcement: Evidence from the J&J–Pfizer transaction », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 29/2, [29]
 pp. 273-282, <https://doi.org/10.1016/j.ijindorg.2010.07.003>.
- Various members of US Senate and Congress (2023), *Letter to FTC and DOJ re Merger Guidelines*, [40]
<https://www.warren.senate.gov/imo/media/doc/2023.09.18%20Letter%20FTC%20and%20DOJ%20re%20Merger%20Guidelines.pdf> (consulté le 18 September).
- Winston, C., V. Maheshri et S. Dennis (2011), « Long-Run Effects of Mergers: The Case of U.S. Western Railroads », *The Journal of Law and Economics*, vol. 54/2, pp. 275-304, [36]
<https://doi.org/10.1086/655164>.

Notes

¹ Certains acteurs préconisent une évolution du contrôle des fusions dans le sens d'un recours accru aux interdictions de préférence à l'application de mesures correctives. À titre d'exemple, aux États-Unis, dans le contexte de la rédaction des lignes directrices en matière de fusions, des membres du Sénat et de la Chambre des Représentants ont adressé à la FTC et au ministère fédéral de la Justice une lettre dans laquelle ils plaident pour l'abandon pur et simple du recours aux mesures correctives au profit d'une interdiction des opérations contraires au droit (Various members of US Senate and Congress, 2023^[40]). Ces questions dépassent cependant le champ de cette note, qui porte sur l'évaluation *ex post* des mesures correctives.

² La question de savoir ce qu'il faut exactement entendre par là pourrait donner lieu à débat. La plupart des juridictions cherchant à établir si une fusion risque d'entraîner un affaiblissement substantiel de la concurrence, on pourrait considérer que les mesures ont pour objectif d'empêcher un affaiblissement substantiel de la concurrence. Pour des raisons pratiques et pour les besoins de cette note, on peut partir du principe qu'elles visent à permettre que la concurrence conserve le niveau qu'elle aurait en l'absence de fusion.

³ Ces données sont issues de la base CompStats de l'OCDE. Elles portent sur la période 2015-2020 et reposent sur les 60 juridictions qui ont communiqué des données comparables au cours de cette période.

⁴ À noter que les décisions qui comportent des mesures correctives mobilisent en général une grande quantité de ressources et représentent peut-être plus de temps pour les autorités que ce que ces chiffres pourraient laisser penser.

⁵ Il faut distinguer l'évaluation *ex post* de l'examen ou de l'enquête qui a conduit à la décision d'imposer la mesure corrective, généralement désignée ici par le terme « décision initiale ».

⁶ Cette formulation a été adoptée par commodité et ne décrit peut-être pas fidèlement toutes les situations dans lesquelles des mesures correctives peuvent s'appliquer après une fusion, par exemple lorsqu'elles font suite à des engagements des entreprises ou à une décision de justice.

⁷ Outre les leçons qu'elles permettent de tirer dans les domaines qu'elles concernent, ces études peuvent apporter un éclairage utile pour l'amélioration des pratiques dans le domaine des fusions parce qu'elles contiennent parfois des enseignements généraux qui peuvent être transposés.

⁸ Ce qui ne signifie pas que ces études soient plus intéressantes que d'autres. L'évaluation *ex post* des décisions prises en matière de fusions en général est traitée dans le guide de référence de l'OCDE (OCDE, 2016^[8]).

⁹ Et les organismes qui l'ont précédée, à savoir l'Office of Fair Trading (OFT) et la Competition Commission (CC).

¹⁰ Voir le paragraphe 35 de la contribution italienne à la table ronde sur l'évaluation et la communication des avantages des interventions en matière de concurrence organisée par le Groupe de travail n°2 de l'OCDE, 12 juin 2023, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2/WD\(2023\)6/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2/WD(2023)6/en/pdf)

¹¹ Voir la présentation d'Antonio Buttà, de l'Autorità Garante Della Concorrenza E Del Mercato (AGCM), <https://www.associazioneantitrustitaliana.it/wp-content/uploads/2020/09/slide-Butt%C3%A0.pdf> (en italien).

¹² Il existe de nombreux autres exemples d'évaluation *ex post* de décisions prévoyant des mesures correctives. L'évaluation brésilienne portant sur le secteur aérien en est un (Severino, Resende et Lima, 2021^[41]). Un rapport du Réseau international de la concurrence (RIC) présente une synthèse plus générale d'évaluations *ex post* plus récentes (RIC, 2022^[44]).

¹³ Il apparaît que beaucoup d'études examinent de manière rétrospective la pratique en matière de mesures correctives sans pour autant évaluer l'efficacité de chaque mesure.

¹⁴ À titre d'exemple, (Louis et O'Daly, 2023^[42]) examinent plusieurs affaires de fusions internationales ayant donné lieu à des mesures correctives. Cette pratique n'est pas nouvelle : dans la publication (OCDE, 1994^[45]), les auteurs se penchent sur neuf fusions internationales, dont certaines ont donné lieu à l'application de mesures correctives, pour définir des pistes d'amélioration du contrôle des fusions internationales.

¹⁵ Ils concluent en particulier que ces mesures, par exemple celles employées dans d'autres fusions hospitalières aux États-Unis – ex. : le recours à des équipes de négociation jouant un rôle de pare-feu – n'auraient probablement pas été aussi efficaces que l'interdiction. Dans cette affaire, les parties ont renoncé à la fusion après que la FTC a communiqué ses griefs.

¹⁶ Recommandation du Conseil sur le contrôle des fusions, Instruments juridiques de l'OCDE, adoptée le 23 mars 2005, <https://legalinstruments.oecd.org/fr/instruments/OECD-LEGAL-0333>

¹⁷ Pour de plus amples informations sur ces estimations, il est possible de se reporter aux pages de la FTC dans le registre fédéral, à l'adresse suivante : https://www.ftc.gov/system/files/documents/federal_register_notices/2015/06/150616agencyinfofrn.pdf

¹⁸ Les autorités auraient aussi intérêt à chercher des moyens d'encourager et d'aider les chercheurs qui réalisent des évaluations *ex post* des mesures correctives adoptées dans des affaires de fusions. Bien que les chercheurs puissent difficilement avoir accès à des informations aussi détaillées que celles détenues par l'autorité, une grande partie des informations pertinentes sont publiques, et l'autorité peut ainsi tirer parti des travaux réalisés sans avoir à mobiliser ses propres ressources.

¹⁹ P. 37. (CMA, 2019^[20])

²⁰ C'est par exemple l'approche choisie par la FTC pour la deuxième étude décrite dans la section précédente : elle a choisi toutes les décisions rendues entre 2006 et 2012.

²¹ Les exemples décrits dans la section 2 mettent en lumière une diversité de pratiques.

²² Dans beaucoup de juridictions et de circonstances, les parties à la fusion elles-mêmes peuvent proposer des mesures correctives pour échapper à une interdiction de l'opération. En pareil cas, il y a moins de risques que la mesure corrective elle-même fasse l'objet d'un recours.

²³ Cette base de données pourrait également servir à d'autres fins que les évaluations *ex post* des mesures correctives en matière de fusions. Elle pourrait, entre autres, être utile pour les évaluations *ex post* réalisées dans d'autres domaines, de même que pour d'autres fonctions, par exemple pour satisfaire aux obligations de communication d'information ou dans le cadre d'affaires en cours.

²⁴ Plusieurs études ont ainsi été réalisées par des cabinets de conseil en économie pour le compte des autorités, par exemple (KPMG, 2017^[46]), (Deloitte, 2009^[25]) ou (Incentive, 2018^[23]).

²⁵ Si d'autres approches ont été adoptées dans des situations similaires, éventuellement dans d'autres juridictions, cette expérience peut apporter un éclairage précieux sur l'intérêt de différents types de mesures.

²⁶ Si les équipes chargées des enquêtes initiales ne sont pas incluses, il faut si possible s'entretenir avec elles.

²⁷ Ces chiffres ont été calculés sur la base des rapports publiés par la Commission européenne, le Bureau de la concurrence du Canada et la FTC. Ils ont été obtenus en divisant le nombre de parties prenantes interrogées indiqué par le nombre d'affaires ou de décisions étudiées. Souvent, le nombre de mesures correctives est supérieur au nombre d'affaires – autrement dit, plusieurs mesures correctives sont imposées dans une même affaire – et toutes celles adoptées dans une affaire n'ont pas été évaluées.

²⁸ La robustesse des constatations devra faire l'objet d'un examen attentif. Plus l'objectif de l'évaluation est ambitieux, en particulier lorsqu'il s'agit d'apprécier globalement si les mesures ont permis de préserver la concurrence plutôt que de se pencher sur le fonctionnement de la mesure elle-même, plus le nombre d'entretiens nécessaire pour obtenir des conclusions robustes est élevé.

²⁹ Voir, par exemple (OCDE, 2016^[8]) et la réflexion menée à partir d'un exemple précis dans (Tenn et Yun, 2011^[29]). À l'évidence, les approches qualitatives impliquent aussi d'examiner ce qui se serait produit en l'absence de mesure corrective, mais le scénario contrefactuel peut en général être défini de façon moins formelle.

³⁰ Voir la présentation d'Antonio Buttà, de l'Autorità Garante Della Concorrenza E Del Mercato (AGCM), <https://www.associazioneantitrustitaliana.it/wp-content/uploads/2020/09/slide-Butt%C3%A0.pdf> (en italien).

³¹ Dans le cadre des évaluations *ex post*, il faudrait que ces demandes ne portent que sur les périodes visées par l'évaluation.

³² À titre d'exemple, la CMA a récemment évalué des engagements pris par British Sky Broadcasting Group plc en 2001 à la suite d'une opération afin de déterminer s'ils étaient toujours adaptés ou s'il fallait les modifier, les remplacer par d'autres ou les lever. Voir : CMA, Review of British Sky Broadcasting Group Merger Remedy, mars 2023, <https://www.gov.uk/government/consultations/review-of-british-sky-broadcasting-group-merger-remedy#full-publication-update-history>

³³ La partie visée par la mesure peut avoir un intérêt évident à demander cette évaluation compte tenu des coûts que peut représenter le respect d'obligations résultant d'une mesure corrective obsolète.

³⁴ Les clauses de caducité définissent les événements qui mettent fin à l'exécution d'une mesure corrective, laquelle se distingue alors des mesures s'appliquant indéfiniment indépendamment des circonstances.

³⁵ (CMA, 2019_[39]), paragraphe 1.8.